

INCERTIDUMBRE DE LA JURISPRUDENCIA CONTRACTUAL

JOSÉ LUIS BENAVIDES*

El precedente siempre tendrá entre nosotros la ambigüedad de su fuerza vinculante, mientras nuestro sistema judicial se apoye en el texto del artículo 230 de la Constitución Política que relega la jurisprudencia al papel secundario de “criterio auxiliar de la actividad judicial”:

Artículo 230. Los jueces, en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley.

La equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial.

La jurisprudencia constitucional ha llegado hasta el límite de lo racional para poder restringir este papel subsidiario, al considerar que el “imperio de la ley” al que se refiere este artículo constitucional no solo es la ley en sentido formal, fruto de la actividad del Congreso, sino en su sentido material y amplio del ordenamiento jurídico¹. Así, el imperio de

* Profesor de Derecho Administrativo, Universidad Externado de Colombia.
1 Corte Constitucional. Sentencia C-539 de 2011: “De otra parte, el artículo 230 constitucional, en relación con el sistema de fuentes colombiano, establece que

la ley tiene que cubrir también la comprensión racional del derecho integrado con todos sus elementos y componentes, lo que no solo comprende los valores constitucionales, sino también la costumbre², los principios generales del derecho y la manera como son entendidas las leyes. Por ello, la interpretación de su alcance por parte de los máximos tribunales en las distintas jurisdicciones ha de tener efecto vinculante.

La Corte encuentra que este carácter vinculante de la jurisprudencia se deriva, esencialmente, de la autoridad de las altas cortes en la definición del alcance del derecho, en su respectivas especialidades; de la seguridad jurídica, que exige que los sujetos de derecho puedan anticipar el alcance de las reglas jurídicas que les son exigidas o aplicadas para sus comportamientos, situaciones y derechos, así como del principio de igualdad, que propende por un trato homogéneo dado por los jueces a las situaciones que juzgan³. Por consiguiente, la caracterización jurisprudencial referida a ciertas situaciones ha de constituir un referente normativo para todas aquellas que tengan las mismas características fácticas.

las autoridades judiciales están sometidas al 'imperio de la ley', respecto de cuyo concepto la jurisprudencia constitucional ha esclarecido que a partir de una interpretación armónica con la integridad de la Constitución, incluye igualmente el precedente judicial que determina el contenido y alcance normativo de la ley.

"[...]

"... imperio de la ley, no puede entenderse en términos reducidos como referida [esta] a la aplicación de la legislación en sentido formal, sino que debe entenderse referida a la aplicación del conjunto de normas constitucionales y legales, valores y objetivos, incluida la interpretación jurisprudencial de los máximos órganos judiciales, la cual informa la totalidad del ordenamiento jurídico". En igual sentido sentencias C-836/01; C-634/11; C-486/93.

- 2 C-486/93 El artículo 340 busca la independencia del juez por su sometimiento solo al ordenamiento jurídico (pars. 18 y 21). Por ello no es inconstitucional que el Código de Comercio considere a la costumbre mercantil como ley. Pero la independencia del juez no significa plena libertad. Por ello está sujeto a la noción del derecho establecida por los tribunales de cierre.
- 3 Corte Constitucional. Sentencias SU-047/99, T-766/08, T-443/10, C-634/11.

Siguiendo de manera integral esta lógica argumentativa, debería concluirse que la jurisprudencia se convirtió en fuente formal del derecho⁴ y no solo en fuente material, como ha sido tradición en los sistemas jurídicos continentales romano germánicos. Si la jurisprudencia es parte de la ley, los jueces deberían cumplirla en las mismas condiciones en que aplican la normatividad positiva legislativa y reglamentaria, sin posibilidad de exclusión o restricción. Al igual que hacen con la posibilidad de interpretar las reglas de derecho para su aplicación al caso particular que juzgan, los jueces tan solo podrían interpretar la jurisprudencia para poderla aplicar al caso concreto. Por el contrario, no tendrían competencia para valorar la posibilidad de aplicarla o dejarla de aplicar en el caso concreto, en la medida en que la jurisprudencia hace parte de la “ley” a la que están sometidos, salvo modificación de la jurisprudencia por el mismo órgano jurisdiccional que la creó, en aplicación del principio de paralelismo de formas.

No obstante, la Corte Constitucional no va tan lejos, y difícilmente podría hacerlo mientras subsista la redacción del artículo 230 de la Carta transcrito. Bien es cierto que ella resalta el carácter vinculante de la jurisprudencia constitucional estableciendo la obligatoriedad de la “doctrina constitucional” definida en sus fallos. Pero esto obedece a la particularidad del control constitucional que ella ejerce. Así,

4 Incluso así lo afirmó la Corte en sentencia C-634 de 2011, a propósito del deber de aplicación uniforme de las normas y la jurisprudencia por parte de las autoridades (art. 10 CPACA): “11. El reconocimiento de la jurisprudencia como fuente formal de derecho, opción adoptada por el legislador en la norma demandada, se funda en una postura teórica del Derecho que parte de considerar que los textos normativos, bien sea constitucionales, legales o reglamentarios, carecen de un único sentido, obvio o evidente, sino que solo dan lugar a reglas o disposiciones normativas, estas sí dotadas de significado concreto, previo un proceso de interpretación del precepto. Esta interpretación, cuando es realizada por autoridades investidas de facultades constitucionales de unificación de jurisprudencia, como sucede con las altas cortes de justicia, adquiere carácter vinculante”.

aunque las decisiones de tutela generan efectos *inter partes*, los razonamientos que sustentan la decisión estructuran la “doctrina constitucional” sobre la institución jurídica que fundamenta el caso juzgado. Estos razonamientos definen genéricamente las bases y el alcance de los derechos fundamentales que se amparan con la decisión de tutela y por ello son completamente vinculantes, no solo para las partes en el proceso, sino para todos⁵. Este efecto *erga omnes* lo deriva la Corte de su misión esencial de guardiana de la “integridad y supremacía de la Constitución” que le confió la misma Carta (art. 241)⁶. Por la misma razón, los razonamientos que fundamentan el análisis de la exequibilidad de las leyes constituyen una interpretación auténtica de la Carta, definición que también le dio esta al confiarle la definición de la constitucionalidad de las leyes.

Por el contrario, este alcance particular de la jurisprudencia constitucional no es predicable de las demás altas cortes, a las que la Carta no les dio este papel, pese a haber atribuido al Consejo de Estado el “desempeñar las funciones de tribunal supremo de lo contencioso administrativo” (art. 237.1 CP) y haber definido la Corte Suprema de Justicia como “el máximo tribunal de la jurisdicción ordinaria” (art. 234 CP).

En estas condiciones, la Corte Constitucional ha establecido que la jurisprudencia, tanto del Consejo de Estado como de la Corte Suprema de Justicia, constituye una “fuente especial” del derecho. Sin definir de manera explícita su caracterización, la calificación de “especial” las diferencia de las fuentes formales del derecho, aunque también de las fuentes materiales como simples “auxiliares de la actividad judicial”, como lo consigna la literalidad del artículo 230 de la Carta. Con cierta ambigüedad, insuperable frente a

5 Corte Constitucional. Sentencias T-462/03; SU-1184/01; T-1625/00; T-1031/01; T-793/97.

6 Corte Constitucional. Sentencia C-634/11.

este explícito texto constitucional, la Corte afirma así que la jurisprudencia de estas altas Cortes también es vinculante para la jurisdicción, incluidos no solo los jueces inferiores sino también las mismas cortes, pero no de manera absoluta, por cuanto ellos pueden apartarse de los precedentes establecidos, explicando y justificando las razones para ello⁷. El desconocimiento del precedente no constituye entonces una interpretación del respectivo precedente para el caso concreto objeto de juzgamiento, operación que normalmente hace todo juez al aplicar una regla de derecho positivo (ley, reglamento o contrato), sino una inaplicación de la regla definida por el precedente mismo. El juez recrea así el derecho al exponer por qué no va a aplicar la regla (precedente) establecida, definiendo el alcance de la nueva regla que define para el caso en particular o para los casos futuros, cuando cambia el precedente establecido.

Este alcance restringido del precedente, que no ha sido por completo definido por la jurisprudencia de la Corte, se puede apreciar en su sentencia C-335/08, que definió la excequibilidad del artículo 413 de Código Penal (Ley 599/2000) sobre el delito de prevaricato. La Corte explica que es posible incurrir en el delito cuando se desconoce un precedente, pero solo en aquellos casos en los que la definición de la jurisdicción ha sido una aplicación evidente del derecho positivo. En estos casos la jurisprudencia tendría un papel transparente, con relación al derecho positivo, por cuanto no adiciona nada. Por el contrario, frente a la jurisprudencia que realiza una labor más compleja de interpretación del derecho positivo, de tal suerte que adiciona a este elementos particulares, será difícil afirmar que el juez que la desconoce profiere una “resolución [...] manifiestamente contraria a la ley” y, por consiguiente, no habrá

7 Corte Constitucional. Sentencias C-335/08; T-683/06; C-539/11.

prevaricato, sin perjuicio de su deber de justificar por qué se aparta del precedente establecido.

El artículo 270 del nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo fue más lejos frente a la relatividad del efecto vinculante de la jurisprudencia así descrita, al crear las sentencias de unificación jurisprudencial proferidas por el Consejo de Estado. En efecto, la jurisprudencia contenida en este tipo de sentencia no solo ha de ser acatada por las autoridades a solicitud de quienes así lo soliciten y acrediten los mismos supuestos fácticos y jurídicos (arts. 10 y 102), sino que el Código crea un mecanismo judicial para garantizar su respeto, cuando la administración deje de aplicarlas sin fundamento (arts. 256 y ss). La Corte Constitucional se pronunció sobre la exequibilidad de las sentencias de unificación (sent. C-588/12), y aunque no se ha pronunciado sobre el recurso extraordinario para asegurar su cumplimiento, cabe preguntarse si la definición de las sentencias de unificación ha hecho desaparecer el carácter vinculante de otros precedentes jurisprudenciales que no tengan esta calificación. La caracterización del carácter normativo relativo dada por la Corte a la jurisprudencia, en general, no parece ser contraria a la categoría particular de las sentencias de unificación jurisprudencial, que serían hoy una especie al interior de la jurisprudencia.

Por consiguiente, junto a las sentencias de unificación de jurisprudencia subsistirá la jurisprudencia común, tradicional, que seguirá teniendo las mismas condiciones, características y consecuencias antes enunciadas, según los parámetros dados por la Corte Constitucional. Y por ello, más que nunca, resulta esencial delimitar la identificación de la jurisprudencia subsidiaria que no estará definida de manera explícita y formal en una sentencia particular, como lo son las de unificación.

La contratación pública es un campo en el que esta definición será particularmente fructífera, debido a la inseguridad jurídica suscitada por la jurisprudencia del Consejo de Estado, que ha sido con frecuencia vacilante e incluso contradictoria. En esta tarea resulta difícil establecer reglas de elaboración de jurisprudencia. No obstante, pueden identificarse distintos factores de incertidumbre, a partir del análisis casuístico contenido en las decisiones del Consejo de Estado, lo que permite una clasificación por distintas modalidades.

I. MODALIDADES DE INCERTIDUMBRE

La incertidumbre sobre los precedentes de la jurisdicción administrativa relacionados con la contratación estatal atenta directamente contra el principio de igualdad y la seguridad jurídica, valores que, precisamente, son los que quieren protegerse con la instauración del precedente, como se ha visto. La incertidumbre proviene de la falta de seguridad del contenido mismo del precedente, esto es, la caracterización clara de la institución jurídica tratada por una o varias sentencias, que permita establecer con suficiente fiabilidad su respeto por las sentencias futuras de los distintos órganos de la jurisdicción administrativa. La incertidumbre puede clasificarse por las distintas explicaciones que la originan.

A. Precedente a partir de una concepción no desarrollada

En ocasiones el Consejo de Estado ha formulado la caracterización de una institución jurídica o formulado una interpretación de un texto sin mayor desarrollo argumentativo. La fórmula así enunciada se fundamenta en afirmaciones que no reflejan el derecho positivo, la tradición jurisprudencial o la doctrinal. El Consejo de Estado enuncia así fórmulas jurídicas más o menos lapidarias sin explicar su fundamento.

En este sentido, pueden citarse tres sentencias trascendentes, en la medida en que constituyeron hitos fundamentales en las instituciones jurídicas que instauraron.

1. Noción de imprevisión

La imprevisión en los contratos administrativos tuvo orígenes en la célebre sentencia del *Gas de Burdeos* del Consejo de Estado francés de 1916^[8]. La caracterización de esta institución particular fue formulada desde esta sentencia y completada después por la también famosa sentencia del *Tranvía de Cherbourg* de 1932^[9], como da cuenta la doctrina especializada francesa. Nuestra jurisprudencia administrativa acogió de manera uniforme la institución, pero el Consejo de Estado cambió abruptamente su concepción en 1996, exponiendo para ello el siguiente razonamiento:

Quiere la Sala precisar el entendimiento que debe dársele al principio del equilibrio financiero del contrato, en el sentido de que cuando se presente una situación imprevista, el contratante adquiere pleno derecho a que se le restablezca la ecuación económica del contrato a un punto de no pérdida. No se trata de que la administración colabore o ayude parcialmente al contratista para que éste pueda soportar el pasivo que la ejecución del contrato le generó, como ha sido el acostumbrado criterio de interpretación cuando el desequilibrio financiero obedece a causas imprevistas para las partes contratantes. De ninguna manera. Considera la Sala, apartándose del criterio ya tradicional en algún sector de la doctrina extranjera, e identificándose con el criterio del legislador colombiano, que el equilibrio económico del contrato comporta para el contratista una compensación integral, completa, plena y razonable,

8 Consejo de Estado francés, sentencia 30/03/16, n.º 59928, *Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux*.

9 Consejo de Estado francés, sentencia 09/12/32, n.º 89655, *Compagnie de tramways de Cherbourg*.

de todos aquellos mayores costos en los que debió de incurrir para lograr la ejecución del contrato.

En el anterior orden de ideas, se considera que frente a una situación de desequilibrio financiero del contrato, le corresponde a la administración asumir en su totalidad el compromiso de colocar a su colaborador contratista en un punto de no pérdida, y aún más, en una situación económica tal, que sus expectativas de lucro vigentes a la celebración del contrato no se vean menguadas por causas ajenas a su propia voluntad. Por tanto, cuando los factores que generan ese desequilibrio económico del contrato son extraños, ajenos al propio contratista, la única forma de mantener la ecuación financiera consiste en que la administración asuma los costos necesarios para que su cocontratante no sólo obtenga el monto de las inversiones realizadas dentro del curso ordinario y aún extraordinario de la ejecución del contrato, sino que además deberá reconocerle y pagarle sus utilidades, lucros, o ganancias, desde luego razonables y ceñidos a las condiciones iniciales de contratación¹⁰.

El cambio fundamental establecido por esta sentencia se da sobre dos factores relacionados con la institución administrativa, ratificados por toda la doctrina extranjera y no por algún sector de ella, como afirma el Consejo de Estado, sin citar uno solo de los autores que diría lo contrario. En efecto, tanto la doctrina francesa, donde nació la institución administrativa, como la española, la argentina o la uruguayana, de la que hemos recibido influencia en el derecho administrativo, exponen de manera uniforme los rasgos de la imprevisión administrativa que el Consejo de Estado desconoce en esta sentencia de 1996. Incluso Enrique Sayaguez Lasso, a quien cita el Consejo de Estado a continuación de los párrafos transcritos, comparte esta concepción uniforme de la doctrina extranjera.

10 Consejo de Estado, sec. III, sentencia 09/05/96, exp. 10151.

En primer lugar, la imprevisión no surge frente a cualquier desequilibrio financiero del contrato, ante cualquier alteración de las condiciones originales que dieron lugar al contrato generadora de mayor onerosidad para una de las partes en la ejecución de las prestaciones a las que está obligada, sino ante una muy grave alteración. Nuestro Código de Comercio califica la imprevisión comercial cuando las circunstancias sobrevinientes “alteren o agraven la prestación de futuro cumplimiento a cargo de una de las partes, en grado tal que le resulte *excesivamente onerosa*” (se destaca). La doctrina administrativa resalta por su parte el necesario *trastorno del equilibrio* inicial del contrato y no su simple alteración¹¹.

Esta condición fundamental se ve reflejada en la segunda característica de la imprevisión administrativa tradicional, que también desconoce la sentencia de 1996. El contratista tiene derecho a recibir una ayuda económica de la administración contratante por las pérdidas efectivas que soporta, esto es, una indemnización parcial del daño. En la medida en que el hecho generador del desequilibrio no es imputable o atribuible a ninguna de las partes, la administración contratante asumirá con su ayuda el déficit de explotación, la pérdida soportada por el contratista, dejando a su cargo la frustración de sus expectativas de lucro. La doctrina y la jurisprudencia administrativas explican que esta carga atribuida a la administración se explica por las responsabilidades que esta tiene en el mantenimiento del servicio público o actividad de interés general relacionada con el contrato desequilibrado. El mantenimiento de la actividad explica su deber de ayudar al contratista para sostener financieramente la operación,

11 JEAN RIVERO, *Derecho Administrativo* Caracas, Universidad Central de Venezuela, 1984, pg. 142; MIGUEL S. MARIENHOFF. *Tratado de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Ed. Abeledo Perrot, 1992. 111-A, 3ª ed., p. 482.

pero ello no comprende una obligación de asegurarle un beneficio que se vio truncado por causas ajenas a la administración contratante.

El contratista se encuentra así en una situación de protección que no existe en el derecho comercial, en el que la imprevisión otorga el derecho a la revisión del contrato, sin que ello indique cómo se repartirán las cargas (art. 868 c.co.). No obstante, esta solidaridad para lograr el cumplimiento del contrato no conlleva el que la administración deba asumir un seguro de ganancias a favor del contratista. La indemnización parcial del daño, limitada a las pérdidas efectivas globales del contrato, concreta el alcance de la *grave perturbación* de su economía. En efecto, si la administración no está obligada sino a soportar las pérdidas del contratista, este no estará en una situación de imprevisión, de *grave perturbación* de la economía de su contrato, sino cuando se establezca que su ejecución le genera pérdidas, lo que excluye, naturalmente, la alteración que reduce sus ganancias o incluso que las anula.

El extracto transcrito de la sentencia, que es el único que expone el fundamento de la concepción de la institución y de sus consecuencias, nada dice sobre esta caracterización, limitándose a cambiarla por una indemnización plena en cualquier caso de alteración del equilibrio financiero original del contrato. El único argumento afirmado, y no explicado por el Consejo de Estado, es la necesidad de *identificarse con el criterio del legislador colombiano*. No obstante, el mismo legislador estableció en el artículo 5.1 que, en los eventos de imprevisión, el contratista tendría derecho a un reequilibrio de su contrato “a un punto de no pérdida”. El Consejo de Estado concibe que las expectativas de lucro son parte de la *pérdida* del contratista, sin exponer ninguna explicación de su entendimiento. Por el contrario, el Código Civil sí establece una noción de *pérdida* identificándola al lucro cesante, cuando en su artículo 1617 define esta noción en los siguientes términos:

Artículo 1614. Entiéndese por daño emergente el perjuicio o *la pérdida* que proviene de no haberse cumplido la obligación o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado su cumplimiento; y por lucro cesante, la ganancia o provecho que deja de reportarse a consecuencia de no haberse cumplido la obligación, o cumplídola imperfectamente, o retardado su cumplimiento [se resalta].

En realidad, el mismo Consejo de Estado expresa en el extracto transcrito que irá más lejos de lo previsto por el legislador cuyo espíritu afirma interpretar, cuando considera que la administración debe colocar a su contratista "... en un punto de no pérdida, *y aún más*, en una situación económica tal, que sus expectativas de lucro vigentes a la celebración del contrato no se vean menguadas..." (se resalta).

En el año 2003, el Consejo de Estado volvería a su concepción tradicional explicando la caracterización de la institución administrativa que impide a la administración convertirse en un asegurador de los beneficios de su contratista, por más calidad de colaborador de ella que este tenga¹². No obstante, entre 1996 y 2003 fueron muchas las sentencias y laudos arbitrales que fundamentaron decisiones en la simple cita de la sentencia de 1996 sin ningún análisis complementario y con consecuencias drásticas para la administración contratante. Incluso se encuentran fallos recientes que citan esta sentencia en medio de citas múltiples e inconexas¹³.

2. *Fundamento de multas*

La Ley 80/93 no incluyó dentro de sus artículos una disposición específica sobre las cláusulas de multas, como sí lo hacía el antiguo Decreto 222/83. Antes de que la Ley

12 Consejo de Estado, sec. III, sentencia 29/05/03 exp. 14577.

13 Consejo de Estado, sec. III, sentencia 25/08/11, exp. 14461

1150/07 habilitara expresamente a la administración para imponerlas unilateralmente (art. 17), la jurisprudencia administrativa pasó por varios estadios, uno de los cuales comenzó con el auto del 4 de junio de 1998. En él se establece que la Administración tiene la competencia de imponer unilateralmente las multas previamente pactadas en virtud de las potestades de autotutela declarativa, establecidas por el Código Contencioso Administrativo:

Para la Sala la administración sí tiene competencia para imponer por sí y ante sí, sin necesidad de acudir al juez, las multas pactadas en un contrato estatal, en virtud del carácter ejecutivo que como regla otorga el art. 64 del decreto ley 01 de 1984 a todos los actos administrativos¹⁴.

Para llegar a esta afirmación de principio el Consejo de Estado destaca que el Estatuto Contractual remitió las actuaciones contractuales al procedimiento administrativo general (arts. 77 y 23) y que el cumplimiento de los fines estatales, establecidos en la mismo Estatuto (art. 3º), habilita a la administración para imponer las multas como sanción directa por la tardanza o el retraso del contratista. Igualmente la providencia cita la doctrina de García de Enterría y Fernández, que establece la autorización legislativa a la administración para imponer sanciones al contratista, como manifestación de sus poderes de coerción, así como el carácter ejecutorio de todo acto administrativo, como poder de modificar unilateralmente situaciones jurídicas.

El Consejo de Estado enuncia así un principio que otorga una prerrogativa formidable a la administración sin explicar realmente su fundamento jurídico, distinto del poder implícito y abstracto de la administración. Las razones que expone para formular el poder de las entidades contratantes

14 Consejo de Estado, sec. III, auto 04/06/98, exp. 13988.

no se fundamentan en normatividad específica que así las habilite. El procedimiento administrativo general del Código Contencioso Administrativo, al que remite el Estatuto Contractual, no consagra el poder de adoptar actos administrativos. La ejecutividad y ejecutoriedad que el artículo 64 del antiguo Código otorga a los actos administrativos, explicada por la doctrina española citada por el Consejo de Estado, constituye una característica esencial de este tipo de actos jurídicos, sin que ello permita identificar cuándo puede la administración adoptarlos. La potestad de definir una situación jurídica unilateral está implícita en todo acto administrativo, pero ello, por sí mismo, no significa que la administración pueda definir autónomamente cuándo puede proferir actos administrativos para lograr las finalidades que deben orientar sus actuaciones. Concebir así los poderes de la administración conllevaría conferirle un poder excesivo en su definición, fundado en una simple razón de Estado, y la desnaturalización del principio de legalidad, según el cual la administración debe contar con la habilitación normativa de su actuar. El mismo Consejo de Estado reconsideró luego los fundamentos de este auto, exponiendo que las características de la *autotutela declarativa* son una *consecuencia* de los actos administrativos y no su *fundamento*¹⁵. De manera más explícita, la jurisprudencia instaurada por este auto de 1998 sería abandonada en 2005 cuando el Consejo de Estado consideró que los poderes exorbitantes de la administración exigen una habilitación expresa por parte de la ley¹⁶, como después lo ha venido confirmando la misma corporación¹⁷, en concordancia con la jurisprudencia de la Corte Constitucional¹⁸. Esta garan-

15 Consejo de Estado, sec. III, sentencias 14/04/05, exp. 13599 y 30/07/08, exp. 26520.

16 Consejo de Estado, sec. III, sentencia 20/10/05, exp. 14579.

17 Consejo de Estado, sec. III, sentencias 07/10/09, exp. 17936; 28/09/11, exp. 15476.

18 Consejo de Estado, sentencia C-396/06.

tía del administrado, aunque reforzada por la concepción constitucional de 1991, refleja una tradición de los poderes contractuales reconocidos solo cuando la ley los confiere de manera expresa a la administración, a diferencia de otros sistemas como el francés, en los que los poderes sancionatorios de la administración contratante no están definidos normativamente y la jurisprudencia los concibe con flexibilidad en su concreción, como poderes implícitos de la administración.

3. Noción de subordinación y contrato de prestación de servicios

En algunas ocasiones, la falta de un análisis conceptual de las sentencias de principio, que forjan jurisprudencia, tiene un peso particularmente importante por las condiciones del caso específico objeto del fallo. Tal es el caso de una sentencia de Sala Plena en la que el Consejo de Estado consideró que el servicio de aseo y cafetería que prestaba una señora para una seccional del Consejo Superior de la Judicatura no constituía una relación laboral, en virtud de una concepción particular del poder de coordinación que la administración tiene sobre las actividades de sus contratistas.

... si bien es cierto que la actividad del contratista puede ser igual a la de empleados de planta, no es menos evidente que ello puede deberse a que este personal no alcance para colmar la aspiración del servicio público; situación que hace imperiosa la contratación de personas ajenas a la entidad. Y si ello es así, resulta obvio que deben someterse a las pautas de ésta y a la forma como en ella se encuentran coordinadas las distintas actividades. Sería absurdo que contratistas encargados del aseo, que deben requerirse con urgencia durante la jornada ordinaria de trabajo de los empleados, laboren como ruedas sueltas y a horas en que no se les necesita. Y lo propio puede afirmarse respecto del servicio de cafetería, cuya prestación no puede adelantarse sino cuando se encuentra presente el personal de planta. En vez de una subordinación lo que sur-

ge es una actividad coordinada con el quehacer diario de la entidad, basada en las cláusulas contractuales¹⁹.

La sentencia no desarrolla la característica jurídica de la coordinación sobre la contratista. Este poder, inherente en todo contrato estatal, resulta particularmente sensible en el análisis de los contratos de prestación de servicios con personas naturales, en la medida en que es difícil diferenciarlo de la noción de subordinación que caracteriza la relación laboral. La coordinación necesaria para la ejecución de cualquier contrato no tiene el mismo sentido cuando se refiere a una labor no calificada, prestada con regularidad por una persona natural, no solo por su realización durante las jornada de trabajo de la institución contratante, como lo señala el Consejo de Estado, sino también por el período de ejecución del contrato. En el caso, la señora contratista se ocupó del aseo y del servicio de cafetería de la entidad contratante a través de sucesivos contratos, sin interrupción, durante dos años y medio. La ausencia de verdadero análisis de esta situación frente a la protección constitucional del trabajo, que ya había sido caracterizada por la Corte Constitucional²⁰, es más significativa en una sentencia de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo como esta, que constituye una orientación jurisprudencial vinculante para las futuras sentencias.

De hecho, la insuficiencia del análisis en la decisión se puso de presente con la aclaración de voto de un magistrado y los 9 salvamentos de voto, entre los cuales se encuentran los de los 4 magistrados de la sección III, especializada en contratos estatales. El peso de la decisión de Sala Plena se haría sentir en la dificultad para abandonar paulatina e indirectamente la concepción consignada en esta sentencia,

19 Consejo de Estado, S.P., sentencia 18/11/03, exp. 0039-01(IJ).

20 La Corte se había ocupado de la diferenciación entre los contratos de prestación de servicios y las relaciones laborales en las sentencias C-555/94 y C-154/97.

aunque la Corte Constitucional amparó en múltiples ocasiones la realidad de la relación laboral sobre la denominación formal de contrato de prestación de servicios²¹.

La característica común de las anteriores definiciones de líneas jurisprudenciales es la escasa argumentación detrás de una concepción que cambia o fija de manera radical una institución jurídica. Las falencias conceptuales de la sentencia de principio no se superan después de enunciado el precedente, por cuanto las sentencias posteriores que se apoyan en él tan solo reiteran sus términos o se limitan a citar su referencia. La perpetuación de la concepción por su aplicación sistemática no borra las graves falencias argumentativas de su enunciado original. Las concepciones consignadas por la jurisprudencia solo son analizadas en el momento en que la jurisdicción decide abandonar el precedente o, incluso, nunca son analizadas, en la medida en que, con frecuencia, la revisión del precedente tampoco está precedida de un análisis profundo de los errores de su enunciado.

B. Precedente sustentado en tergiversación de otro precedente

Esta clasificación de categoría de incertidumbre se fundamenta en que el Consejo de Estado fundamenta un precedente en la ratificación de otro, previamente establecido, sin valorar que las consideraciones jurídicas que dieron lugar a este último son incompatibles con el nuevo precedente enunciado. El siguiente extracto es ejemplo de esta deficiencia.

21 Corte Constitucional, sentencias T-335/04, T-214/05, T-1210/08, T-084/10, T-556/11.

Caducidad y declaración de incumplimiento

En este sentido la sala retoma y reitera la doctrina sentada en la sentencia de enero 29 de 1988, exp. 3615, en cuanto rectificó la tesis anterior sobre el término para el ejercicio de las potestades excepcionales en la actividad contractual y sostuvo que la administración podrá declarar el incumplimiento (o la caducidad)²² después del vencimiento del plazo contractual de ejecución y antes de la liquidación o dentro del acto liquidatorio mismo, pero no después de la expedición de este²³.

En realidad, la decisión adoptada en esta sentencia contradice la caracterización de las prerrogativas exorbitantes que había hecho el Consejo de Estado en 1988. En la sentencia del 29 de enero citada, la sección III había enunciado una nueva interpretación del artículo 72 del antiguo estatuto contractual (Dcto. 222/83). Hasta ese momento, la jurisprudencia había considerado que la caducidad del contrato no podía imponerse pasado su plazo de ejecución. En la medida en que la caducidad es la expresión del poder sancionatorio de terminar anticipadamente el contrato por grave incumplimiento del contratista, ella no podría cumplir su fin cuando el término de ejecución ha expirado. La terminación anticipada deviene imposible. No obstante, el Consejo de Estado observó en esta sentencia de 1988 que el artículo 72 consagraba otro poder unilateral, esto es, el de declarar el incumplimiento del contrato con el objeto de hacer efectiva la cláusula penal contemplada en el contrato, como cláusula obligatoria. En la medida en que este poder no estaba previsto como terminación anticipada del contrato y limitaba sus efectos a los patrimoniales del incumplimiento (efectividad de la

22 Nota original de la sentencia: "Hoy a la luz del art. 18 de la ley 80 de 1993, a diferencia de lo que sucedía en los estatutos contractuales anteriores, es claro que los conceptos de caducidad e incumplimiento son equivalentes".

23 Consejo de Estado, sentencia 13/09/99, exp. 10264.

cláusula penal), la administración podía valorar el incumplimiento de su contratista aun después de la expiración del plazo de ejecución del contrato y hasta el término legal para su liquidación unilateral, momento en el cual se cierra la posibilidad de declarar el balance financiero final del contrato.

Con esta explicación del fundamento de la distinción entre caducidad y declaratoria de incumplimiento, no resultaba coherente ni comprensible que el Consejo de Estado la utilizara como apoyo conceptual para su sentencia de 1999, para afirmar en el somero pie de página transcrito que, bajo la Ley 80/93, era incontrovertible la identidad entre caducidad y declaratoria de incumplimiento. Sobre la base de este equívoco esencial, el alto Tribunal consideró lícito imponer la caducidad hasta el plazo de su liquidación, y no hasta el plazo de ejecución del contrato, como lo había ratificado en 1988.

Bien por el contrario a lo afirmado por la Corporación en esta sentencia de 1999, la condición particular de la caducidad, expuesta por la jurisprudencia anterior a la Ley 80/93 como poder de terminación anticipada del contrato, fue reforzada por el legislador de 1993, cuando restringió el ejercicio de los poderes excepcionales de la administración contratante al “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” (art. 14). Además, el Estatuto Contractual restringió de manera específica la caducidad al “incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista, que afecte de manera grave y directa la ejecución del contrato y evidenci[e] que puede conducir a su paralización” (art. 18).

La equivalencia entre caducidad y simple declaratoria de incumplimiento no aparece así de bulto, con la evidencia afirmada en una simple nota de pie de página de una sentencia que tendría repercusiones trascendentes frente a los poderes de la administración y sería ratificada, sin más, por

otros fallos²⁴, antes de ser rectificada por el Consejo de Estado mismo²⁵. Finalmente, fue el legislador quien restableció claramente la potestad reconocida a la administración de declarar el incumplimiento con el objeto de hacer efectiva la cláusula penal (art. 17 Ley 1150/07), lo que permitiría al Consejo de Estado ratificar su antigua jurisprudencia de 1988 sobre las diferencias esenciales entre declaratoria de caducidad y declaratoria de incumplimiento del contrato²⁶.

C. Autoridad material para definir precedente

Siguiendo las orientaciones de la Corte Constitucional sobre el establecimiento de los precedentes, su autoridad y efecto vinculante dependen del órgano jurisdiccional que los formula. Junto al deber de respetar los precedentes horizontales, esto es, aquellas decisiones adoptadas por la misma corporación judicial²⁷, el juez debe tener en cuenta la jerarquía funcional de la organización judicial que otorga autoridad particular a las decisiones de los órganos de cierre, esto es, a las instancias superiores especializadas en los distintos órdenes jurisdiccionales: ordinario, administrativo y constitucional. Las finalidades del precedente en torno a la preservación de la seguridad jurídica, la igualdad de trato por la administración de justicia, la coherencia y la racionalidad de las decisiones y del sistema judicial²⁸ no podrían ser logradas sin considerar la autoridad técnica de la instancia jurisdiccional que enuncia el precedente.

24 Sentencia 09/03/00, exp. 10540, auto 29/06/00, exp. 16756, sentencia 24/08/00, exp. 12082, auto 25/10/00, exp. 18599 y sentencia 15/03/01, exp. 13352.

25 Sentencia 2005. Consejo de Estado, sec. III, sentencia 20/10/05, exp. 14579.

26 Consejo de Estado, sec. III.B. 23/03/12, exp. 20810.

27 Corte Constitucional, sentencias T-698/04 y T-049/07.

28 Corte Constitucional, sentencias SU-047/99, T-766/08 y T-443/10.

En este sentido, no es suficiente establecer que una materia ha sido tratada por una autoridad jurisdiccional sino que, además, es necesario establecer si la autoridad jurisdiccional tiene competencia técnica para la definición de la caracterización jurídica del precedente. Si, como lo establece la Corte Constitucional, la esencia del precedente vertical es “el deber de observancia de los lineamientos sentados por los órganos encargados de unificar jurisprudencia”²⁹, resulta lógico y consecuente verificar la competencia técnica del juez que establece esta “unificación de jurisprudencia”. Por ello la Corte ata el precedente vertical a la jerarquía funcional de nuestra organización jurisdiccional al aplicarlo a “la situación de los jueces inferiores respecto de lo decidido por los superiores funcionales dentro de *su jurisdicción*” (se resalta)³⁰.

Sobre la base de esta caracterización, la identificación de un precedente judicial comporta una valoración sustantiva difícil, en la medida en que es necesario determinar si la autoridad jurisdiccional que lo profiere estaba *legitimada* sustantivamente para enunciarlo, en razón de su competencia material. En este tema, se puede constatar que la supremacía que ha adquirido la jurisprudencia de la Corte Constitucional *puede* esconder la infracción de esta regla, enunciada por la misma jurisprudencia de la Corte.

En efecto, la Carta Política confió a la Corte Constitucional “la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución” (art. 241), razón por la cual la jurisprudencia de la Corte tiene especial carácter vinculante, como ella misma lo ha explicado:

... en relación con la obligatoriedad y alcance de la doctrina constitucional, la jurisprudencia de esta Corte ha aclarado que

29 Corte Constitucional, sentencia T-161/10.

30 Corte Constitucional, sentencia T-468/03.

esta deviene de que la Constitución es norma de normas, y el precedente constitucional sentado por la Corte Constitucional como guardiana de la supremacía de la Carta tiene fuerza vinculante no sólo para la interpretación de la Constitución, sino también para la interpretación de las leyes que obviamente debe hacerse de conformidad con la Carta, por eso, las sentencias de la Corte Constitucional constituyen para las autoridades administrativas una fuente obligatoria de derecho³¹.

La Corte considera así que, “por expreso mandato constitucional, todas las autoridades públicas en Colombia, incluidas las autoridades administrativas y judiciales, deben acatar lo decidido por la Corte en sus fallos de control de constitucionalidad”³², al punto que la aplicación de una norma legal declarada inexecutable puede implicar la comisión del delito de prevaricato³³. La interpretación establecida por la Corte en estos fallos tiene entonces un efecto vinculante total, por cuanto se trata de una interpretación auténtica, directamente confiada por la Carta a la Corte, en virtud del efecto *erga omnes* de estos fallos (art. 243). Pero el carácter vinculante también puede provenir, aunque con menor fuerza, de interpretaciones establecidas en la *ratio decidendi* de fallos de tutela: “aunque son adoptadas frente a un asunto particular, no tienen efectos simplemente *inter partes*, puesto que en dichos fallos la Corte determina el contenido y alcance de los derechos constitucionales”³⁴.

No obstante esta jerarquía superior de la jurisprudencia de la Corte que, en virtud de la primacía de la Carta sobre todas las normas (art. 4º), hace que su interpretación constitucional prevalezca sobre la jurisprudencia de otras altas cortes³⁵, la misma Corte ordena privilegiar

31 Corte Constitucional, sentencia 539/11.

32 Corte Constitucional, sentencia C-539/11.

33 Corte Constitucional, sentencia C-335/08.

34 Corte Constitucional, sentencia C-634/11 y T-064/13.

35 Por ello la Corte Constitucional declaró la exequibilidad condicional del

... las decisiones de los órganos de justicia investidos de la facultad constitucional de unificación de jurisprudencia. Ello en tanto esa competencia de las altas cortes tiene precisamente el objeto de garantizar la seguridad jurídica y la igualdad de trato ante autoridades judiciales³⁶.

Por consiguiente, la supremacía de la jurisprudencia de la Corte se restringe a su interpretación específica de normas constitucionales y el sentido constitucional de normas legales. Por el contrario, la definición de instituciones jurídicas infraconstitucionales no es de su competencia sino de la de las otras altas cortes. La Corte Suprema de Justicia, como “máximo tribunal de la jurisdicción ordinaria” (art. 234 CP), en su función de “tribunal de casación” (art. 235.1 CP), define la jurisprudencia en los asuntos de su competencia, y el Consejo de Estado, en su calidad de “tribunal supremo de lo contencioso administrativo” (art. 237.1 CP), establece la jurisprudencia administrativa. En estas condiciones, el precedente judicial vinculante ha de respetar esta jerarquía y especialidad temática, consignadas en la misma Constitución, lo que no siempre realiza la misma Corte Constitucional cuando establece la caracterización de instituciones jurídicas que no surgen de la interpretación de normas constitucionales, como ha sucedido en materias relacionadas con la contratación estatal.

artículo 114 de la Ley 1395/10, que impone tener en cuenta los precedentes jurisprudenciales en materia ordinaria o contenciosa administrativa a las autoridades encargadas de reconocer y pagar pensiones de jubilación, prestaciones sociales y salariales de sus trabajadores o afiliados, o comprometidas en daños causados con armas de fuego, vehículos oficiales, daños a reclusos, conscriptos, o en conflictos tributarios o aduaneros. La Corte consideró que debía entenderse que estos precedentes han de respetar la interpretación vinculante que realice la Corte Constitucional (sent. C-537/11). Derogado este artículo por el CPACA (art. 309), la Corte hizo similar pronunciamiento frente al carácter vinculante de la jurisprudencia administrativa de unificación, contemplado en el artículo 10 de este Código (sent. C-634/11).

36 Corte Constitucional, sentencia C-634/11.

1. *Transferencia integral de riesgos no previstos a la administración contratante*

La Corte enunció en una sentencia un principio de “garantía integral del patrimonio de los ciudadanos” en la base de la responsabilidad patrimonial del Estado, principio que tendría fundamentos constitucionales³⁷.

Así las cosas, manteniendo el criterio expresado por la Corte en la Sentencia C-832 de 2001, es claro que la responsabilidad patrimonial del Estado en nuestro sistema jurídico encuentra fundamento en el principio de la garantía integral del patrimonio de los ciudadanos, desarrollado *in extenso* por la jurisprudencia y expresamente consagrado en el artículo 90 de la Constitución Política, el cual a su vez debe interpretarse en concordancia con los artículos 2º, 13, 58 y 83 del mismo ordenamiento superior que, por un lado, le[s] imponen a las autoridades de la República el deber de proteger a todas las personas en Colombia en su vida, honra y bienes (art. 2º) y, por el otro, la obligación de promover la igualdad de los particulares ante las cargas públicas (art. 13) y de garantizar la confianza, la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con arreglo a las leyes civiles (arts. 58 y 83).

Y, sobre la base de este principio, estableció un régimen de responsabilidad en el que los riesgos derivados de los contratos públicos son trasladados a las entidades contratantes:

En este sentido, es de afirmarse que si bien la garantía patrimonial de los particulares es el fundamento del instituto de la responsabilidad patrimonial del Estado y de la teoría del equilibrio de los contratos, no se instituye en el único principio general de derecho que justifica la transferencia de los riesgos derivados del contrato a la Administración Pública³⁸.

37 Corte Constitucional, sentencia C-892/01.

38 *Ibíd.*

Sin embargo, la argumentación de la Corte no deja de ser un sofisma que, acudiendo artificialmente a preceptos constitucionales, define un régimen de responsabilidad administrativa cuando, en interpretación de la misma Corte, la Carta no establece regímenes de responsabilidad, sino un simple principio de responsabilidad del Estado (art. 90).

En primer lugar, el desarrollo *in extenso* del principio de *garantía integral del patrimonio de los ciudadanos* se encuentra apenas afirmado en la sentencia citada por la Corte en este extracto, de manera aún más lacónica, sentencia que también afirma un respaldo en amplio desarrollo jurisprudencial que no existe³⁹. Aunque el principio ha sido reiterado por la Corte en otros fallos, nunca ha tenido más desarrollo que el párrafo transcrito, en buen ejemplo de la consolidación artificial de un precedente sin desarrollo argumentativo, al que nos hemos referido antes⁴⁰. En segundo lugar, la Corte no define de manera concreta la manera como los artículos 2º, 13, 58 y 83 de la Carta pueden ampliar el alcance del artículo 90 para concluir sobre la transferencia de riesgos a la administración contratante. Por el contrario, la misma Corte ha definido que el artículo 90 de la Constitución no define ningún régimen de responsabilidad, en la medida en que en él “consagra una cláusula general de responsabilidad que engloba los distintos regímenes en la materia”⁴¹:

39 Corte Constitucional, sentencia C-832/01: “la responsabilidad patrimonial del Estado en nuestro ordenamiento jurídico tiene como fundamento un principio de garantía integral del patrimonio de los ciudadanos, consagrado en los artículos 2º, 58 y 90 de la Constitución, ampliamente desarrollado por vía jurisprudencial, y se configura por la concurrencia de tres presupuestos fácticos a saber: un daño antijurídico o lesión, una actuación imputable al Estado y una relación de causalidad”.

40 La Corte ha mencionado este principio en la sentencia C-892/01 sin desarrollo alguno, en los fallos: C-619/02, C-918/02, C-913/03, C-338/06, SU-484/08, C-644/11 y C-316/12.

41 Corte Constitucional, sentencia C-333/96.

Lo anterior obviamente no significa que los títulos y regímenes de responsabilidad patrimonial del Estado sean idénticos en todos los campos y en todas las situaciones, puesto que en la actual práctica jurisprudencial siguen existiendo regímenes diferenciados. Así, en determinados casos se exige la prueba de la culpa de la autoridad, en otros ésta se presume, mientras que en algunos eventos de ruptura de la igualdad ante las cargas públicas la responsabilidad es objetiva. Con todo, esos regímenes quisieron ser englobados por el Constituyente bajo la noción de daño antijurídico, por lo cual, como bien lo señala la doctrina nacional y se verá en esta sentencia, en el fondo el daño antijurídico es aquel que se subsume en cualquiera de los regímenes tradicionales de responsabilidad del Estado⁴².

Es así como la Corte estableció que no le correspondía hacer la interpretación legal de distintas normas sobre contratos estatales que consagraban regímenes restrictivos de indemnización (arts. 4.8, 5.1, 27 Ley 80/93), materia cuya precisión jurisprudencial corresponde a la jurisdicción administrativa⁴³, como lo ha considerado de manera más general:

[E]sta Corporación ha venido señalando que, en principio, no le corresponde al juez constitucional resolver aquellos debates suscitados en torno al proceso de aplicación o interpretación de la ley, pues es claro que en estos casos no se trata de cuestionar el contenido literal de la norma impugnada, sino el sentido o alcance que a ésta le haya fijado la autoridad judicial competente. Según lo ha señalado, en tanto es la propia Constitución la que establece una separación entre la jurisdicción constitucional y las otras jurisdicciones, los conflictos jurídicos que surjan como consecuencia del proceso de aplicación de las normas legales han de ser resueltos por los jueces ordinarios y especializados a quien *[sic]* se les asigna dicha función⁴⁴.

42 *Ibíd.*

43 Corte Constitucional, sentencia 965/03.

44 Corte Constitucional, sentencia C-496/94.

En estas condiciones, los distintos regímenes objetivo y subjetivo de responsabilidad contractual son definidos por la ley, y no por la Constitución, de tal suerte que corresponde a la jurisprudencia del Consejo de Estado definir su alcance específico. La sentencia C-333/96 citada así lo explica cuando se apoya en la evolución jurisprudencial del Consejo de Estado referida a la responsabilidad administrativa en general. El Consejo de Estado tiene así la competencia material y jerárquica para definir los precedentes con relación al régimen de riesgos contractuales y de responsabilidad sin culpa por el desequilibrio de la ecuación original del contrato. Por ello, el traslado sistemático de riesgos contractuales enunciado por la jurisprudencia de la Corte Constitucional cederá frente a los fundamentos particulares expuestos por la jurisprudencia del Consejo de Estado que modulan el régimen de distribución de riesgos dependiendo de las distintas teorías sobre el equilibrio financiero del contrato (poderes excepcionales, hecho del príncipe, imprevisión y sujeciones materiales imprevistas) redefinidos desde la sentencia de principio del 27 de mayo de 2003⁴⁵ ya citada.

2. Esencia de las cláusulas exorbitantes

Por las mismas razones, pueden afirmarse fragilidades conceptuales de algunos precedentes establecidos por el Consejo de Estado, fundados en instituciones cuya precisión corresponde naturalmente a otra jurisdicción, como ocurre con la caracterización de las cláusulas excepcionales.

En efecto, el Consejo de Estado ha caracterizado la esencia de estas cláusulas en su carácter exorbitante, con relación a la igualdad jurídica de las partes que reina en el derecho privado. Este fundamento comporta una concepción relativa del concepto, en la medida en que el carácter excepcional

45 Consejo de Estado, sec. III, sentencia 29/05/03, exp. 14577.

o exorbitante se aprecia frente al derecho privado y no exclusivamente en el ámbito del derecho administrativo. El juez administrativo acude así a un referente externo a la disciplina jurídica de su especialidad: las cláusulas son exorbitantes frente al derecho privado por cuanto en él serían ilícitas, por violar el principio de igualdad jurídica entre las partes, propio de las relaciones entre particulares, principio esencial que caracteriza el derecho privado. Esta fue la argumentación que utilizó para cambiar la jurisprudencia sobre multas contractuales fundada en la *autotutela declarativa*, que citamos y criticamos en acápite anterior de este estudio. En efecto, como vimos, el Consejo de Estado consideró en 2005 que la Ley 80/93 no había habilitado expresamente a la administración para imponer multas y, por consiguiente, ellas eran exorbitantes, al desbordar la igualdad jurídica propia del derecho privado:

Con base en el *principio de igualdad absoluta de las partes en el contrato de derecho privado*, ninguna de ellas puede arrogarse el privilegio de multar directamente a la otra por supuestos o reales incumplimientos, pues no se puede ser juez y parte a la vez en la actividad negocial; por tanto, es al juez del contrato al que corresponde establecer con base en las pruebas si se dan los fundamentos fácticos y jurídicos para la imposición de la sanción⁴⁶ [se resalta].

El Consejo de Estado ha confirmado esta concepción en varias providencias, lo que impide acudir a la autonomía de la voluntad, expresamente reconocida por el Estatuto Contractual (arts. 32 y 40) para considerar que las partes se habiliten entre sí el ejercicio de poderes unilaterales. Para el Consejo de Estado, los poderes unilaterales no se originan en el contrato sino en la ley, y por ello no pueden pactarse en los contratos regidos por el derecho privado, cuando la

46 Consejo de Estado, sec. III, sentencia 20/10/05, exp. 14579.

ley no los autoriza expresamente⁴⁷, lo cual es aplicable no solo a las multas⁴⁸ sino también a la declaratoria de incumplimiento del contrato⁴⁹ y, por consiguiente, las cláusulas que así lo pacten están viciadas de nulidad absoluta⁵⁰:

... si bien [los códigos civil y de comercio] permiten que en ejercicio de la autonomía de la voluntad las partes puedan pactar sanciones al incumplimiento contractual como la cláusula penal en sus artículos 1592 y 867 respectivamente, no contemplan la posibilidad de que una de las partes pueda por sí y ante sí declarar dicho incumplimiento respecto de la otra, siendo el juez competente para resolver las controversias surgidas de esa relación contractual, quien debe determinar la existencia y extensión de tal incumplimiento y por ende, la procedencia del cobro de la sanción pactada⁵¹.

No obstante, si el parámetro esencial de identificación de la cláusula excepcional o exorbitante es su imposibilidad de pacto en los contratos entre particulares, no será la jurisprudencia del Consejo de Estado la que establezca con autoridad lo que es lícito o no frente a derecho civil o comercial, sino la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, con la autoridad que le da a sus precedentes la Constitución, al consagrarla como “máximo tribunal de la jurisdicción ordinaria” (art. 234), según la concepción de la Corte Constitucional que hemos visto. Y, cuando se revisa la jurisprudencia civil y comercial, se constata que el “principio de igualdad absoluta entre las partes” que, según el Consejo de Estado, caracteriza el derecho privado, no es, en absoluto, confirmado por la jurisprudencia de la Corte

47 Consejo de Estado, sec. III, sentencia 23/04/09, exp. 16372. En igual sentido, sentencia 21/10/94, exp. 9288 y auto 26/03/98, exp. 14000.

48 Consejo de Estado, sec. III, sentencia 28/09/11, exp. 15476.

49 Consejo de Estado, sec. III, auto 27/02/03, exp. 22759.

50 Consejo de Estado, sec. III, sentencia 28/09/11, citada.

51 Consejo de Estado, sec. III, sentencia 19/08/04, exp. 12342.

Suprema de Justicia, como se aprecia en las sentencias que reconocen la licitud de resolución unilateral del contrato de suministros comerciales⁵², o del contrato de obra civil⁵³, así como la imposición unilateral de multas contractuales en contratos de suministros⁵⁴.

Además, desde los años sesenta se encuentran ejemplos explícitos en los que la Corte admite un amplio margen de autonomía a las partes, que les permite habilitarse recíprocamente no solo para declarar incumplido el contrato sino incluso para tomar medidas sancionatorias drásticas, como la recuperación física de un vehículo vendido a plazos, efectuada por el vendedor, con auxilio de la fuerza pública, y la pérdida de las cuotas pagadas por el comprador, todo según las condiciones pactadas en el contrato⁵⁵. Recientemente, en 2011, la Corte hizo un impresionante recuento normativo de las posibilidades de medidas unilaterales reconocidas a una de las partes, así como del alcance de la autonomía de la voluntad, para concluir sobre el efecto bien relativo de la igualdad jurídica de las partes en derecho privado⁵⁶.

Sin duda, son estos precedentes los que constituyen fuerza vinculante en la materia y deberían imponerse al juez administrativo frente a su afirmación injustificada de la “igualdad absoluta de las partes en el contrato de derecho privado”. Un fallo de 2012 de la subsección III.A del Consejo de Estado constata esta caracterización, citando la referida sentencia de 2011 de la Corte Suprema de Justicia e incluso otras, en el mismo sentido⁵⁷, así como doctrina civil⁵⁸. No

52 Corte Suprema de Justicia, sentencia 27/10/93, exp. 3785.

53 Corte Suprema de Justicia, sentencia 14/03/94, exp. 2467.

54 Corte Suprema de Justicia, cas. civ. sentencia 16/12/05, exp. 0125-01.

55 Corte Suprema de Justicia, cas. civ. sentencia 02/12/60, *Máximo Parra vs Panauto Ltda.*

56 Corte Suprema de Justicia, cas. civ. sentencia 30/08/11, exp. 1957-01.

57 Corte Suprema de Justicia, cas. civ., sentencia 14/1201, exp. 6230 y cas. 31/10/95 (sin número), citadas en notas 33 y 34 de la sentencia.

58 AMANDA ESTELA KEES. “Extinción del contrato por declaración de una de

obstante, considera que en los contratos sujetos al Estatuto Contractual de la Administración las partes no pueden pactar el reconocimiento de poderes unilaterales distintos de los expresamente regulados por este estatuto, en los términos y condiciones fijados por su artículo 14 con relación a las cláusulas excepcionales. La regulación explícita en la materia comportaría una violación al principio de legalidad si la administración pacta habilitaciones distintas a las allí previstas.

La argumentación del Consejo de Estado enfrenta sin embargo una contradicción lógica frente a la caracterización de la Corte Suprema de Justicia, que deja paradójicamente a la administración en una situación de inferioridad frente a sus contratistas, con relación a las posibilidades ofrecidas por el derecho privado. En efecto, considerar que las prerrogativas unilaterales distintas a las establecidas por la Ley 80/93 violarían el principio de legalidad impone concebir que estas prerrogativas son exorbitantes. Pero, hemos visto, precisamente, que la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia no las considera exorbitantes, por ser posibles en el derecho privado, como incluso lo admite el propio Consejo de Estado en la sentencia que se critica. Por otra parte, si no se consideran poderes exorbitantes, concebir que la habilitación de prerrogativas por disposición de las partes es violatoria del principio de legalidad impone concluir que la administración carece de autonomía de la voluntad para pactar cláusulas útiles para el “cumplimiento de los fines estatales”, como lo prevé expresamente el artículo 40 de la misma Ley 80/93.

El Consejo de Estado asume así una posición restrictiva del principio de legalidad aplicado a la contratación estatal,

las partes”, en *Contratación contemporánea. Contratos modernos – Derechos del consumidor*, T. 2, Dir. ATILIO ANÍBAL ALTERNI, JOSÉ LUIS DE LOS MOZOS y CARLOS ALBERTO SOTO, Temis, Bogotá, 2001. Citado en nota 32 de la sentencia.

en el sentido de concebir que tan solo puede contemplar en los contratos lo que esté expresamente autorizado por el legislador. Esta posición, no solo sería contraria al artículo 40 citado y al 32, que ratifica el principio de la autonomía de la voluntad en la contratación estatal, sino que conllevaría un retroceso jurisprudencial de 25 años, a aquella concepción abandonada en 1988, cuando el Consejo de Estado explicó que la competencia contractual es más flexible que la competencia relativa a los actos unilaterales, como consecuencia del acuerdo entre las partes que da origen a todo contrato⁵⁹.

Además de estas contradicciones y distorsión frente al alcance de la jurisprudencia civil sobre la habilitación contractual de poderes unilaterales de las partes, la concepción tiene graves repercusiones para la administración que, paradójicamente, no podría utilizar medios reconocidos como lícitos para los particulares. Los poderes que la jurisprudencia civil les reconoce para el cumplimiento de los fines estrictamente privados e individuales estarían vedados para el cumplimiento de fines públicos de la administración.

D. Volatilidad del precedente

Este factor de incertidumbre es de particular importancia en los precedentes de la jurisprudencia administrativa contractual. Todas las finalidades del precedente judicial enunciadas por la Corte Constitucional se ven tergiversadas cuando la jurisprudencia cambia incesantemente. La seguridad jurídica, la preservación del derecho a la igual-

59 Consejo de Estado, sec. III, sentencia 12/05/88, exp. 4303. En esta sentencia la sección III no admitió la doctrina oficial previa de la Sala de Consulta y Servicio Civil que consideraba que en la medida en que las cláusulas de mora no estaban previstas en el texto del Estatuto Contractual de la época (Dcto. 222/83), no era posible pactarlas en los contratos, de tal suerte que las partes estaban obligadas a acudir al juez para que este impusiera los intereses civiles, como parte de la condena. Concs. 10/08/87, exp. 115, y 12/09/84, exp. 2123.

dad de un mismo tratamiento por el juez, la exigencia de un mínimo de coherencia y racionalidad en las decisiones judiciales se encuentran completamente frustrados cuando un precedente adoptado por el Consejo de Estado tiene tan solo una vigencia de pocos meses e, incluso, de pocos años. El dramático y estructural problema de la morosidad en la justicia contencioso administrativa hace que el caso sometido hoy a la jurisdicción sea resultado de manera definitiva con la jurisprudencia que estará vigente en 10 o más años.

Sin duda, el carácter normativo reconocido a los precedentes conlleva este trascendente problema de la vigencia normativa en el tiempo. A diferencia de la ley, votada por el Congreso en representación popular, y de los actos administrativos, como ejecución de las leyes, los precedentes no se aplican en principio solo a las situaciones futuras. Este aspecto que fragiliza su legitimidad debe ser restringido al máximo, lo que exige una gran prudencia tanto en el establecimiento del precedente que introduce una concepción jurídica trascendente como del que varía, corrige o anula un precedente previamente establecido.

La Corte Constitucional se ha ocupado de explicar que en un sistema positivo como el nuestro, el juez no está indefectiblemente vinculado al precedente judicial. No obstante, ello no significa que pueda omitirlo de manera caprichosa e injustificada, razón por la cual debe justificar de manera expresa y detallada las razones fácticas y jurídicas que lo llevan a dejar de aplicar un precedente en un caso particular, como vimos en la introducción de este estudio. Este razonamiento también es plenamente aplicable frente a los cambios de jurisprudencia permanente.

Entre las múltiples materias contractuales que pueden ofrecer ejemplo de esta volatilidad de la jurisprudencia administrativa el tema de las multas permite apreciar la dramática situación: así, por sentencia del 21 de octubre de 1994 (exp. 9288), la sección III del Consejo de Estado consideró que las partes podían pactar las multas y un procedimiento

para su imposición unilateral, en aplicación del principio de la autonomía de la voluntad que rige la contratación estatal (arts. 32 y 40 Ley 80/93). No obstante, menos de un mes después, la misma sección consideró, en sentencia del 16 de noviembre de 1994 (exp. 8449), que las partes no podían pactar la imposición unilateral por no haber sido así prevista en el Estatuto Contractual de 1993. La misma consideración y conclusión fue ratificada en providencias de los tres años siguientes, en sentencias del 10 de marzo de 1995 (exp. 3303) y del 15 de agosto de 1996 (exp. 8358) y en auto del 20 de febrero de 1997 (exp. 12669).

El 4 de junio de 1998, la sección cambió su jurisprudencia por el auto en el expediente 13988, mediante el cual enunció la competencia de imposición unilateral en virtud del principio de autotutela declarativa de los actos administrativos, que ya hemos referido y criticado antes. Esta concepción sería ratificada por providencias proferidas durante los cuatro años siguientes como se aprecia en los autos del 14 de diciembre de 1998 (exp. 14504) y del 13 de diciembre de 2001 (exp. 19443), así como en la sentencia del 20 de junio de 2002 (exp. 19488). No obstante, dos años después, la sección adoptaría una posición intermedia en la sentencia del 18 de marzo de 2004 (exp. 15936), en la que, preservando el fundamento de la autotutela declarativa, también afirmó que era posible que las partes definieran un procedimiento de imposición unilateral, fundadas en la autonomía de la voluntad. Esta concepción dual fue ratificada al año siguiente, en sentencia del 14 de julio de 2005 (exp. 14289), para ser recogida dos meses y medio luego, por la sentencia del 20 de octubre de 2005 (exp. 14579), también comentada en este estudio, por la cual la sección III consideró que, siendo exorbitantes, la administración debía tener una habilitación expresa del legislador para imponerlas unilateralmente, lo que no existía en el Estatuto Contractual de la Ley 80/93.

Finalmente, sabemos que fue necesario que el legislador consagrara expresamente la facultad de imposición de multas por las entidades regidas por el Estatuto, mediante el artículo 17 de la Ley 1150/07.

* * *

Al analizar el deber de las autoridades administrativas de tener en cuenta los precedentes del Consejo de Estado (art. 10 CPACA), la Corte Constitucional expuso una vez más las razones que la llevan a su reconocimiento como fuente formal de derecho. Las normas explícitas exigen una interpretación, tanto abstracta como adaptada al caso específico. Además, para la resolución del caso se integran diversos tipos de reglas, lo que exige establecer la jerarquía normativa entre ellas, su ponderación cuando son de igual jerarquía, así como la concreción de los principios generales y de diversas fuentes de derecho. El precedente permite ofrecer seguridad jurídica sobre el sentido esperado de las decisiones jurisdiccionales y administrativas, logrando así la efectividad del principio de igualdad⁶⁰. Pero ello es posible siempre y cuando exista una verdadera racionalidad y coherencia en los enunciados y fundamentos de las reglas que constituyen precedente.

El panorama variable de la jurisprudencia que se ha expuesto en las distintas modalidades de incertidumbre del precedente, señala que ello no siempre es así, lo que indica pistas equívocas al operador jurídico. Puede imaginarse, como efectivamente ocurrió en muchas ocasiones, que un diligente experto en contratación, al corriente de la evolución de la jurisprudencia, consideró en 1994 que podía pactar un procedimiento de imposición de multas, por cuanto así lo permitía la jurisprudencia de ese año. Puede imaginarse también que cuando la multa así impuesta fue objeto de

60 Corte Constitucional, sentencia C-634/11.

una demanda para solicitar su anulación, ella fue anulada en primera instancia por el Tribunal Administrativo, tres años después, en 1997, aplicando el precedente vertical del Consejo de Estado, existente en ese momento, según el cual la imposición unilateral de multas no era lícita por falta de previsión de la potestad en la Ley 80/93. El tribunal no dejaría de reprochar a los operadores jurídicos la ilegalidad de su decisión, por consignar una cláusula contraria al orden público contractual. Pero, también es perfectamente imaginable que, cuando la apelación de este fallo fue resuelta por el Consejo de Estado, seis años después, en 2003, el máximo tribunal de lo contencioso administrativo revocó la sentencia de primera instancia, con fundamento en el precedente de la *autotela declarativa*, haciendo incluso un grave reproche al Tribunal, incluso con denuncia disciplinaria, por no respetar un precedente consolidado 4 años atrás. No obstante la resolución de la misma apelación podría ser diametralmente opuesta, si ella fuera proferida ocho años después, en 2005, lo que infortunadamente es perfectamente posible en nuestra morosidad judicial. En este evento, el tribunal habría recibido toda la felicitación del Consejo de Estado, quien habría confirmado su decisión de primera instancia.

Esta situación kafkiana está por supuesto en las antípodas de los objetivos de seguridad jurídica, respeto del principio de igualdad y mínimos de coherencia y racionalidad del sistema judicial, como finalidades esenciales del precedente.

Las tipologías de modalidades de incertidumbre del precedente judicial en materia contractual así descritas, identificadas sobre casos específicos de la jurisprudencia administrativa, podrían tener ampliación significativa a otros aspectos, como la fragilidad de precedentes de decisiones que han sido objeto de salvamentos y aclaraciones de voto importantes por parte de magistrados disidentes, o el delicado problema de la identificación de la *ratio decidendi* en nuestras extensas sentencias que tratan con excesiva frecuencia gran cantidad de temas que carecen de relevancia

efectiva sobre la decisión adoptada pero cuya escisión tajante de esta es difícil establecer. El principio enunciado por la Corte Constitucional, según el cual solo son vinculantes las consideraciones que forma parte de la *ratio decidendi*, en oposición a los *obiter dicta*⁶¹, es difícil de establecer concretamente, cuando los tribunales y las altas Cortes adoptan una posición didáctica de los más variados temas, más próxima de la labor de la doctrina o de la pedagogía universitaria que de la función jurisdiccional.

La validez material de los precedentes estará entonces subordinada a una serie de condiciones contrarias a las modalidades de incertidumbre que aquí se han expuesto, indispensables para lograr siquiera parte de los fines de la institución. Más que modificaciones de substanciales a determinada institución jurídica, la jurisprudencia deberá preocuparse por el desarrollo paulatino y consolidado de líneas jurisprudenciales en las que el progreso de la institución sea fruto de su lenta precisión, fundada en el análisis sereno del recorrido ya hecho.

En esta evolución será importante, y tal vez esencial, abandonar la personalización de las decisiones de las corporaciones jurisdiccionales colectivas que incita a que el ponente de la decisión tenga la humana tentación de dejar su huella en la decisión colectiva, por encima del perfeccionamiento institucional anónimo de la función pública que tienen a su cargo. La importancia y refuerzo de los precedentes judiciales también incita a un trabajo de profundidad de la doctrina que estará obligada a sistematizar y contextualizar la jurisprudencia de la manera más completa posible, trabajo exploratorio que sin duda revelará evoluciones inesperadas y sorprendentes.

61 Corte Constitucional, sentencias SU-049/99, SU-1720/00, C-252/01, T-468/03, T-292/06 y C-820/06. Definición en sentencia SU-047/99.

BIBLIOGRAFÍA

KESSES, AMANDA ESTELA, “Extinción del contrato por declaración de una de las partes”, en *Contratación contemporánea. Contratos modernos – Derechos del consumidor*, t. 2, dirs. ALTERINI, ATILIO ANÍBAL, DE LOS MOZOS, JOSÉ LUIS y SOTO, CARLOS ALBERTO, Temis, Bogotá, 2001.

RIVERO, JEAN, *Derecho Administrativo*, Caracas, Universidad Central de Venezuela, 1984.

MARIENHOFF, MIGUEL S. *Tratado de Derecho Administrativo*, 3ª ed., Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1992.

REFERENCIAS JURISPRUDENCIALES

CORTE CONSTITUCIONAL

Sentencia C-486/93, M.P.: EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ

Sentencia C-555/94, M.P.: EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ

Sentencia C-496/94, M.P.: ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO

Sentencia C-333/96, M.P.: ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO

Sentencia C-154/97, M.P.: HERNANDO HERRERA VERGARA

Sentencia SU-047/99, M.P.: CARLOS GAVIRIA DÍAZ y ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO

Sentencia SU-049/99, M.P.: JOSÉ GREGORIO HERNANDEZ GALINDO

Sentencia T-1625/00, M.P.: MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Sentencia SU-1720/00, M.P.: ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO

Sentencia C-836/01, M.P.: RODRIGO ESCOBAR GIL

Sentencia SU-1184/01, M.P.: EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT

- Sentencia T-1031/01, M.P.: EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT
- Sentencia C-892/01, M.P.: RODRIGO ESCOBAR GIL
- Sentencia C-832/01, M.P.: RODRIGO ESCOBAR GIL
- Sentencia C-252/01, M.P.: CARLOS GAVIRIA DÍAZ
- Sentencia C-619/02, M.P.: JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO y RODRIGO ESCOBAR GIL
- Sentencia C-918/02, M.P.: EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT
- Sentencia T-462/03, M.P.: EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT
- Sentencia T-468/03, M.P.: RODRIGO ESCOBAR GIL
- Sentencia C-913/03, M.P.: CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ
- Sentencia T-335/04, M.P.: CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ
- Sentencia T-698/04, M.P.: RODRIGO UPRIMNY YEPES
- Sentencia T-214/05, M.P.: HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO
- Sentencia T-683/06, M.P.: MARCO GERARDO MONROY CABRA
- Sentencia C-338/06, M.P.: CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ
- Sentencia T-292/06, M.P.: MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA
- Sentencia C-820/06, M.P.: MARCO GERARDO MONROY CABRA
- Sentencia T-793/07, M.P.: MARCO GERARDO MONROY CABRA
- Sentencia T-049/07, M.P.: CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ
- Sentencia T-766/08, M.P.: MARCO GERARDO MONROY CABRA
- Sentencia C-335/08, M.P.: HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Sentencia T-1210/08, M.P.: CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ

Sentencia SU-484/08, M.P.: JAIME ARAÚJO RENTERÍA

Sentencia T-443/10, M.P.: HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Sentencia T-084/10, M.P.: MARÍA VICTORIA CALLE CORREA

Sentencia T-161/10, M.P.: JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

Sentencia C-539/11, M.P.: LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Sentencia C-634/11, M.P.: LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Sentencia T-556/11, M.P.: MARÍA VICTORIA CALLE CORREA

Sentencia C-644/11, M.P.: JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

Sentencia C-316/12, M.P.: MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO

Sentencia T-064/13, M.P.: MARÍA VICTORIA CALLE CORREA

CONSEJO DE ESTADO

S.P., sentencia 18/11/03, exp. 0039-01(IJ)

Secc. III, sentencia 09/05/96, exp. 10151

Secc. III, sentencia 29/05/03 exp. 14577

Secc. III, sentencia 25/08/11, exp. 14461

Secc. III, auto 04/06/98, exp. 13988

Secc. III, sentencias 14/04/05, exp. 13599 y 30/07/08, exp. 26520

Secc. III, sentencia 20/10/05, exp. 14579

Secc. III, sentencias 07/10/09, exp. 17936

Secc. III, 28/09/11, exp. 15476

S.P., sentencias 18/11/03, exp. 0039-01(IJ)

Sentencia 13/09/99, exp. 10264

Secc. III, sentencia 09/03/00, exp. 10540

Secc. III, auto 29/06/00, exp. 16756

Secc. III, sentencia 24/08/00, exp. 12082

Secc. III, auto 25/10/00, exp. 18599

Secc. III, sentencia 15/03/01, exp. 13352

Secc. III, sentencia 20/10/05, exp. 14579

Secc. III.B, 23/03/12, exp. 20810

Secc. III, sentencia 29/05/03, exp. 14577

Secc. III, sentencia 20/10/05, exp. 14579

Secc. III, sentencia 23/04/09, exp. 16372

Secc. III, sentencia 21/10/94, exp. 9288

Secc. III, auto 26/03/98, exp. 14000

Secc. III, sentencia 28/09/11, exp. 15476

Secc. III, auto 27/02/03, exp. 22759

Secc. III, sentencia 19/08/04, exp. 12342

Secc. III, sentencia 12/05/88, exp. 4303

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

Sentencia 27/10/93, exp. 3785

Sentencia 14/03/94, exp. 2467

Cas. civ., sentencia 16/12/05, exp. 0125-01

Cas. civ., sentencia 02/12/60

Cas. civ., sentencia 30/08/11, exp. 1957-01

Cas. civ., sentencia 14/1201, exp. 6230 y cas. 31/10/95

CONSEJO DE ESTADO FRANCÉS

Sentencia 30/03/16, n.º 59928, *Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux*

Sentencia 09/12/32, n.º 89655, *Compagnie de tramways de Cherbourg*