



**APLICACIÓN DE LAS PRERROGATIVAS DEL ESTADO EN LA GESTIÓN
CONTRACTUAL DE LAS EMPRESAS OFICIALES DE SERVICIOS PÚBLICOS
DOMICILIARIOS.**

MIRYAM ALEXANDRA BUSTAMANTE URUEÑA

**UNIVERSIDAD LIBRE
FACULTAD DE DERECHO
MAESTRÍA EN DERECHO ADMINISTRATIVO
BOGOTÁ D.C.
2019**

[Escriba aquí]

**APLICACIÓN DE LAS PRERROGATIVAS DEL ESTADO EN LA GESTIÓN
CONTRACTUAL DE LAS EMPRESAS OFICIALES DE SERVICIOS PÚBLICOS
DOMICILIARIOS.**

MIRYAM ALEXANDRA BUSTAMANTE URUEÑA

Tesis como requisito para optar por el Título de Magister en Derecho Administrativo

Directora: Dra. CAROLINA BLANCO ALVARADO

**UNIVERSIDAD LIBRE
FACULTAD DE DERECHO
MAESTRÍA EN DERECHO ADMINISTRATIVO
BOGOTÁ D.C.**

2019

NOTA DE ACEPTACIÓN

Directora

Jurado

Jurado

Jurado

*A Dios, por su amor incondicional. A mis
padres, mi esposo y mi hija por el apoyo
invaluable y el sacrificio de su tiempo para
materializar uno de los sueños que recorremos
juntos.*

RESUMEN

Las prerrogativas del Estado, le permite a éste contar con una posición privilegiada en su relación con los particulares. Estas prerrogativas tienen su sustento en el principio de autotutela administrativa y surgen con el fin de procurar la protección del interés general.

Así las cosas, considerando que la gestión contractual de las Empresas Oficiales de Servicios Públicos Domiciliarios (ESPD OFICIALES) influye en la calidad de vida de los colombianos, es importante dar aplicación al principio de autotutela administrativa en la normativa contractual de estas empresas, y así hacer uso de las prerrogativas del Estado.

Para ello, se requiere previamente tener conceptos claros de la naturaleza jurídica, razón de ser y los tipos de prerrogativas que le otorga al Estado el principio de autotutela administrativa, así como la naturaleza jurídica de las ESPD OFICIALES, puesto que para determinar las fortalezas, aportes, obstáculos y límites que brinda este principio a las entidades estatales estudiadas, es necesario interpretar el marco normativo contractual que las rigen, bajo la luz de su naturaleza jurídica.

TABLA DE CONTENIDO

RESUMEN	v
INTRODUCCIÓN	ix
 CAPITULO I. NATURALEZA JURÍDICA DE LA AUTOTUTELA	
ADMINISTRATIVA	1
1. Origen doctrinal del principio de autotutela administrativa	1
2. Que es el principio de Autotutela administrativa.	4
3. La razón de ser del principio de Autotutela Administrativa.	11
4. Límites del Principio de la Auto tutela administrativa	15
4.1. Principio de Legalidad	16
4.2 Debido Proceso.	19
5. Tipos de prerrogativas que conllevan la aplicación del principio de autotutela Administrativa.	22
6. Clases de Autotutela Administrativa.	28
a) Declarativa	28
b) Conservativa	30
c) Agresiva	30
d) Ejecutiva	31
e. Reduplicativa.	32
7. Manifestaciones de la autotutela administrativa en el ordenamiento jurídico Colombiano.	33

CAPITULO II. NATURALEZA JURÍDICA DE LAS EMPRESAS DE SERVICIOS	
PÚBLICOS DOMICILIARIOS OFICIALES Y EL MARCO NORMATIVO DE SU	
GESTIÓN CONTRACTUAL..... 40	
1. Naturaleza jurídica de las Empresas oficiales de servicios públicos domiciliarios.	
40	
1.1. Teoría del Servicio Público y su concepción en el Estado Social de Derecho..	40
1.2. Concepto de Servicio Público.....	43
1.3. El concepto de servicio público en la Constitución Política de Colombia de	
1991. 46	
1.4. Los Servicios Públicos Domiciliarios en Colombia.....	48
1.5. La razón de ser de las Empresas de Servicios Públicos Domiciliarios en	
Colombia. Su Naturaleza Jurídica.....	50
1.6. Tipos de Empresas prestadoras de Servicios públicos Domiciliarios en	
Colombia.....	53
1.7. La importancia de las ESPD oficiales.	58
1.8. Régimen jurídico especial de las ESPD oficiales.....	62
2. Marco Normativo de la Gestión contractual de las Empresas de servicios	
Públicos oficiales.....	65
CAPITULO III. FORTALEZAS DEL PRINCIPIO DE AUTOTUTELA	
ADMINISTRATIVA EN LA CONTRATACIÓN ESTATAL QUE GESTIONAN LAS	
ESPD OFICIALES. 78	

1. Llena vacíos normativos y brinda seguridad jurídica a través de la expedición de manuales o estatutos de contratación.....	78
2. Pueden incluir cláusulas especiales en sus contratos, con las cuales se adquiere una posición privilegiada frente al contratista.....	85
3. Pueden emitir actos administrativos para definir relación contractual, declarar incumplimientos y sancionar al contratista incumplido.....	100
4. Permite la ejecución de oficio de los actos administrativos expedidos por la ESPD OFICIAL.....	111
CAPITULO IV. OBSTÁCULOS DEL PRINCIPIO DE AUTOTUTELA ADMINISTRATIVA EN LA CONTRATACIÓN ESTATAL QUE GESTIONAN LAS ESPD OFICIALES.	117
1. Su autonomía de regulación interna en materia de contratación, debe ser acorde a los lineamientos expedidos por Colombia Compra Eficiente.....	119
2. La prerrogativa de aplicabilidad de cláusulas excepcionales está limitada en los casos específicos que indicó el legislador.....	123
3. El legislador no otorgó facultad sancionadora ni de cobro coactivo en materia contractual para las ESPD OFICIALES.	129
CAPITULO V. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES	143
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	155

INTRODUCCIÓN

En virtud del proceso constituyente, Colombia se conformó como un Estado Social de Derecho, en el cual sus habitantes cuentan con un decálogo de derechos y los mecanismos para ejercerlos.

La Asamblea Nacional Constituyente de 1991, veló por incluir en la constitución, el reconocimiento de unos derechos mínimos que les permitan a todos los colombianos tener una adecuada calidad de vida, por lo que determino los “fines esenciales del Estado” (C.P., art. 2).

Así mismo, dentro de la constitución se evidencia la importancia de los servicios públicos domiciliarios en la evolución de la calidad de vida de los colombianos, pues en el artículo 365 constitucional determina que “los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado” (C.P., art. 365), lo que determina el compromiso que debe tener el Estado en la prestación eficiente éstos servicios a todos los habitantes del territorio, sin excepción alguna.

Por tal trascendencia, este tema cuenta con un capítulo en la Constitución Política, dentro del cual se reafirma que “el bienestar general y el mejoramiento de la calidad de vida de la población son finalidades sociales del Estado” (C.P., art. 366) y por ello se desprende la necesidad de regular bajo las directrices indicadas por el constituyente las responsabilidades, los prestadores, el régimen tarifario, los derechos y deberes de los usuarios, y la vigilancia y control que debe tener esta actividad económica a cargo de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, que es la única superintendencia de rango constitucional.

Ahora bien, al momento de valorar la eficiencia de los servicios públicos, el constituyente evidenció que a través de las entidades públicas prestadoras, no se obtenía la totalidad de cobertura que requería para cumplir con la finalidad del Estado. Por tanto, en una época donde la

globalización o apertura de los mercados influenció fuertemente el Gobierno Colombiano, desde la constitución se avaló que estos servicios sean “prestados por el Estado, directa o indirectamente, comunidades organizadas o particulares” (C.P., art. 365)

En razón de esto, la normatividad de los servicios públicos domiciliarios es de naturaleza especial, pues aunque está regulada a través de la Ley 142 de 1994 y posee vigilancia y control por parte del Estado, a través de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios y las Comisiones de Regulación que correspondan, la aplicación de las normas internas aplicables varía según la entidad prestadora.

Así lo ha indicado Atehotúa al expresar que

“La liberación de la economía en el Estado Colombiano ha permitido que los servicios públicos sean prestados por entidades estatales, en concurrencia con agentes económicos mixtos, privados y por comunidades organizadas, y que todos estén sujetos al mismo régimen jurídico que no es propio del libre comercio de mercancías, como tampoco el que se aplica en ejercicio de funciones públicas que desarrolla el Estado, sino que se trata de un régimen especial de naturaleza mixta y que en unos casos hace prevalecer instituciones y controles propios de derecho público y otros se aplican las de derecho privado”
(Atehotúa Rios , 2012, pág. 44)

La Ley 142 de 1994 generó múltiples pronunciamientos doctrinarios y jurisprudenciales que poco a poco se fueron encausando a definir un régimen “mixto” de las ESPD, lo que precisó la jurisdicción que debe conocer los conflictos que se deriven de las mismas. Sin embargo, los trabajos investigativos posteriores no profundizan en la aplicación de dicho régimen, en el manejo

administrativo, de talento humano o financiero que posee estas empresas, y que son fundamentales para que cumplan con su misión constitucional.

Es por ello que los funcionarios que ejercen labores dentro de las ESPD, desconocen o tienen bastantes dudas sobre el tipo de normatividad que deben aplicar internamente, teniendo en cuenta el régimen mixto que popularmente ha defendido la doctrina y jurisprudencia. Lo mismo ocurre para los servidores que desean realizar control político, control fiscal, entre otros, pues juzgan cada empresa bajo el entendido de entidades públicas, cuando internamente dependiendo su conformación, deben aplicar diversas normas del derecho público y privado.

Entonces, conforme a la naturaleza jurídica de cada empresa, se determina el régimen jurídico interno predominante; por tanto si es una entidad de origen privado o con baja participación del Estado, su régimen normativo es netamente privado, mientras que si se trata de una entidad con participación estatal mayoritaria, deben aplicar normas del derecho privado y del derecho público, lo que genera diferentes tesis e interpretaciones por parte de servidores públicos, que no orientan sus decisiones conforme a la naturaleza jurídica de las empresas creadas por el constituyente.

Aunado a lo anterior y pese a que “Los servicios públicos domiciliarios se rigen por el principio de onerosidad, que implica que los usuarios deben pagar por el servicio prestado” (*C.Const, SU-1010 -2008 R. Escobar*), no se puede desconocer que la mayoría de entidades prestadoras en municipios pequeños, corresponden a empresas estatales o incluso a los mismos entes territoriales, que son las encargadas de prestar el servicio a aquellas poblaciones más vulnerables y de difícil acceso, por tanto poseen una carga adicional en cuanto a la obligatoriedad de adelantar proyectos que generen una eficiente prestación del servicio público que permitan garantizar el 100% de continuidad, calidad y cobertura del servicio, en todo el territorio a su cargo, lo que implica que

así no reciban ingresos suficientes por parte de los usuarios, están obligados a mantener y mejorar su infraestructura.

En razón de lo anterior, se puede afirmar que las entidades que más tienen responsabilidad en el desarrollo socioeconómico de las regiones son las empresas oficiales de servicios públicos domiciliarios, que más allá de un fin económico, deben contar con una misión que permita cumplir con los fines del Estado, por hacer parte del mismo. En la práctica las ESPD OFICIALES, desconocen su papel en la sociedad y no tienen clara su naturaleza jurídica.

En este sentido, para cumplir con la misión que les encargó el constituyente, estas empresas deben ejecutar proyectos, obras de infraestructura, contar con servicios de mantenimiento, personal, adquirir insumos, y demás materiales necesarios para cumplir con sus actividades, razón por la cual, la gestión contractual de las mismas es fundamental y transversal en el cumplimiento de los procesos misionales y de la finalidad del Estado, lo que justifica que pese a que inicialmente se consideraba que la aplicación del derecho privado permite una libertad contractual y conllevaba una empresa competitiva en el mercado; actualmente el legislador busca unificar la gestión contractual de las entidades estatales, en razón de la aplicación de “los principios de la función pública” (C.P., Art. 269) incluida aquella de las entidades con régimen de contratación exceptuado y/o especial.

Por tal motivo, es de vital importancia estudiar la gestión contractual de las ESPD OFICIALES, bajo la óptica de su naturaleza jurídica, pues aunque la jurisprudencia y la doctrina ha indicado que el régimen jurídico de esta tipo de empresas es mixto, es decir aplica derecho público y privado, en materia de contratación cuentan con un régimen legal especial, en el que debe dar cumplimiento a “los principios de la gestión pública y gestión fiscal establecidos en los artículos 209 y 267 de la Constitución Política” (L.1150/2007 art. 13), y aplicar las normas que le indique

el legislador del Estatuto General de Contratación Pública, como por ejemplo el “régimen de inhabilidades e incompatibilidades” (L.1150/2007 art. 13).

Conforme a las directrices de la Ley 142 de 1994, las ESPD OFICIALES suscriben contratos estatales basados en el derecho civil y comercial, lo que confunde a los servidores públicos con la aplicación de los principios constitucionales en su normativa interna, máxime si se tiene en cuenta que los Jueces de la República y demás servidores que ejercen control y vigilancia sobre los recursos públicos que manejan estas empresas, no poseen un equilibrio en el análisis normativo de las actividades que desempeñan las ESPD OFICIALES, el cual es interpretado taxativamente y no bajo la óptica de los principios generales del derecho, principios constitucionales que fundamentan el Estado Colombiano, ni desde la naturaleza jurídica de las empresas.

Por ello surge el problema de investigación, formulado como **¿El principio de autotutela administrativa fortalece u obstaculiza la contratación estatal que gestionan las ESPD oficiales?**, pues en busca de dar respuesta al mismo, permite eliminar incertidumbres en cuanto a la aplicación del régimen especial de contratación en las ESPD OFICIALES, a través de un principio que pese a que no tiene un amplio desarrollo en Colombia, fundamenta la existencia de las prerrogativas del Estado, y también permite que todo servidor público y comunidad en general, tenga clara la naturaleza jurídica de las empresas al momento de interpretar las normas que las rigen.

Por lo anterior, con el presente trabajo se busca disminuir o suprimir cualquier tipo de vacío normativo en la aplicación del régimen contractual de las ESPD OFICIALES, bajo la óptica de su naturaleza jurídica, como entidad que hace parte de la Estructura del Estado y debe cumplir con los fines del mismo.

Esta percepción, permite indagar sobre las prerrogativas que tienen las entidades del estado, su fundamento jurídico y si en realidad deben aplicarse o no por parte de las ESPD OFICIALES, que en otros aspectos de su normatividad están previstas por su naturaleza (por ejemplo en caso de servidumbres, ocupaciones) pero que en materia de contratación se encuentran limitadas.

Lo anterior, nos lleva a analizar el principio de autotutela administrativa, que pese a que en Colombia no tiene un desarrollo normativo, y posee escaso pronunciamiento jurisprudencial, es el fundamento de todas las prerrogativas que posee el Estado.

Estas prerrogativas tienen reconocimiento en la contratación Estatal pues jurisprudencialmente se ha indicado

“En el marco de la actividad contractual de la administración existen, por previsión del legislador, algunas facultades que resultan extrañas al derecho común y que rompen el plano de igualdad entre los contratistas particulares y los contratantes públicos. Estas son prerrogativas que ofrecen al Estado una herramienta para controlar de manera más efectiva el desarrollo y ejecución de los contratos que celebra con el objeto de adquirir los bienes y servicios que le permiten cumplir con sus fines de manera eficaz. Sobre el objeto y finalidad de estas potestades” (C.E. Sección Tercera, 28 sept 2015. D. Rojas C.I. No. 28915)

El problema planteado es importante e influye en diferentes áreas, por ejemplo, en materia administrativa permite dar correcta aplicación de las normas que fundan las ESPD OFICIALES; en materia legislativa, le permite al legislador regular las ESPD OFICIALES según la naturaleza jurídica; disciplinariamente para que no se genere responsabilidades a los servidores públicos por extralimitarse en sus funciones o en las competencias dadas por el legislador; y jurisprudencialmente para que se establezca un criterio jurisprudencial basado en la naturaleza

jurídica de las empresas estudiadas, pues pese a que existe la misma normativa desde 1994, se evidencia en el presente estudio la existencia de jurisprudencia contraria, no solo para las ESPD, sino también para muchas empresas o entidades que cuentan con un régimen especial o exceptuado de contratación, lo que provoca inseguridad jurídica.

Así las cosas, para resolver el problema de investigación se debe analizar la naturaleza jurídica del principio de autotutela administrativa y de las ESPD OFICIALES, y determinar su relación y aplicabilidad en la gestión contractual de este tipo de empresas, lo que permite establecer como aporta el principio de autotutela administrativa a la contratación estatal que gestionan las ESPD OFICIALES, según su naturaleza jurídica.

Es por ello que se plantea como objetivo general de la tesis determinar cómo aporta el principio de autotutela administrativa a la contratación estatal que gestionan las ESPD OFICIALES, según su naturaleza jurídica.

Los objetivos específicos son::

- 1) Identificar y determinar la naturaleza jurídica del principio de Autotutela Administrativa
- 2) Definir la naturaleza jurídica de las ESPD OFICIALES y el marco normativo de su gestión contractual.
- 3) Establecer las fortalezas de la aplicación del principio de autotutela administrativa en la gestión contractual de las ESPD OFICIALES
- 4) Fijar los obstáculos que poseen las ESPD OFICIALES en virtud del principio de autotutela administrativa en la contratación estatal que gestionan, conforme a la normatividad vigente.

Estos temas que se despliegan en cuatro capítulos de la tesis, permiten hacer un recorrido desde los orígenes de las Empresas Oficiales de Servicios Públicos Domiciliarios, su razón de ser, el régimen jurídico y el desarrollo normativo y jurisprudencial aplicable en su gestión contractual,

determinando las fortalezas y obstáculos que se presentan para las empresas que deben competir en el mercado y al mismo tiempo cumplir con los fines del Estado sin desfinanciarse.

Lo anterior, permite reafirmar la Hipótesis planteada como: La gestión contractual de las ESPD OFICIALES se fortalece con los aportes del principio de autotutela administrativa que permite la aplicación de las prerrogativas del Estado para la protección de los recursos públicos y el interés general.

En el presente trabajo inicialmente se aborda las generalidades de los temas a tratar que genera conceptos claros para defender la hipótesis y posteriormente se busca dar respuesta al problema formulado definiendo las fortalezas y los obstáculos del principio de autotutela administrativa. Para esto es indispensable las nociones establecidas en los primeros dos capítulos, pues tanto fortalezas como obstáculos se derivan de las prerrogativas que otorga el principio estudiado.

En el primer capítulo, estudia la naturaleza jurídica del principio de autotutela administrativa, sus orígenes, su definición, su razón de ser, los límites que posee referentes al principio de legalidad y debido proceso, los tipos de prerrogativas o privilegios que le otorga al Estado, las clases de autotutela administrativa y las manifestaciones del mismo, en el ordenamiento jurídico colombiano.

En el segundo capítulo se estudia la naturaleza jurídica de las ESPD OFICIALES y el marco normativo de la gestión contractual. Para ello se define la teoría del servicio público y la concepción de Estado Social del Derecho, el concepto de servicio público doctrinariamente y el concepto de servicio público a partir de la Constitución de 1991, la definición de servicio público domiciliario en Colombia, la razón de ser de las ESPD, lo cual define su naturaleza jurídica, los tipos de empresas que prestan el servicio público, la importancia de las empresas oficiales de servicios públicos domiciliarios, el régimen jurídico especial y el marco normativo de su gestión

contractual, estableciendo lineamientos claros que deben tener en cuenta estas empresas dentro de sus reglamentos internos.

El tercer capítulo se organizan cuatro fortalezas identificadas a través del estudio jurídico y método deductivo aplicado, que implicó un análisis de cada una de las posiciones jurisprudenciales y doctrinarias respecto de los manuales de contratación, las cláusulas excepcionales, las multas, cláusula penal pecuniaria, los siniestros y el cobro coactivo en las ESPD OFICIALES, lo que permite indicar que con fundamento en el principio de autotutela administrativa, son aplicables las prerrogativas del Estado en las entidades estudiadas.

Por último, en el cuarto capítulo destinado para los obstáculos del principio de autotutela administrativa, se tiene como base los límites del principio de autotutela administrativa, que garantizan que la administración no sea arbitraria con sus administrados. Por ello el capítulo cuarto narra la posición jurisprudencial actual, con la cual en virtud del principio de legalidad se priva a las ESPD OFICIALES de privilegios establecidos en materia contractual a las entidades del Estado.

La metodología de investigación utilizada en el presente trabajo corresponde a la metodología cualitativa, propia de las investigaciones jurídicas, aunque también se puede denominar metodología jurídica que según Hernán Corral Talciani “corresponde a diferentes métodos o modos utilizados para la comprensión del derecho”. (2008), esto teniendo en cuenta el alcance del planteamiento del problema planteado que implica un análisis desde un principio general del derecho hacia la normativa vigente de las ESPD OFICIALES.

A través de esta metodología, fue necesario reunir los estudios realizados sobre el particular, pronunciamientos doctrinarios, artículos de revista o trabajos de investigación que se han realizado

afines al tema, los desarrollos jurisprudenciales y la legislación dispersa aplicable a las ESPD OFICIALES en su gestión contractual.

Para la organización de la información y el desarrollo del trabajo, se utilizó varios métodos de investigación entre ellos, el deductivo (desde lo general plantear soluciones a lo particular), el análisis – síntesis y el derecho comparado, (Villabella Armengoli, 2012), puesto que el principio de autotutela administrativa requiere análisis de otras legislaciones en la cual se encuentra más desarrollado el mismo, y por tanto fue necesario analizar en una primera parte del trabajo los conceptos marco que define el principio de autotutela administrativa y la naturaleza jurídica de las ESPD para aplicarlas en la gestión contractual de las empresas estudiadas y detalla los elementos del fenómeno planteado en la gestión contractual de las ESPD OFICIALES, los cuales posteriormente son unidos en un todo que fundamenta la hipótesis y permite llegar a las conclusiones.

CAPITULO I. NATURALEZA JURÍDICA DE LA AUTOTUTELA ADMINISTRATIVA

El Estado posee el deber de cumplir con los fines propuestos en su mandato constitucional, pero para ello necesita tener una posición privilegiada frente a sus administrados (pueblo) que le permita ejecutar actividades en beneficio del interés general de la comunidad que gobierna.

Con base en esta necesidad, doctrinariamente surge “el principio de autotutela de la administración pública o de las prerrogativas públicas” (García de Enterría, 1974), el cual es necesario estudiar a fondo para comprender su importancia en la contratación estatal, y en la obtención de los fines del Estado a través de Empresas de servicios públicos domiciliarios – ESPD – de carácter oficial, quienes pese a su régimen exceptuado de contratación pública, actúan mediante contratos estatales, por su definición orgánica.

Es por ello que en el presente capítulo, se determina el origen y fundamento doctrinario del principio de autotutela administrativa, su definición, razón de ser, límites, tipos de prerrogativas que la conforman, y las clases de autotutela que doctrinaria y jurisprudencialmente se evidencia, para concluir en las manifestaciones que tiene este principio dentro del ordenamiento jurídico colombiano, y cuáles de ellas atañen a la presente investigación.

1. Origen doctrinal del principio de autotutela administrativa.

“El principio de autotutela surge como consecuencia de la concepción de la separación de poderes del Estado que produce la revolución francesa” (Oelckers Campus, 2010). Este proceso revolucionario que enmarca posiciones claras para las tres ramas de poder público que se

[Escriba aquí]

constituyeron en Francia, determinando sus competencias, y actividades conforme al dinamismo histórico que se vivía en dicha época, permitió el desarrollo de la función administrativa y por ende el surgimiento del principio objeto de estudio al separarla de la función judicial.

Este antecedente es fundamental, pues desde la separación de poderes se otorga “un auténtico privilegio de la administración pública, al suponer una determinada posición de exención respecto a los tribunales o poder judicial” (Oelckers Campus, 2010).

En virtud de este proceso histórico, surgen posiciones doctrinales que entran a justificar las razones por las cuales la administración cuenta con una posición privilegiada frente a sus administrados y en que consiste la misma.

El jurista francés Maurice Hauriou, nutre el principio de la autotutela administrativa con su doctrina de las “*puissance publique*” o prerrogativas públicas, que hace referencia a la “autonomía de la administración” frente a las actuaciones de otras ramas del poder público, especialmente de la judicial, pues indica que

“toda su actividad es acción jurídica autónoma concretada en decisiones ejecutorias y ejecución administrativa, por tanto todas las decisiones de la administración son ejecutorias por sí mismas y la administración tiene el derecho de llevar hasta el fin las operaciones legales que emprende en virtud de sus decisiones y de la ejecución forzosa de la misma” (Fernandez, 2015)

En virtud de ello, la administración acude a la vía jurisdiccional para obtener mandamiento o título ejecutivo, o proceder a la ejecución de un derecho que declaró, por tanto los jueces administrativos pueden controlarla pero solo a posteriori, es decir, cuando la decisión ejecutoria

ha sido adoptada, o cuando la decisión está consumada y ha ocasionado un daño. (Fernandez, 2015).

Por su parte, la doctrina española a través de autores como Fernando Garrido Falla se refiere a esta teoría como el sistema de prerrogativas administrativas que marca la diferente posición entre la administración y el administrado, pues la primera se encuentra investida de unos poderes que le permiten por si misma declarar un derecho mediante un acto administrativo y “ejecutarlo por sus propios medios incluso en contra de la voluntad de los obligados” (como se cita en (Fernandez, 2015)

El Estado, como persona jurídica posee obligaciones conforme a la naturaleza de su conformación, pero para desarrollar las mismas deben ejercer la función administrativa, definida como:

“El conjunto de actividades particulares, disimiles entre sí, pero diversas de aquellas generales del estado y particulares propias de la función judicial y legislativa, que dan desarrollo directo a las finalidades del estado, consagradas de manera positiva en la Constitución Política, que pueden ser desarrolladas por distintos sujetos de derecho, habilitados para ello, con el respeto y cumplimiento del ordenamiento jurídico superior.”
(Montaña, 2010)

Esta función administrativa, por regla general se expresa en actos, hechos, contratos u operaciones de la administración.

El principio de autotutela, está directamente relacionado con la forma en que se expresa o actúa la administración para alcanzar los fines estatales, es por ello que desde su origen se determinó que era necesario que la administración contara con unas prerrogativas, definidas éstas como el

“*Privilegio, gracia o exención que se concede a alguien para que goce de él*”, (prerrogativa, n.d); que le permita desequilibrar la balanza a su favor, en la relación con los particulares y le otorga mayor poder y límites en su actuar, como será explicado posteriormente.

Pero esta posición de privilegio la adquiere la administración “no solamente por su actividad formal o material (administrar), entendida como toda actividad que difiere de la de legislar o de juzgar” (García de Enterría & Fernández, 2008), sino además por la simple existencia del Estado, que en contextos históricos diferentes, actuaba sin estar sometida a preceptos legales que le permitiera limitar o regular su actuar. (García de Enterría & Fernández, 2008)

Con estas prerrogativas administrativas “*la Administración es capaz de imponer su voluntad e incluso de ejecutarla sin necesidad de acudir a los jueces y tribunales para imponer sus decisiones.*” (Salcedo Fernández, 2018), y así fue planteada desde la revolución francesa, con la cual se hizo una transición de un régimen monárquico para establecer las primeras bases de un estado democrático a través de la doctrina de las prerrogativas públicas, que reconoce la necesidad de mantener unos privilegios con los cuales contaba el Estado monárquico de no acudir a jueces o tribunales, pero otorgándole límites a su actuar, conforme a la separación de poderes.

2. Que es el principio de Autotutela administrativa.

Basada en esta doctrina que implica que la administración cuenta con ciertos privilegios para el ejercicio de sus funciones, surge el concepto de “autotutela”, que para ciertos autores es un “principio general del derecho de gran importancia para el derecho público” (Oelckers Campus,

2010), por ser el sustento para instituir distintas figuras jurídicas que el legislador ha incorporado para el actuar de la administración, con la cual se cumplen con los fines del Estado.

El concepto de autotutela “*tiene relación con el ámbito de la defensa (o tutela) de los derechos*” (Oelckers Campus, 2010), que por regla general está en cabeza de la rama judicial.

En este sentido la autotutela es la excepción a una regla general, que busca que un tercero garantice los derechos de las partes, en pro de un principio de justicia o paz jurídica (como lo referencian en la doctrina española) que debe regular todo Estado.

Para la doctrina clásica española el principio de autotutela es “una institución que se estudia dentro del marco de la teoría general de derecho” (García de Enterría & Fernández, 2008), por ser un principio básico para el desarrollo de las actividades del Estado, y por tanto no es aplicable exclusivamente al derecho administrativo, aunque para el presente trabajo solo nos vamos a remitir a la conceptualización de este principio en dicha área.

Para el Derecho Español “este principio es la facultad que posee la administración de crear, modificar, extinguir y realizar situaciones jurídicas unilateralmente, por su propia autoridad y sin necesidad de auxilio judicial” (Miguez Macho, 2015), privilegio que es otorgado exclusivamente “a la administración pública y sólo en razón de la finalidad que ella pretende en el medio social”. (Oelckers Campus, 2010)

En palabras de Eduardo García de Enterría la autotutela es una institución sistemática porque implica el desarrollo de varias normas, pero en si es

"el sistema posicional de la Administración respecto a los Tribunales,... La Administración está capacitada como sujeto de derecho para tutelar por sí misma sus propias situaciones jurídicas, incluso sus pretensiones innovativas del statu quo, eximiéndole de este modo de

la necesidad común a los demás sujetos, de recabar una tutela judicial” (Garcia de Enterría, 1974)

Para (Garcia de Enterría & Fernandez)

“La autotutela de la administración, supone para ella eximirse tanto de la carga de juicio declarativo (en el sentido genérico del concepto que incluye la actuación tanto de pretensiones puramente declarativas, como las constitutivas y de condena) y de la carga de juicio ejecutivo” (2008)

Es decir que las Administraciones Públicas cuentan con *“la potestad de tutelar por sí mismas sus derechos e intereses y por tanto están exentas de someter sus pretensiones tanto a juicio declarativo como a juicio ejecutivo. Las decisiones administrativas son ejecutivas y ejecutorias.”*

(Ramon , 1988)

Esto sin duda, genera una posición de privilegio sobre los particulares, quienes contrario sensu para lograr la declaratoria de un derecho y la ejecución del mismo deben acudir a un tercero (juez) para que intermedie entre las actuaciones que fueron suscritas por acuerdo de voluntades o no entre las partes, y restablezca los derechos que hay lugar a una u otra parte, a través de procesos ejecutivos.

El ejercicio de actuaciones ante un juez doctrinariamente se denomina Heterotutela, con la cual

“la declaración, defensa, conservación y ejecución de los derechos de cada uno no le quedan encomendados a su propio titular, sino que debe acudir a un tercero, a un órgano del Estado y más concretamente del Poder Judicial, para solicitar que el mismo declare sus derechos, adopte medidas para su protección o los haga ejecutar o realizar.” (Salcedo Fernandez, 2018)

Para Margarita López-Nieto y Truyols las prerrogativas con las que cuenta el Estado tiene como base “*una presunción iuris tantum de legalidad de los actos administrativos, dictados con sujeción al Derecho administrativo, que se presumen válidos, y que, en consecuencia, producen efectos desde el momento en que se dictan, se notifican o se publican*”. (2005)

Entonces el principio de autotutela administrativa se encuentra directamente relacionado con el concepto de acto administrativo e incorpora en su definición los conceptos de ejecutoriedad, presunción de legalidad de los actos administrativos, y ejecución de los mismos. Aunque, es necesario aclarar que “la ejecutoriedad de los actos administrativos no es la regla general que explique los diversos privilegios que detenta la Administración, es una manifestación de todas las que presenta los ordenamientos jurídicos al principio de autotutela” (Oelckers Campus, 2010)

Por su parte, la doctrina colombiana para estudiar el principio de autotutela administrativa toma como base el derecho español, pues pese a que dentro del ordenamiento jurídico colombiano no se encuentra textualmente la definición y conceptualización de este principio, si es la base para el desarrollo de normativas constitucionales y legales que lo fundamenta.

Vale la pena mencionar que la Corte Constitucional ha expuesto dos posturas en cuanto a los principios generales del Derecho, la primera señala que éstos no son normas que pertenecen al ordenamiento y los equiparan con la equidad y el derecho natural, es decir que los principios no son normas jurídicas, y la segunda sostenida en la Sentencia C-067 de 2003 en la que “se incorporan los principios al Bloque de constitucionalidad, por lo que se hace necesario que sean normas”. (Estrada Velez, 2010)

Ante estas dos posturas y la materialización de este principio dentro del ordenamiento jurídico colombiano, es aplicable la primera posición de la Corte Constitucional, puesto que pese a que no

existe un articulado dentro del ordenamiento jurídico colombiano que regule o mencione el principio de autotutela administrativa, el mismo existe y se evidencia en diferentes figuras jurídicas que se encuentran instituidas en la Constitución y la Ley, y en la facultad con la que cuenta el legislador para incorporarlas, conforme a la necesidad del Estado.

Por otro lado, dentro de las definiciones de la doctrina colombiana es importante resaltar la expuesta por el Doctor Jaime Orlando Santofimio Gamboa, que indica que

“es una figura exótica dentro del Estado de Derecho que implica la admisión constitucional y legal de poderes superiores de los entes públicos con funciones administrativas, que rompen el estricto principio de igualdad, otorgándole a los actores públicos la posibilidad de declarar y ejecutar unilateralmente el derecho frente a los administrados, con el propósito de otorgarle relevancia y ejecutoria a las decisiones administrativas, sin la necesidad de acudir para estos efectos a los estrados judiciales”
(citado por (Fernandez, 2015)

En similar sentido, el Doctor Jaime Vidal Perdomo *“se refiere a la autotutela como el privilegio administrativo de definir situaciones jurídicas, en desarrollo de la Ley, sin tener que acudir al juez, como deben hacerlo los particulares.”* (Vidal Perdomo, 2008)

Entonces, este principio permite que la administración previamente a una instancia judicial, tome una decisión unilateral que pueda ser ejecutada y permita garantizar la prevalencia del interés general.

Una vez la administración ejerce este privilegio sobre el administrado, podrá tener revisión posterior de las instancias judiciales.

Por su parte el Consejo de Estado define este principio como

“aquella capacidad, como sujeto de derecho para tutelar por sí misma sus propias situaciones jurídicas, que dota a la administración de la facultad de tomar decisiones ejecutorias. Se trata de un privilegio que le permite decidir los asuntos de su competencia, sin intervención judicial previa, mediante actos administrativos, que gozan de presunción de legalidad y ejecutividad” (C.E. Tercera, 7 abr. 2011, Correa Ruth, CI. No. 2000-00016-01-AG)

“Este poder de fijar la voluntad de la administración, aún en contra de la voluntad de los administrados, es uno de los rasgos característicos de la autotutela administrativa.” (C.E. Tercera, 31 mar.2005, Saavedra Ramiro, CI. No. 2004-01617-01AG)

Jurisprudencialmente este principio permite que la administración haga efectiva su actividad de administrar, pero dentro del ejercicio de un poder legítimo que está amparado en el cumplimiento de los fines del Estado establecidos en la Constitución Política, por tanto este principio se complementa con el “concepto de función administrativa, que no es otra cosa que el ejercicio legítimo de poder de la administración pública”. (C.E. Tercera, 31 mar.2005, Saavedra Ramiro, CI. No. 2004-01617-01AG)

Así las cosas, la autotutela administrativa es un “*Principio General del Derecho con el cual se rompe el equilibrio entre las partes (Estado – administrado) y le permite a la administración tomar decisiones unilateralmente, que se ven reflejadas en la expedición de actos administrativos*” (Oelckers Campus, 2010) con los cuales declara un derecho, resuelve una controversia y puede exigir su cumplimiento, convirtiéndose en una excepción a la función judicial, que por regla general le compete dirimir los conflictos entre particulares.

Ahora bien, en un primer momento en virtud de la posición privilegiada que se le otorga a la administración se podrá decir que ésta toma un rol de juez y parte, pero cuando termina la actuación administrativa, este privilegio culmina, pues puede ser revisado por parte de la autoridad judicial, quien estudia de una manera imparcial y bajo la luz del principio de legalidad, la posición de la administración y del particular. (Morelli Rico, 1996)

Por tanto, este privilegio no implica la arbitrariedad en las decisiones de la administración puesto que para verificar que las mismas estén dentro del marco de la legalidad, fue concebida la Jurisdicción contencioso administrativa, o en su defecto un Tribunal (para el derecho español) cuya naturaleza está destinada al estudio de los conflictos derivados entre el Estado y los particulares.

Algunos autores consideran que la autotutela trae consigo una función jurisdiccional dentro de la administración, y por tanto al estudiar la misma siempre hacen referencia a “la figura de la revocatoria directa de los actos administrativos, con la que la entidad estatal puede revisar sus decisiones o ejercer autocontrol de sus actos” (Riascos Gomez, 2013), pero esta figura se convierte en un mecanismo o expresión del principio de autotutela, con el cual no solo trata de la revisión que puede tener la administración de sus actos, sino el poder con el cual puede expedirlos inicialmente, sin necesidad de acudir a un Juez para declarar un derecho y ejecutar el mismo. No debe confundirse aquella normatividad en la cual se le da funciones jurisdiccionales a ciertas entidades que hacen parte de la estructura administrativa del Estado, con el poder de autotutela con el que cuentan todos los órganos de la administración, como quiera que este último se limita al ejercicio de la función administrativa como tal, y por ende puede ser objeto de revisión posterior por parte de la jurisdicción competente.

Ahora bien, la autotutela entrega privilegios o prerrogativas, pero también entrega límites en las actuaciones del Estado, en virtud de la concurrencia de principios como el de legalidad, debido proceso, razonabilidad, confianza legítima entre otros conceptos que serán estudiados más adelante.

3. La razón de ser del principio de Autotutela Administrativa.

Otorgar privilegios a la administración debe tener una finalidad, y la misma puede variar dependiendo de cada Estado y su forma de gobierno, por ejemplo en caso de una monarquía o dictadura, sin lugar a duda los “privilegios” con los cuales cuenta la administración o rey o dictador son más marcados en sus actuaciones.

Pero en un Estado Social de Derecho, la razón de ser de la existencia de la autotutela administrativa o del ejercicio de unas prerrogativas a favor de la administración, se encuentra en el principio del interés general, pues de éste se desprenden los fines del Estado, de cuya búsqueda se deben derivar todas las actuaciones de la administración.

“El Estado de Bienestar, junto con la socialización del derecho, configuró un Estado cada vez más presente, en la defensa de los sujetos y grupos más vulnerables y débiles de la sociedad, y optó por un rol activo en la actividad económica y social, intentando corregir deficiencias del mercado e interviniendo en aquellos espacios donde la iniciativa privada no llegaba o lo hacía de manera ineficaz” (Barocelli, 2013).

Con la configuración de los fines del Estado, éste debe tomar roles de Estado empresario y Estado Solidario; por ello el Estado es el principal proveedor de bienes y servicios, pues en todo caso, le corresponde actuar en pro de los derechos humanos y beneficio común, especialmente de aquellos que no pueden acceder fácilmente a los bienes y servicios ofertados por el sector privado y que tienen relación directa con la calidad de vida.

Álvaro Tafur Galvis, indica que la función pública *“atañe al conjunto de las funciones que cumple el Estado, a través de los órganos de las ramas del poder público, de los órganos autónomos e independientes y las demás entidades”* (C. Const. C 037/2003 A. Tafur) y en cuanto a los particulares *“que taxativamente los ordena la constitución y la ley, la función pública implica el ejercicio de la autoridad Inherente del Estado”* (C. Const. C 037/2003 A. Tafur).

Pero todas estas funciones deben estar concadenadas para alcanzar los fines del Estado, *“ya que este es el instrumento para lograr la satisfacción de las necesidades sociales”* (Maldonado Gomez, 2015), pues como lo indicó el Magistrado de la Corte Constitucional Carlos Gaviria Díaz (QEPD) *“el Estado no puede obligar a ser virtuosos a sus asociados, sino que debe darles los mecanismos para que estos lleguen a serlo”* (C.Const. C-221/1994 C. Gaviria), entendiéndose los mecanismos como todas aquellas necesidades que se deben satisfacer.

Colombia es un “Estado Social de Derecho” (C.P. art 1), en el cual sus habitantes cuentan con derechos y los mecanismos para ejercerlos. La Asamblea Nacional Constituyente de 1991, veló por incluir en la constitución, el reconocimiento de unos derechos mínimos que les permitan a todos los colombianos tener una adecuada calidad de vida, y para ello estableció *“los fines esenciales del Estado”* (C.P., art 2), que promueven *“El bienestar general y el mejoramiento de la calidad de vida de la población”* (C.P., Art 366).

Dada la importancia de los fines estatales, su materialización no puede verse afectada por “el principio de autonomía de la voluntad de los particulares” (Fernandez, 2015), quienes buscan su interés particular, y que en ciertas ocasiones se puede ver afectado en pro del desarrollo de proyectos, planes o programas que benefician a la comunidad en general y por tanto es necesario ceder el interés particular así sea en contra de su voluntad, con las indemnizaciones que legalmente se hayan establecido. Vale la pena mencionar que al principio de la autonomía de la voluntad, con el transcurso del tiempo se le ha impuesto “limitaciones para la defensa de los derechos fundamentales” (Angel, 2016), requeridos en pro del interés general, que no afectan la relación entre particulares porque igualmente garantizan la igualdad entre las partes. (Angel, 2016)

“En un Estado Social de Derecho, el ciudadano es el núcleo esencial, por tanto satisfacer las necesidades básicas de los mismos se convierte en el fin de la actividad de la administración, que posee ese deber principal de la satisfacción de los intereses generales y es el principal actor que consigue la materialización real de los fines del Estado”
(Barrera Torres , 2015)

En razón de esto, la administración necesita herramientas para actuar, para administrar y por ello es necesario y fundamental preestablecer mecanismos con los cuales el Estado cumple el fin para el cual fue conformado. De ahí que el concepto de autotutela administrativa toma su fundamento en el interés general y bienestar común y a lo largo de la historia su desarrollo se evidencia en la evolución del derecho administrativo, que ha previsto distintas figuras jurídicas que conforme a la necesidad y realidad de las administraciones deben evolucionar cada día más en pro de la aplicabilidad del principio de eficacia, eficiencia y buen gobierno que debe tener el Estado.

Entonces, estas herramientas deben ser eficientes y permitirle al Estado un desarrollo a su favor, incluso en contra de los intereses de los particulares, por ello la *“Autotutela que encuentra fundamento en la eficacia y la eficiencia del servicio, prerrogativas que -por supuesto- van acompañadas de unos medios de control a las misma”* C.E. Tercera, 7 abr. 2011, Correa Ruth, CI. No. 2000-00016-01-AG)

Así las cosas, el fundamento del principio de autotutela administrativa, se convierte en el límite de las actuaciones de la administración, puesto que como ya se mencionó su actuar tiene que estar enmarcado únicamente a la satisfacción del interés general, preestablecido previamente en la constitución a través de los fines del Estado.

Es decir, *“Si bien la Administración Pública goza de mayores poderes que los particulares, también es cierto que le asiste menos autonomía y libertad que a estos últimos,”* (C.E. Tercera, Rincón Hernán, 30 abr. 2014 CI No. 27096), lo que implica en primer lugar que lo que inicialmente es llamado un privilegio en la práctica se convierte en una obligación, un deber en el actuar de la administración, la cual no puede escoger los procedimientos a aplicar, sino que debe acatar aquellos fijados en la ley.

Lamentablemente la cultura jurídica Colombiana, o la costumbre en el actuar de la administración, pese a la existencia de unos principios generales o rectores del derecho, dentro de los cuales se debe amparar el actuar de la administración, requiere la expedición de una ley que obligue realizar una actuación administrativa, pues los gobernantes no desarrollan la función administrativa que les compete para satisfacer esa necesidad manifiesta de la población sin que exista algo (ley) que los obligue directamente, o contrario sensu que les prohíba directamente una actuación que coloquialmente desarrollan y puede perjudicar el interés general.

Existen límites para el ejercicio de la autotutela administrativa, los cuales son necesarios establecer para que la administración no sea arbitraria en su actuar, pero al tiempo la cultura de legalidad que posee el país, en el sentido que solo debo hacer lo permitido o estrictamente indicado en la ley, ha generado que Colombia sea un Estado con abundancia de reformas constitucionales, leyes, decretos, resoluciones y demás manifestaciones de la función pública, pues se posee la percepción de que si no se encuentra escrito, reglamentado o regulado, no es posible desarrollarlo, cuando los principios son la base de toda actuación de la administración y por tanto los límites de la misma.

4. Límites del Principio de la Auto tutela administrativa.

Como se ha indicado, la prerrogativa o privilegio a favor de la administración debe poseer unos límites, medios de control, o reglamentación que garantice que el actuar de la administración no sea arbitraria o déspota.

Los límites de un principio deben ser otros principios, que a continuación se indican, pero que se ven reflejados en el desarrollo de lineamientos constitucionales y legales. Vale la pena mencionar, que unos autores tratan los límites de la autotutela como parte de las clases de prerrogativas con las que cuenta la administración. No obstante, considerando que los límites a estudiar no son otros que los principios de legalidad y debido proceso, para el desarrollo del presente trabajo se consideró primero explicar los mismos, para entender su aplicabilidad en las prerrogativas otorgadas, en la posterior explicación de la manifestación del principio de autotutela administrativa en el ordenamiento colombiano, y por último su aplicación en la contratación de entidades con régimen especial de contratación pública como las ESPD OFICIALES

4.1. Principio de Legalidad

Dentro del concepto del principio de autotutela ya expuesto, se evidencia que el mismo se funda en la legalidad, por lo que debe existir una manifestación previa que le permita a la administración actuar, y que fue definido dentro de los límites que posee el principio del interés general, que como ya se expuso es la razón de ser o el “para que” del principio de autotutela administrativa.

En ningún momento el principio de autotutela, se contradice o superpone o se resiste al principio de legalidad, por el contrario el primero se funda en el segundo, puesto que

“el principio de legalidad es la base de un Estado de Derecho, y hace referencia al cumplimiento de lo que se encuentra estipulado en la Ley, herramienta mediante la cual en virtud de la función legislativa se le otorga a la administración una serie de potestades, las cuales el legislador a hecho recaer en ella, con base en su libertad de configuración legislativa, pensando en el correcto desenvolvimiento del Estado.”

(C.Conts. C-060/05. J. Araujo.)

Así lo ha visto doctrinantes del derecho español que indican que

“el principio de legalidad y el principio de autotutela no son principios contrapuestos, sino principios o instituciones que contemplan la realidad del ordenamiento administrativo desde perspectivas diferentes: el primero lo contempla desde la perspectiva del modo cómo la Administración se somete al Derecho; el segundo lo contempla desde la perspectiva del modo cómo la Administración se relaciona con la justicia y con los ciudadanos” (Salcedo Fernandez, 2018)

Bajo esta lógica, todas las prerrogativas que posee la administración, están previamente atribuidas, creadas, reguladas e incluso limitadas en la ley, razón por la cual sin un señalamiento legal previo no se puede ejercer potestad alguna.

Y esto tiene su fundamento, en el hecho que la administración debe velar por el interés general, pero en todo caso, los efectos de toda actuación de la misma recaen sobre los administrados, quienes deben tener seguridad jurídica de lo que se encuentra permitido hacer al Estado, y hasta qué punto su interés particular se puede ceder, recibiendo las indemnizaciones que haya lugar, pues como ya se indicó “el ejercicio de la función administrativa está al servicio del interés general” (C.P., art 209)

Vale la pena señalar, que teniendo como lineamiento marco el principio de legalidad, de él se desprenden varias posiciones en cuanto al desarrollo o manifestación del principio de autotutela administrativa.

Por ejemplo en sentencia C-060/05 el magistrado ponente indica que

“dado que el ejercicio de la función administrativa requiere un control, para garantizar que la misma responda a los lineamientos otorgados en la constitución y la ley, se establecen las figuras de tutela judicial (heterotutela) y autotutela de administración, entendida la primera como la controversia que pueden ejercer los administrados en contra de las decisiones de la administración y la segunda como la forma en que ésta controla o corrige sus decisiones a través de mecanismos como la vía gubernativa y la revocatoria directa de los actos administrativos.” (C.Conts. C-060/05. J. Araujo.)

Se trae a colación la posición anterior, con el fin de aclarar que en el marco del principio de legalidad, se amparan todos los mecanismos de autotutela administrativa que puede tener un Estado, los cuales son variables conforme a su actividad legislativa, pero en realidad, todos estos

mecanismos, potestades o limitantes que se le establezcan al actuar de la administración en diferentes campos del Derecho, poseen su fundamento en el principio de autotutela, y por tanto el mismo jamás podrá desconocer el principio de legalidad.

Entonces no se puede negar la existencia ni la legitimidad del principio de autotutela administrativa, pero sí se ha tratado de reconducirlo a límites admisibles, a límites compatibles, concretamente, “con los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución” (Ramon , 1988)

En la doctrina española por ejemplo, al hablar de límites constitucionales de la autotutela administrativa, se estudian las figuras que dentro de la constitución española se fijan para el ejercicio de la actividad de Estado, a través de actos administrativos, pero dicho principio no es solo aplicable al derecho administrativo, por lo que sirve de límite estableciendo figuras como la suspensión de los actos administrativos, la ejecutoria de las sanciones disciplinarias y figuras aplicables en el Derecho penal. (Ramon , 1988)

Pero todas estas figuras o mecanismos mediante los cuales se expresa la existencia del principio de autotutela administrativa, siempre concluye que el límite real del ejercicio del mismo es el principio de legalidad, con el cual la administración se somete al Derecho, a la reglamentación, prerrogativas y límites que la ley otorga a las autoridades, instituciones, órganos u organismos de la administración.

Ahora bien, en Estados como el nuestro en el que existe múltiples normas, dentro de las cuales una puede contradecir a la otra, o establecer excepciones a la regla general, es necesario delimitar el actuar de cada ente del estado que ejerce función administrativa conforme a la Ley, pues podría incurrir en algún tipo de responsabilidad penal, disciplinaria y fiscal.

Situación que no es del todo favorable para entidades estatales que deben cumplir con los fines del Estado, pero que por leyes especiales las privan de prerrogativas que le son propias.

4.2 Debido Proceso.

Otro de los límites más importantes para el principio de autotutela administrativa, corresponde al Principio o Derecho al Debido Proceso, con el cual se materializan otros principios que deben regir las actuaciones administrativas y judiciales.

La doctrina ha definido tres tesis para comprender el debido proceso, como principio conductor de otros derechos (principio general del derecho), como derecho fundamental y como garantía procesal (Quintero Chinchilla , 2015), pero en todo caso cualquier definición conlleva a

“garantizar una tutela judicial efectiva, clasificada como tutela judicial antes del proceso y tutela judicial durante el proceso, entendiéndose la primera como el deber de legislador de entregar herramientas adecuadas y lineamientos para que el proceso sea eficiente y funcione adecuadamente y el segundo, como el conjunto de garantías que los particulares ejercen durante el respectivo proceso.” (Monroy Galvez, 1996)

El fundamento de este principio corresponde al “otorgamiento de una garantía para que los particulares gocen de seguridad jurídica al enfrentarse al aparato judicial o a la toma de decisiones administrativas del Estado.” (Chaves-Villada, 2015)

En este sentido, hablar de debido proceso implica las garantías mínimas de procedimiento que se debe tener en cuenta tanto en un proceso judicial como en el procedimiento administrativo, pues aunque inicialmente se hace referencia a las etapas de un proceso que se lleva a cabo ante la jurisdicción; la doctrina y jurisprudencia ha extendido su aplicación como derecho fundamental que debe garantizarse en el ejercicio de la función administrativa.

Por tanto, el Estado debe asegurar el debido proceso y éste es un límite del ejercicio del principio de autotutela administrativa, pues por mas posición privilegiada o prerrogativa que posea la entidad estatal para tomar sus decisiones, la misma no puede imponerse arbitrariamente sin garantizar los principios de publicidad (notificaciones), el derecho a la defensa, a solicitar pruebas entre otros.

“La jurisprudencia constitucional ha definido el derecho al debido proceso como el conjunto de garantías previstas en el ordenamiento jurídico, a través de las cuales se busca la protección del individuo incurso en una actuación judicial o administrativa, para que durante su trámite se respeten sus derechos y se logre la aplicación correcta de la justicia”
(C. Const. C-341-2014, González M.)

Y en cuanto a la aplicación en las actuaciones administrativas, en sentencia T-1263 de 2001, se indica que

“el debido proceso, es un principio rector de la actuación administrativa del Estado, y constituye una garantía infranqueable para todo acto en el que se pretenda – legítimamente- imponer sanciones, cargas o castigos. Constituye un límite al abuso del poder de sancionar y con mayor razón, se considera un principio rector de la actuación administrativa del Estado y no sólo una obligación exigida a los juicios criminales.” (C. Const. T-1263 de 2001, Córdoba J.)

Este derecho adquiere diferentes matices, conforme a la materia en la que se va a aplicar, (C. Const. C-341-2014, Gonzalez M.), como quiera que el legislador regula las garantías mínimas aplicables en cada rama del derecho, y determina las cargas que le corresponde a las partes, por ejemplo las autoridades administrativas, deben

“ajustar su actuar a los principios y mandatos que gobiernan la función administrativa y determinar su competencia, pero los particulares poseen la carga de observar y utilizar los medios procesales que el ordenamiento jurídico les otorga o, en defecto de esto, la carga de asumir las consecuencias adversas que se puedan derivar de la conducta omisiva de los mismos” (Chaves-Villada, 2015).

Constitucionalmente el *“debido proceso es un derecho fundamental, aplicado a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas.”* (C.P., art, 29), y por ende *“Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio.”* (C.P., art, 29). Esto le permitió al legislador establecer diferentes procedimientos aplicables conforme a la necesidad a satisfacer en cada rama del derecho, y en cada autoridad administrativa que conforma el Estado, otorgándole dentro de dicho artículo constitucional los parámetros del principio del debido proceso, que integra otros derechos de los administrados como la presunción de inocencia, el derecho a la defensa, a presentar pruebas y controvertirlas, a la doble instancia, entre otros.

Ahora bien, la finalidad de la aplicación de este derecho es diferente

“en los procesos judiciales y en las actuaciones administrativas, en estas últimas su objetivo es el cumplimiento de la función administrativa que se desarrolla en beneficio del interés general, y por tanto su desarrollo es más expedito, pero para algunos casos conforme a lo dispuesto en la ley, puede conllevar a la imposición de la sanción en favor del interés general, para lo cual se debe tener capacidades de tomar buenas y correctas decisiones, como lo enmarca el principio de buen gobierno, la eficiencia y eficacia de las actuaciones administrativas.” (C.Const. C- 640/02 Monroy M.)

En este sentido, agrega la jurisprudencia constitucional que

“es imposible trasladar mecánicamente los contenidos del debido proceso judicial al debido proceso administrativo con fundamento en que este está regido por una doble categoría de principios rectores de rango constitucional que el legislador debe tener en cuenta a la hora de diseñar los procedimientos administrativos, a saber: de un lado, las garantías adscritas al debido proceso (C.P., art. 29), y de otra, los principios que gobiernan el recto ejercicio de la función pública (C.P., art. 209)” (C.Const. C- 640/02 Monroy M.)

5. Tipos de prerrogativas que conllevan la aplicación del principio de autotutela

Administrativa.

Aclarados los límites más importantes que rigen el principio de autotutela administrativa, y las actividades de la administración; es necesario estudiar los tipos de prerrogativas que otorga este principio, derivados de su conceptualización que básicamente son dos, y que se ven reflejados en las clases de autotutela que estudia la doctrina.

Según Libardo Rodríguez Rodríguez, citado por (Fernandez, 2015) del concepto de autotutela administrativa se deriva dos privilegios:

- a) “El privilegio de la decisión previa (acto administrativo).”**
- b) “El privilegio de la ejecución de oficio (operación administrativa).”**

En cuanto al primero

“consiste en que la administración no tiene necesidad de dirigirse previamente a un juez para declarar sus derechos, de tal manera, que si el administrado no está de acuerdo con las pretensiones de la administración, es él quien deberá acudir al juez. Lo anterior se

traduce en que, gracias a este privilegio, la administración obliga al gobernado a tomar en el posible proceso la posición de demandante”. (Fernandez, 2015)

Frente a este, los ejemplos son aquellas decisiones que toma la administración para salvaguardar sus intereses (entiéndase estos como el interés general) como por ejemplo la expropiación administrativa, la imposición de servidumbres, el uso de cláusulas excepcionales del contrato estatal, que será estudiado más a fondo posteriormente, y todo aquello que implique el reconocimiento o no de un derecho, que se materializa con un acto administrativo que crea, modifica o extingue un derecho, previamente prestablecido en la ley.

Dentro de la jurisprudencia del Consejo de Estado, el privilegio de lo previo como también se denomina,

“impone el hecho que la administración pública, no puede decidir de manera unilateral sobre sus potestades (las cuales sin duda constituyen atribución de competencia legal) porque desbordaría el principio que, de modo negativo, está establecido en la Ley, específicamente en el artículo 137 de la Ley 1437 de 2011, que indica que todo acto administrativo es nulo cuando hayan sido expedidos con infracción de las normas en que deberían fundarse, o sin competencia, o en forma irregular, o con desconocimiento del derecho de audiencia y defensa, o mediante falsa motivación, o con desviación de las atribuciones propias de quien los profirió.” (C.E. Tercera, Rincón Hernán, 30 abr. 2014 CI No. 27096),

“En este punto resulta importante recordar que la competencia de los funcionarios -al contrario de lo que ocurre con la capacidad de los particulares-, es de carácter

excepcional y por ello requiere de consagración expresa, tal como preceptúan los artículos 6º, 121 y 122 de la Constitución Política, según los cuales no puede existir competencia válida sin consagración legal, pues, en principio, en nuestro ordenamiento jurídico están proscritas las competencias implícitas.” (C.E. Tercera, Rincón Hernán, 30 abr. 2014 CI No. 27096),

Es decir, para expedir un acto administrativo (decisión unilateral) se debe tener competencia u autorización legal previa que lo permite. Por tanto el privilegio de la decisión previa, en el fondo se convierte en la simple aplicación de la ley por parte de la administración, la cual no puede separarse en ningún momento, puesto que puede caer en una nulidad de su actuación, y el funcionario tendrá las responsabilidades que consagra la Ley.

Es el privilegio de la decisión previa o privilegio de lo previo, porque la ley previamente le otorga a la autoridad administrativa la prerrogativa que le permite creer que tiene una posición sobre el administrado, en virtud de su busca del interés general.

Así lo expresa el Consejo de Estado

“Al interior de la competencia establecida por la ley para la expedición de los actos administrativos opera el principio del privilegio de lo previo; se trata, pues, de una característica propia del acto administrativo unilateral que se deriva de la competencia legal y no de un principio que sirva de fuente de competencia administrativa en ausencia de la ley.” (C.E. Tercera, Rincón Hernán, 30 abr. 2014 CI No. 27096),

Por otra parte, en algunas sentencias del Consejo de Estado, se liga el privilegio de lo previo con el agotamiento de la vía gubernativa (C.E. Tercera. 7 abril 2011. Correa R. 2000-00016-01(AG)) e incluso con la figura de la revocatoria directa, pero conforme a los postulados anteriores

que se han realizado respecto el concepto del principio de autotutela administrativa, se considera que estas figuras son manifestaciones de la obligatoriedad que posee la administración en cuanto a garantizar el debido proceso y si es posible revisar sus actos, en caso que no sean acordes a lo establecido en la Ley, pero como tal el privilegio o prerrogativa al que hace referencia el principio es la decisión unilateral que puede tener la administración, la cual debe estar autorizada o poseer fundamento legal, los demás son mecanismos de la autotutela , previstos por el mismo legislador. (C. Const. C-060/05 Araujo. J.)

Ahora bien la forma como esta prestablecido esta prerrogativa y su vinculación con el principio de legalidad, puede generar situaciones que por ejemplo bajo el razonamiento común el Estado posee una competencia para cumplir con un fin prestablecido, pero no se encuentra una Ley específica que indique lo señale, puede generar conflictos a los administradores públicos, quienes por regla general se amparan en los principios constitucionales para respaldar sus actuaciones.

Un ejemplo claro de esto se puede observar en materia contractual, cuando con el cambio de normativa contractual, se derogo el Decreto 222 de 1983, que establecía taxativamente la competencia de las autoridades de imponer multas a los contratistas, y en la ley 80 de 1993 se dejó un vacío al respecto, lo que generó que se presentaran múltiples casos en los cuales el Consejo de Estado declaro la nulidad de los actos administrativos a través de los cuales se impusieron multas a los contratistas, por carecer de un fundamento legal previo que lo permitiera,. Es por ello que con posterioridad se expidió la Ley 1150 de 2007, con la cual se incluyó un párrafo dentro del artículo 17 que autorizó a “las entidades a imponer directamente las multas y la cláusula penal pecuniaria”. (C.E. Tercera, Rincón Hernán, 30 abr. 2014 CI No. 27096). Estos casos permiten comprender que debe existir una ley previa que otorgue el privilegio previo (competencia) para que la administración actúe.

En cuanto al segundo privilegio denominado “de la ejecución de oficio, el Profesor Libardo Rodríguez Rodríguez indica que *“Consiste en la facultad que tiene la administración cuando ha tomado una decisión, es decir, cuando ha dictado un acto administrativo, de hacerlo cumplir ella misma directamente, haciendo uso, si es necesario de la fuerza pública contra el particular que se resiste”* (Fernandez, 2015)

Este poder con el cual la administración puede hacer valer sus actos directamente, tienen relación con la ejecutoriedad de los actos administrativos, y con el carácter ejecutorio de los mismos, lo cual tiene su razón de ser en la prevalencia del interés general, y también es denominado poder ejecutivo de la administración.

Para LAFERRIÈRE citado por (Salcedo Fernandez, 2018) al reconocer la dimensión práctica de los poderes ejecutivos de la Administración afirma que *“la función ministerial quedaría paralizada si el ministro tuviera que retirarse frente a un juez o tuviera que esperar a que éste le llamara, cada vez que su actuación tropezara con una reclamación que invoque un derecho”*., y sin duda la administración no puede paralizar su actuación, ante los requerimientos de los administrados quienes por regla general velan por su interés particular, y como ya se ha explicado la función administrativa está enfocada es en el cumplimiento de los fines estatales que son orientados por el interés general.

En el ordenamiento jurídico Colombiano, esta potestad se ve reflejada en el artículo 89 de la Ley 1437 de 2011, que regula “el carácter ejecutorio de los actos expedidos por las autoridades” e indica que con la sola firmeza de los actos, le otorga la potestad a la administración de ejecutarlos por sí mismas y de inmediato, sin que exista mediación de otra autoridad.

El profesor Fernando Garrido Falla, expresa que

“debe entenderse por ejecutividad del acto administrativo a la cualidad jurídica que al mismo se le reconoce de habilitar a la administración para proceder a realizar los actos y operaciones necesarias que su ejecución comporta. En este sentido, decir que un acto es ejecutivo es tanto como afirmar que tiene fuerza obligatoria y debe cumplirse lo cual ocurre desde el momento en que (supuestos los demás requisitos de forma genérica, condicionan la eficacia, esto es notificación, publicación o aprobación superior, en su caso) el acto es definitivo, incluso con independencia de que sea firme” (Garrido Falla , 1989)

Basado en esto, la manifestación más marcada de esta prerrogativa se evidencia en el cobro coactivo que ejerce la administración, que “constituye el procedimiento mediante el cual se ejecuta forzosamente una obligación de hacer o no hacer, previamente impuesta mediante un acto administrativo (título ejecutivo) al ejecutado” (Quintero Chinchilla , 2015), pero en todo caso la ley debe autorizarlo, por lo que en muchos países esta potestad no procede, e incluso en Colombia, pese a lo indicado en el artículo 89 de la Ley 1437 de 2011, que es una regla general, pueden existir normas especiales que lo contraríen y no le permita en determinada materia adelantar directamente la materialización de la decisión unilateral expuesta.

Un ejemplo de ello es la escasa reglamentación legal en materia de imposición de servidumbres para el desarrollo de proyectos de servicios públicos domiciliarios, pues pese a que la ley establece que estos proyectos son de utilidad pública, el legislador reglamentó el trámite para la expropiación administrativa, mas no para la adquisición de una servidumbre , en caso de que no se requiriera la propiedad o el pleno dominio sobre un predio, por tanto lo único que regulaba el trámite de la imposición de servidumbre era la ley 56 de 1981, que remitía al Juez competente para la

autorización de los trabajos, pese a que autorizaba la imposición vía administrativa, aunque sin un procedimiento preestablecido, por tanto existían negociaciones prediales que duraban muchos años y paralizaban la ejecución de cualquier tipo de proyecto. Solo hasta la expedición de la Ley 1682 de 2013 y sus decretos reglamentarios, se otorgó unas potestades claras a la administración, tanto con el trámite de imposición de servidumbres como la posibilidad de su ejecución directamente.

En conclusión, los dos tipos de prerrogativas que se derivan del concepto de autotutela, implican que para desarrollar una actuación, la administración debe revisar si cuenta con la competencia o autorización previa para actuar y si cuenta con la facultad adelantar el cobro ejecutivo de la obligación impuesta al administrado directamente.

6. Clases de Autotutela Administrativa.

Definidos los tipos de prerrogativas que se derivan del concepto de autotutela, doctrinariamente y jurisprudencialmente ha definido unas clases de la manifestación de este principio al interior de la administración, según la situación que busque determinar y los efectos que causa.

a) Declarativa

Al estudiar la definición de autotutela declarativa, se evidencia que de la misma se deriva la presunción de legalidad de los actos administrativos, y por tanto va ligado al principio de legalidad que estudiamos previamente.

En sentencia T- 445-94, la Corte Constitucional, define

“la autotutela declarativa como la facultad de la administración de beneficiarse de una presunción de legalidad que la hace de cumplimiento necesario, sin necesidad de tener que obtener ninguna sentencia declarativa previa”. (C. Const T- 445-94 Martínez A.)

Es decir, se presume que todo acto expedido por la administración se encuentra ajustado a la ley y emitido según las formas jurídicas preexistentes, hasta que no sea declarado nulo por la Jurisdicción Contenciosa Administrativa. Pero esta presunción implica que el acto administrativo cuenta con fuerza ejecutoria y por tanto es de obligatorio cumplimiento para los administrados. (Quintero Chinchilla , 2015)

Así mismo ha sido considerando por la doctrina española, que al considerar que la administración en virtud de la Autotutela puede declarar un derecho preexistente, lo suprime o modifica, determinada situación jurídica, sin acudir al poder judicial y por tanto sus actuaciones se presumen legítimas y ajustadas a Derecho y por eso mismo la decisión que contiene – constitutiva o declarativa– es inmediatamente ejecutiva. *“Ello significa que produce efectos desde la fecha en que se dicta y que por, otra parte, puede ser objeto de ejecución forzosa con independencia de que en efecto sea ejecutada forzosamente o no.”* (Salcedo Fernandez, 2018)

“Ese acto se presume legítimo y es por ello mismo ejecutivo. Ese acto declara cuál es el derecho y las obligaciones de las partes en una concreta relación jurídica y esa declaración se presume legítima con presunción iuris tantum; lo que significa que, mientras no se destruya esa presunción –normalmente por el interesado a quien perjudica–, el acto es eficaz desde la fecha que se dicta –sin perjuicio de su notificación o publicación– y, además, es ejecutivo, lo que significa que puede ser ejecutado sin más, porque se supone que es ajustado el ordenamiento y no precisa de otro procedimiento que acredite su validez y legitimidad.” (Salcedo Fernandez, 2018)

Entonces esta clase de autotutela, es la más ejercida por la administración, y ella es previa a la ejecutiva que explica más adelante.

b) Conservativa

Para la Corte Constitucional, la autotutela conservativa "protege una situación dada"; (C. Const. T-445/94 A. Martínez) por lo que existen actos administrativos que en procura del interés general se establecen medidas, de carácter general o particular para proteger derechos colectivos. Un ejemplo de ellos son las medidas preventivas en materia de medio ambiente.

Doctrinariamente esta clase de autotutela procura proteger la inmutabilidad de una situación jurídica previamente establecida, e decir a través de esta la administración busca mantener en el tiempo una determinada situación. (Quintero Chinchilla , 2015)

c) Agresiva

Mediante la autotutela agresiva que jurisprudencialmente también la considera activa "tiene por contenido una conducta positiva y por resultado una mutación en el actual estado de cosas, aunque actúe en protección de una situación previa." (c. Const. T- 455-94)

Es decir, se inviste a la administración la facultad de imponer a sus administrados las órdenes, decisiones decretadas cuando estas no sean aceptadas, inclusive a través de medios coercitivos, los cuales le permiten recuperar el statu quo. Esto implica que una vez con el acto administrativo en firme, la administración puede tomar medidas en colaboración incluso de la Policía Nacional (art.

89 Ley 1437 de 2011) que permita garantizar el cumplimiento de su orden. Como ejemplo de esto se evidencia las actividades para recuperar el espacio público, la demolición de obras entre otras. Normalmente este tipo de autotutela se ve ejecutada con la función de policía y poder de policía que está regulado en la Ley para los gobernantes.

d) Ejecutiva

Hace referencia a la “potestad coactiva de la administración pública para hacer que se cumplan sus disposiciones sin necesidad de intervención judicial” (Quintero Chinchilla , 2015)

Al remitirnos a esta clase de autotutela, retomamos la prerrogativa de la administración de proceder directamente para hacer ejecutar su decisión unilateral, es decir hacerla efectiva, pero en este caso específico, la doctrina ha comprendido que va relacionado con la facultad de cobro coactivo entregada excepcionalmente a las autoridades administrativas, pues por regla general esta facultad esta prevista es al poder judicial. Es decir este tipo de autotutela va enmarcada a hacer efectiva una obligación tributaria o económica.

Según la Corte Constitucional, la autotutela ejecutiva

"esta expresión va más allá que la anterior: aparte de eximirse a la Administración de la carga de obtener una sentencia ejecutiva, facultándola para el uso directo de su propia coacción sin necesidad de recabar el apoyo de la coacción judicialmente administrada. Así como la autotutela declarativa se manifiesta en una declaración o en un acto, la ejecutiva supone el paso al terreno de los hechos, del comportamiento u operaciones materiales, concretamente al uso de la coacción frente a terceros... y se

predica únicamente en obligaciones de contenido económico, lo que hace que no todo acto de la administración es autotutelable ejecutivamente. Esto se deduce del artículo 68 del Código Contencioso Administrativo.” (C. Const. T.- 445-94 A. Martínez)

Para este caso conforme a lo indicado por la Corte Constitucional, previamente debe portarse un acto administrativo que sirva de título ejecutivo, conforme a las características que comporta el derecho civil, y por ende la autoridad administrativa debe estar autorizada por la ley para ejercer cobro coactivo y debe acatar todos los procedimientos que se indique la ley garantizando los derechos fundamentales de los administrados.

e. Reduplicativa.

Pese a que dentro de la doctrina y jurisprudencia nacional, no se habla de esta clase de autotutela administrativa, la doctrina española si la estudia y la considera como “aquellas decisiones de la administración que refuerzan o duplican las manifestaciones normales de la autotutela” (Salcedo Fernandez, 2018), y para ello pone por ejemplo la condición que estableció la legislación española (y que en Colombia también aplica) referente a la necesidad de imponer recursos previos para acudir a los tribunales, (en España denominado recurso previo de alzada y en Colombia recurso de apelación), lo que le permite a la “administración revisar sus actos y resolver sobre lo ya resuelto por ella misma con presunción de legalidad” (Salcedo Fernandez, 2018), pero que en todo caso se convierte en una carga para el administrado, el cual cuenta con la obligación de agotar los recursos de ley para acudir al control que le corresponde en la jurisdicción competente.

Otros ejemplos que trae la doctrina española al respecto, es a las figuras de “*solve et repete*” y multas correlativas que permite su legislación, la primera referente a la obligación de pagar

previamente un derecho para acudir ante los tribunales y la segunda referente a las multas sucesivas durante cierto periodo de tiempo que impone la administración para obligar al administrado a cumplir con lo previamente acordado con la administración. (Salcedo Fernandez, 2018)

Entonces, pese a que la doctrina colombiana no estudia esta clase de autotutela, con la cual se refuerza la decisión de la administración y le permite tener control sobre los actos expedidos por ella, no cabe duda que los mecanismos o figuras jurídicas que pueden evidenciar la misma en Colombia, los enmarcan dentro de la clase de autotutela administrativa declarativa.

7. Manifestaciones de la autotutela administrativa en el ordenamiento jurídico Colombiano.

Pese a que el principio de autotutela administrativa no cuenta con una norma constitucional o legal que así lo denomine, si se manifiesta dentro del ordenamiento jurídico colombiano.

Dentro de este ítem, se pretende demostrar la existencia y aplicación del principio de autotutela, por tanto a continuación se predicen ejemplos de las prerrogativas otorgadas a la administración, y se determinan cuáles de estas prerrogativas serán estudiadas a profundidad en los capítulos siguientes de la investigación.

El primer fundamento constitucional del principio de Autotutela se encuentra en el artículo 238 C.P. que expresa *“La jurisdicción de lo contencioso administrativo podrá suspender provisionalmente, por los motivos y con los requisitos que establezca la ley, los efectos de los actos administrativos que sean susceptibles de impugnación por vía judicial.”* (C.P., art. 238)

Es decir, el constituyente autorizó la expedición de actos administrativos, que son susceptibles de control posterior ante la J.C.A., para determinar la legalidad de los mismos, pues el juez

competente verifica que la administración contara con el privilegio de lo previo, es decir tuviera competencia en su actuar.

Igualmente, con esto se protegen los derechos de los ciudadanos, pues crea la figura legal de la suspensión de los actos administrativos, que procede por unas causales objetivas establecidas en la ley.

Este fundamento legal, correlaciona las actuaciones de la administración con el principio de legalidad y el control posterior que ejerce la JCA , quien es la encargada de dirimir los conflictos en el cual una de las partes es el Estado.

Por otro lado, entre los mecanismos más destacados y previstos en la ley, afines al concepto del principio de autotutela administrativa, se evidencia en la Ley 1437 de 2011, en los artículos 87 a 92, que regulan todo lo relativo a la firmeza de los actos administrativos, la presunción de legalidad de los mismos, y su carácter ejecutorio.

Sin lugar a duda, la presunción de legalidad establecida en el CPACA (art. 88), y el carácter ejecutorio de los actos administrativos (art. 89), le permite a la administración ejercer el principio de autotutela administrativa, puesto que en ellos se establece que el acto administrativo podrá ser ejecutado directamente por ésta una vez se encuentra en firme. Incluso en dicho artículo se establece el tipo de autotutela agresiva, en el sentido que las autoridades pueden tomar medidas coercitivas con apoyo de la Policía Nacional.

Estos artículos son una manifestación directa de las prerrogativas y clases de autotutela administrativa, desarrollados en títulos anteriores.

Así mismo, el artículo 90 del CPACA permite a la administración imponer multas a los administrados, para exigir el cumplimiento de una obligación impuesta con anterioridad que no acata (Clase de autotutela reduplicativa).

Ahora bien, estas normas son de carácter general, y por tanto dentro de su postulado advierten que su aplicación procede si no existe una normativa especial, es decir que pueden existir normas particulares a cada caso o a cada entidad del Estado, que restrinjan esta competencia de la administración e incluso prohíban la prerrogativa entregada a las autoridades administrativas mediante estos articulados.

Otra forma de manifestación del principio de autotutela, se evidencia en la facultad de cobro coactivo entregada a la administración, y que mediante la ley 1437 de 2011, se suplió la necesidad de un procedimiento general, que sirviese para que las autoridades aplicaran el mismo, pues pese a su existencia en leyes especiales, no en todos los casos es posible aplicar por analogía dichas normas. Vale la pena mencionar que en diferente normatividad, se prevé la facultad de cobro coactivo en distintas materias, por ejemplo la Ley 1066 de 2016, que establece un procedimiento para la ejecución de cartera pública, o el mismo estatuto tributario que regla un procedimiento especial dentro de su aplicación, o en su defecto la Ley 142 de 1994.

Así mismo, la expropiación administrativa o la imposición de servidumbres por utilidad pública, regulados en las leyes 388 de 1997, 142 de 1994, 1682 de 2013 entre otras, permite a la administración actuar en procura del interés general.

Otra manifestación del principio de autotutela administrativa, es el requisito de interponer los recursos administrativos establecidos en la ley para modificar o revocar los actos administrativos, que en el decreto 01 de 1984 se denominaba agotamiento de la vía gubernativa, y para el CPACA se denominan recursos administrativos, pero en todo caso son requisitos previos para acudir a la JCA, que doctrinariamente tienen tres posiciones, de garantía, carga para el administrado y de privilegio de la administración. (Jaramillo Duque, 2017)

Para caso que nos atañe, es necesario definir los recursos administrativos en su calidad de privilegio de la administración, para lo cual la Corte Constitucional indica: “La necesidad de agotar la vía gubernativa como presupuesto para acudir a la jurisdicción constituye un privilegio de la Administración, derivado del principio de autotutela administrativa y por virtud del cual debe brindarse a los entes públicos la oportunidad de pronunciarse sobre sus propios actos antes de que las controversias que hayan surgido en torno a ellos sean planteadas ante los tribunales” (C.Const C-792, 2006 R. Escobar).

Como se explicó en las clases de autotutela administrativa, este tipo de regulación se encuentra clasificada en la doctrina española como autotutela reduplicativa, por permitirle a la administración revisar sus propios actos, los cuales resolvieron un conflicto en el que se ve inmersa.

Claro lo anterior y considerando que la administración para cumplir sus fines se manifiesta con actos administrativos, contratos, hechos y operaciones, y ya vistas las manifestaciones en cuanto a los actos administrativos, es necesario revisar si en otras formas de actuación del Estado donde también se manifiesta el principio de autotutela administrativa.

Respecto a la contratación, esta actividad es de gran importancia para cumplir los fines del estado, por lo que el Legislador le otorgó mecanismos para garantizar el cumplimiento de los contratos, como las cláusulas excepcionales de la administración, la aplicación de multas, cláusula penal y declaraciones del siniestro del contrato de seguro, establecidas en la Ley 80, el código civil y comercial.

En cuanto a las cláusulas excepcionales, la doctrina las consideran como un privilegio de la administración, y por tanto una expresión del principio de autotutela administrativa pero “*Tales privilegios, o prerrogativas, en una expresión más pudibunda, se predicán de la ejecución de los contratos, sustancialmente interpretación, modificación, extinción, una vez superada la fase*

precontractual dirigida a la selección del contratista y a la adjudicación del contrato.” (Meilan Gil, 2013)

El fin de estas sanciones enmarcadas como prerrogativas dentro de la actividad contractual es “resolver unilateralmente y con fuerza vinculante diversas situaciones que pudieran presentarse durante el desarrollo del contrato, con el fin de garantizar una ágil, eficiente y eficaz ejecución del vínculo obligacional” (C.E. Tercera, Rincón Hernán, 30 abr. 2014 CI No. 27096).

La doctrina Española, en cabeza de García Enterría y Fernández, indica

“Ahora bien, este formidable poder no resulta propiamente del contrato mismo, sino de la posición jurídica general de la Administración de su privilegio general de autotutela, que ya conocemos, de modo que es en sí mismo extracontractual. Históricamente parece claro que la inserción de estos poderes en los contratos administrativos ha sido la consecuencia, y no la causa, aunque ello pueda hoy resultar paradójico, de la atribución jurisdiccional de estos contratos a la vía contencioso-administrativa. Hoy, sin embargo, la verdadera razón de fondo que justifica la aplicación de esta prerrogativa está en la relación inmediata del contrato con las necesidades públicas o, si se prefiere, con los servicios públicos, cuya responsabilidad de gestión tiene atribuida la Administración, y cuyo gobierno, por consiguiente, debe ésta de atender con todas sus facultades específicas sobre todo en evitación de retrasos, que serían ineludibles si la Administración tuviese ella misma que demandar ejecutorias judiciales o si su actuación pudiese ser paralizada por el simple expediente de un proceso. De nuevo también es el tráfico en masa el que a fortiori da más relieve a estas razones y justifica con ello en último extremo esta técnica” (García de Enterría & Fernández, 2008)

Esta posición ha sido acogida por el Consejo de Estado, y por tanto las cláusulas excepcionales, que no son otra cosa que la autorización del legislador para que la administración controle la ejecución del contrato y resuelva conflictos que se puedan presentar al interior del mismo, son un mecanismo con el que cuenta la administración, que surge de la ley, mas no del contrato, lo que es acorde con lo estudiado con anterioridad, pues para poseer una prerrogativa a favor de la administración debe existir Ley previa que la contemple (privilegio de lo previo o de la decisión previa).

Así las cosas, existen muchas expresiones del principio de autotutela administrativa dentro del ordenamiento jurídico colombiano, planteadas por el legislador para permitirle un marco de actuación al ejecutivo. No obstante, para la investigación planteada, el presente trabajo se enfocará en aquellas relacionadas a la actividad contractual de las ESPD OFICIALES, que cuentan con régimen exceptuado de contratación pública y deben cumplir con los fines del Estado, por hacer parte de la estructura del mismo.

Entonces, teniendo en cuenta las definiciones de clases y prerrogativas del principio de autotutela administrativa, se estudiará las manifestaciones en la actividad contractual de las ESPD OFICIALES bajo el concepto de autotutela declarativa y ejecutiva, relacionándolos directamente con el privilegio de la decisión previa y de la ejecución de oficio, lo que permite determinar si este principio obstaculiza o fortalece la gestión contractual de estas empresas.

Para ello, es necesario realizar un análisis de la razón de ser de estas empresas, su naturaleza jurídica y marco normativo contractual, concepto bajo el cual se analizará conceptos de imposición de multas; cláusula penal pecuniaria; declaratoria de siniestro; la aplicación de las denominadas cláusulas excepcionales de la administración dentro de un régimen especial o

exceptuado de contratación pública; y el cobro coactivo permitido para ejecutar las decisiones unilaterales tomadas en ejercicio de una actividad contractual, que por regla general son reconocidos como una prerrogativa de la administración por diferentes posturas doctrinarias y jurisprudenciales.

CAPITULO II. NATURALEZA JURÍDICA DE LAS EMPRESAS DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS OFICIALES Y EL MARCO NORMATIVO DE SU GESTIÓN CONTRACTUAL.

Una vez determinada la naturaleza del principio de autotutela administrativa, su definición, clases, prerrogativas y manifestaciones abordadas en el capítulo anterior, en el presente capítulo se procede a definir la naturaleza jurídica de las ESPD OFICIALES, y el marco normativo que rige su gestión contractual.

Este capítulo es importante para el desarrollo de los siguientes, pues orienta al lector a determinar de la razón de ser de la aplicación de las prerrogativas de decisión previa y de ejecución de oficio, para resolver el problema de investigación y alcanzar los objetivos propuestos.

Para abordar esta temática, se divide el capítulo en dos temas principales, que se analizan a continuación.

1. Naturaleza jurídica de las Empresas oficiales de servicios públicos domiciliarios.

Para conceptualizar este tema se analizan los siguientes subtemas:

1.1. Teoría del Servicio Público y su concepción en el Estado Social de Derecho.

“El servicio público constituye, según Maurice Hauriou, la razón de ser de la administración pública” (Montaña Plata, 2005, pág. 136), y en virtud de ello a través de la historia se han desencadenado varias teorías y posiciones doctrinarias respecto al concepto y trascendencia de los

servicios públicos en el Estado. Estas teorías, unas afirmativas y otras negativas, van desde considerar al “servicio público como toda actividad de la administración pública que debe ser prestada, asegurada y controlada por el Estado” (Rojas Lopez, 2017), o hasta la manifestación que el “servicio público carece de importancia para el funcionamiento del Estado” (Rojas Lopez, 2017).

La Escuela de Bordeaux, conocida en el derecho francés como Escuela de servicio público, fue una de las primeras escuelas con las cuales se abordó la importancia de estos servicios para la actividad estatal y otorga una concepción original del servicio público que gira en los postulados que la principal misión del estado, del derecho público e incluso del derecho administrativo es hacer funcionar los servicios públicos. (Rojas Lopez, 2017)

La "teoría de los servicios públicos" del profesor León Duguit, sostiene que el Derecho debe basarse en la solidaridad, alejando el individualismo de la actividad del Estado, pues el “*Derecho es un producto de la vida social, que surge de las necesidades evolutivas de la misma sociedad*” (Sanchez Moron , 2011, pág. 61)

León Duguit sostiene que “*el servicio público es el instrumento de la solidaridad e interdependencia social*” (Sanchez Moron , 2011) e indica que “*es un deber funcional que se impone a los gobernantes en relación con su creación, dirección, organización y funcionamiento interrumpido*” (Sanchez Moron , 2011, pág. 69), lo que se demuestra con la transformación de los Estados con intereses individualistas a colectivos.

Para León Duguit, servicio público es "predicable de absolutamente toda actividad prestacional a cargo de los gobernantes, en cabeza de las cuales, además, recae el deber de otorgarles el adecuado cumplimiento, debiendo adicionalmente regularlo, asegurarlo y controlarlo.” (Sanchez Moron , 2011, pág. 73)

Otros autores de esta teoría, adicionan conceptos como “la continuidad, igualdad y la gratuidad en la prestación de estos servicios por parte de los gobernantes.” (Sanchez Moron , 2011)

Esta teoría, se encuentra ligada a la conformación del “Estado social del Derecho que tiene como fundamento principal la dignidad humana, por lo que el Estado es el instrumento para lograr la satisfacción de sus asociados” (Maldonado Gomez, 2015), por tanto dentro de las primeras concepciones de servicio público, se promovió la cultura de que es responsabilidad del Estado la prestación de los mismos.

Con el paso del tiempo, esta concepción original ha sufrido transformaciones, pero históricamente no se ha optado talmente por una teoría nugatoria de la importancia del servicio público para la administración pública, pues la evolución de esta teoría ha aclarado que el Estado puede prestar el servicio público sea directa o indirectamente.

Dada la crisis de la prestación de estos servicios por parte del Estado, (Sanchez Moron , 2011) ingresan los particulares a participar en ese mercado, por lo que la teoría de servicio público ha tomado un nuevo rumbo desde una concepción económica, e incluso varios tratadistas europeos consideran que dicha teoría de servicio público ha culminado y se dio inicio al concepto de servicio universal (Rojas Lopez, 2017)

No obstante, bajo la concepción de Estado bajo la cual se conformó Colombia, no se puede desconocer la trascendencia de la teoría del servicio público dentro del ordenamiento, con la cual se procura materializar los derechos de toda la población que habita en dicho territorio, por su influencia en la calidad de vida, razón por la cual, el Estado debe velar por garantizar los servicios públicos domiciliarios de una manera eficiente y oportuna, pues “el Estado es el instrumento para lograr la satisfacción de las necesidades sociales” (Maldonado Gomez, 2015), y como lo indicó Gaviria Díaz (QEPD) “*el Estado no puede obligar a ser virtuosos a sus asociados, sino que debe*

darles los mecanismos para que estos lleguen a serlo” (C.Const. C-221/1994 C. Gaviria), entendiéndose los mecanismos como todos aquellos servicios públicos que se deben satisfacer.

1.2. Concepto de Servicio Público.

A continuación se procede a conceptualizar el Servicio Público, para correlacionar el mismo con la naturaleza jurídica de las ESP oficiales.

Existen varios conceptos de servicio público, emitidos por tratadistas de derecho administrativo de diferentes países, conforme a su evolución histórica. En España, por ejemplo con la normatividad de la unión europea, se ha definido servicio público como *“conjunto de actividades regidas total o parcialmente por el Derecho Administrativo que tiene por objeto no limitar sino ampliar la esfera vital de los ciudadanos, mediante la materialización de servicios a los que tiene derecho según las leyes, con los requisitos y condiciones que se establezcan para cada caso”* (Sanchez Moron , 2011).

Sin embargo también poseen una conceptualización más amplia catalogada no como servicio público, sino como servicio universal que hace referencia a ciertas

“prestaciones básicas o de servicio público que deben ser asegurado en todo caso y para cualquier usuario por los operadores de servicios de interés general, inclusive particularmente cuando se trata de servicios liberalizados que se prestan en el régimen de libre competencia y ello en condiciones específicas de calidad, a un precio asequible y con una cobertura territorial completa” (Sanchez Moron , 2011).

Por su parte la doctrina argentina considera

“Servicio público es la prestación obligatoria, individualizada y concreta de cosas y servicios para satisfacer necesidades colectivas y primordiales de la comunidad, ya directamente por la administración, ya por medio de particulares: en ambos casos bajo un régimen de derecho público” (Linares, 2007)

Para la doctrina Colombiana, Servicio Publico corresponde a *“Toda actividad que satisface necesidades del interés general”* (Galvis Gaitan, 2016), es decir que van encaminadas al bienestar de las personas. Por tanto, *“el Estado en cabeza de la administración pública debe garantizar que éstos se creen y se materialicen de manera eficiente y continua sin ser una carga para los asociados”* (Maldonado Gomez, 2015)

Como se puede dilucidar, todos los conceptos van ligados al concepto de interés general, pero ello no implica que el servicio público sea prestado exclusivamente por el Estado, sino además puede ser prestado por particulares que poseen o no funciones públicas.

Es por ello que no se puede confundir servicio público con función pública pues éstos poseen ámbitos normativos diferentes en virtud de la competencia constitucional del legislador de regular una y otra materia (C. Const. C 037/2003 A. Tafur).

La función pública *“atañe al conjunto de las funciones que cumple el Estado, a través de los órganos de las ramas del poder público, de los órganos autónomos e independientes y las demás entidades”* (C. Const. C -037/2003 A. Tafur), es decir la función pública implica el *“ejercicio de la autoridad Inherente del Estado”* (C. Const. C 037/2003 A. Tafur), pero en el caso de particulares, para tener este tipo de autoridad debe estar autorizado por la constitución o la ley.

Esto permite que existan entidades o particulares que prestan determinado servicio público para satisfacer el interés general, pero que su único vínculo con el Estado es en cuanto a su regulación

y vigilancia, mas no poseen poder u autoridad estatal, pues esta está otorgada a las entidades que constitucional y legalmente se señalen.

Al buscar una definición legal de servicio público, la única preestablecida en la normativa interna se encuentra en el Código Sustantivo de Trabajo, que determina su acceso como un derecho colectivo (L. 472/1998 art. 4 L.j), y por tanto lo define como *“toda actividad organizada que tienda a satisfacer necesidades de interés general en forma regular y continua, de acuerdo al régimen especial, bien que se realice por el Estado directa o indirectamente o por personas privadas”* (C.S.T., art 430), concepto acorde a la definición doctrinaria que lo define como:

“El servicio público es una actividad de la administración pública o de los particulares, de prestación positiva, tendiente a satisfacer necesidades o intereses de carácter general que requieran por ende del control de la autoridad estatal” (Rojas Lopez, 2017)

“Es toda actividad organizada tendiente a resolver necesidades de interés general, colectivas o públicas de la población, en forma regular, continua y obligatoria, de acuerdo con un régimen jurídico especial de derecho público, con la participación activa de la Administración Pública en la prestación directa, en su regulación y control. Los servicios públicos son aquellas actividades que satisfacen necesidades colectivas, generalmente esenciales, que deben ser ofrecidos en forma universal, obligatoria, continua y en condiciones de igualdad y calidad, a toda la comunidad” (Matias Camargo, 2014)

Por tanto la noción de servicio público tiene cuatro elementos: “*el interés general, la prestación del servicio en forma regular y continua por parte del estado o de los particulares, el régimen jurídico especial, y la participación del estado directa o indirectamente.*” (Galvis Gaitan, 2016)

Ahora, la definición de servicio público, como genero contiene varias especies, conforme a la necesidad que se pretenda satisfacer, pero todas ellas, deben ser garantizadas por el Estado a través de todas sus organizaciones y entes que forman su estructura en el orden nacional y territorial, las cuales deben trabajar de manera coordinada para la satisfacción de los fines estatales. (Ley. 489/1998 art. 95), sin embargo, en Colombia no existe una clasificación formal, como por ejemplo lo realiza la doctrina española que la clasifica en “*servicios de interés general,- servicios económicos de interés general y no económicos de interés general- y servicio público en sentido estricto*” (Sanchez Moron , 2011), o la argentina que los considera “*esenciales y no esenciales, propios e impropios, obligatorios y facultativos, y uti singuli y uti universo*” (Linares, 2007).

Así las cosas, en Colombia se puede clasificar según la actividad con la que se considera benéfica el interés general, por ejemplo, la educación, la salud, servicios públicos domiciliarios, medio ambiente, entre otras actividades implican una naturaleza y régimen diferencial y especial.

1.3. El concepto de servicio público en la Constitución Política de Colombia de 1991.

Teniendo en cuenta la forma de Estado Colombiano y los fines del mismo es importante reclarar que en la Constitución se dio importancia a la prestación eficiente de los servicios públicos, por lo que en el artículo 365 CP, lo considera como un deber del Estado pues “*estos servicios constituyen un instrumento necesario para la realización de los valores y principios constitucionales*” (C.Const. T-520/2003, R. Escobar)

Esta norma constitucional permitió que se estableciera un régimen jurídico especial que sería reglamentado con posterioridad, pero que en todo caso permitiría que los servicios públicos fueran “prestados por el Estado, directa o indirectamente, comunidades organizadas o particulares” (CP, art. 365), sin perder su vigilancia; reglamentación acorde a la teoría de servicio público de León Duguit y el concepto de servicio público ya vistos.

Adicional a ello, si se correlaciona éste artículo, con el 366 constitucional que determina como finalidades del Estado “*El bienestar general y el mejoramiento de la calidad de vida de la población*” (C.P. art. 366), se evidencia que el constituyente promovió para que el Estado Colombiano encaminara su actividad gubernamental en beneficio de la población, promoviendo el acceso a los servicios públicos.

Esto ratifica que en Colombia se aplica la teoría de servicio público de León Duguit, puesto como lo indica la Corte Constitucional

“(...) el papel del Estado moderno se centra en la obligación de ser el motor del desarrollo social, y de procurar a las gentes, en forma igualitaria, puedan tener las condiciones para llevar una vida digna, que, en nuestro caso, se traduce en la superación de la desigualdad y el atraso. No hay duda de que una de las expresiones de esa nueva forma de ser del Estado, se concreta en la prestación de los servicios públicos” (C.CONST. T-578/ 1992 A. Martínez).

Labor que se cumple ya sea prestando el servicio público directamente o a través de particulares, sin perder la regulación, vigilancia y su responsabilidad que le compete por tratarse de un fin del Estado.

De acuerdo con Atehortúa

“todas las actividades calificadas como servicio público, se sujetan al mismo régimen de rango constitucional que para ellas determina la constitución, esto es, quedan sujetas a un régimen especial de intervención del Estado en la economía y no pueden desarrollarse como otras actividades que son libres, además su prestación está orientada al cumplimiento de los fines propios del Estado Social de Derecho, que busca que con ellos se satisfagan necesidades básicas de las personas.” (Atehotúa Rios , 2012)

En conclusión dada la importancia constitucional que se evidencia en las normas citadas, y en virtud de la supremacía de la constitución (C.P. art. 4) que *“determina la pertenencia al orden jurídico como la validez de cualquier norma, regla o decisión que formulen o profieran los órganos por ella instaurados”* (C. Cont. C-415-12, González M.), las ramas del poder público deben actuar e interpretar las normas con el carácter vinculante constitucional.

1.4. Los Servicios Públicos Domiciliarios en Colombia.

No existe una definición legal que conceptualice los servicios públicos domiciliarios, pero se puede considerar una especie dentro del concepto marco ya visto.

Según la Doctrina

“Los servicios públicos domiciliarios, son aquellas actividades prestacionales que están orientadas a satisfacer necesidades generales de los usuarios en sus propios domicilios, que son prestadas a través de redes físicas o humanas, y que son calificadas como servicio público domiciliario por el legislador.” (Rojas Lopez, 2017)

“Los Servicios Públicos Domiciliarios constituyen una categoría especial de los servicios públicos. Son aquellos que se prestan en forma universal, continua, eficiente, obligatoria, en igualdad de condiciones y calidad a todos los usuarios, por medio de redes físicas o humanas en su sitio de habitación o trabajo, con un régimen jurídico especial de derecho público, con la participación directa de la Administración Pública en su prestación, regulación y control. Son bienes insustituibles y su prestación es una actividad económica, que debe buscar la satisfacción de necesidades esenciales de la población, en beneficio del mejoramiento de su calidad de vida y de la materialización de sus derechos sociales fundamentales” (Matias Camargo, 2014)

Por su parte, constitucionalmente se indicó que el legislador debe reglamentar la prestación de estos servicios (C.P, Art. 367), pero deja claras las competencias de los municipios y departamentos al respecto, ratificando la regulación que debe tener el Estado sobre todas las entidades de cualquier naturaleza que presten este tipo de servicios, y la carga de los entes territoriales para velar por obtener el 100% de cobertura en la prestación.

Así mismo, por mandato constitucional (C.P., art. 356), en virtud del principio de solidaridad, complementariedad y subsidiaridad, se puede financiar unos servicios públicos por parte del Estado para garantizar *“prestación y la ampliación de coberturas con énfasis en la población pobre”* (C.P., art. 357)

Es por ello que el Congreso amparado en la facultad otorgada por el constituyente (C.P., art. 150 No. 23), profirió la Ley 142 de 1994 *“Por la cual se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios y se dictan otras disposiciones”* (L. 142/94), y clasificó los servicios públicos domiciliarios en *“acueducto, alcantarillado, aseo, energía eléctrica, distribución de gas*

combustible, telefonía fija pública básica conmutada y la telefonía local móvil en el sector rural” (L. 142/1994 art. 1) definiéndolos como “servicios públicos esenciales” (L. 142 de 1994, art. 4)

Se destaca que esta normatividad también indica las razones por las cuales el estado debe garantizar los SPD en forma “*universal, obligatoria, continua y en condiciones de igualdad y calidad, a toda la comunidad*” (L. 142/94 art. 4) , y por tanto regula competencias, derechos y responsabilidades, de los municipios, departamentos, nación, empresas prestadoras y usuarios, dándole aplicabilidad del principio de subsidiaridad y solidaridad.

Aun así, vale la pena mencionar, que doctrinariamente, se ha considerado que esta ley, “no regula todos los servicios que llegan al domicilio”, entendido este como hogar o lugar de trabajo, e incluso a través de las modificaciones de dicha ley (Ley 689 de 2001), se incluyeron servicios complementarios como el corte de césped o aseo en zonas públicas, que no pueden catalogarse como domiciliarios, pero están incluidos en la Ley 142 de 1994 (Atehortúa Ríos, 2008).

En razón de esto esta ley solo reglamenta los servicios indicados en ella, pero existen otro tipo de servicios como el de telecomunicaciones que en otros países la doctrina los clasifica como domiciliarios, dada la concepción de los mismos.

1.5. La razón de ser de las Empresas de Servicios Públicos Domiciliarios en Colombia. Su Naturaleza Jurídica.

Para abordar la naturaleza jurídica de las ESPD , debe determinarse su razón de ser de estas y su importancia dentro de la estructura del Estado.

“las nociones de naturaleza jurídica y régimen jurídico son diferentes, y que si bien son conceptos que pueden estar relacionados, no por ello se deben confundir o tomar por iguales”

(C.E. Secc. Cuarta, 1 marzo 2012, W. Giraldo C.I17907), naturaleza es relacionado a su origen, creación, fundamento o razón de ser, mientras que el régimen jurídico hace referencia a la normatividad interna aplicable.

En cuanto a la razón de ser de estas empresas, es necesario traer a colación su creación especial, por lo que se reitera la importancia de los servicios públicos domiciliarios y su afectación en la determinación de la calidad de vida de los habitantes de la zona en la que posea o no una adecuada prestación del servicio. El legislador cumpliendo orientaciones del constituyente determino que esta prestación debe cumplir con los principios de solidaridad, subsidiariedad, igualdad y calidad, para obtener una cobertura universal y disminuir brechas de desigualdad, especialmente la población de escasos recursos que por su condición se les dificulta acceder a los mismos en condiciones igualitarias y de calidad.

Por ello en la exposición de motivos de la Ley 142 de 1994, se indicó que *“los servicios públicos domiciliarios tienen relación directa con la calidad de vida y los niveles de salud en la población colombiana, con la productividad y competitividad de las empresas en el mercado y el desarrollo del país.”* (Hommes Rodriguez , Nule Amin , Jaramillo Gomez, Bendeck Olivella, & Moreno, 2016)

En igual sentido, la Corte Constitucional, en sentencia hito de la regulación de las ESPD, determinó que

“Son los servicios públicos domiciliarios, entendidos como una especie del género servicio público, que pretende satisfacer las necesidades más básicas de los asociados, ocupando un alto nivel de importancia dentro de las tareas y objetivos que componen la gestión estatal, al punto de convertirse en una de sus razones fundamentales. 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.” (C.Const, C- 066 de 1997 Morón F.)

Y en este sentido la Corte Constitucional ha emitido múltiples pronunciamientos destacando la trascendencia de una cobertura universal en esta materia para alcanzar la justicia social, que le imprime el principio de igualdad, reiterando que es obligación del Estado promover por los fines del Estado, y menguar o subsanar las carencias básicas de los colombianos, de una manera real y efectiva. (C. Const. Morón F. T-578/1998, Cifuentes E. T-540/1992; Cifuentes E. C-198 /1998; Carbonell A. C-263/1996)

Ahora bien, como se indicó anteriormente, en Colombia estos servicios son prestados no solo por el Estado sino también por particulares, por lo que “paso de un estado prestador a uno regulador” (Mates Barco, 2008), conforme las experiencias de varios modelos tanto europeo tradicional (monopolista) o anglosajón (privatización) (Mates Barco, 2008), pues no se puede desconocer que en ambos extremos se generaron crisis por las múltiples necesidades insatisfechas y la poca gestión administrativa del estado, o por la excesiva falta de regulación acorde a las teorías de Estado Liberal, capitalista, donde existía una mano invisible del Estado (Sanchez Moron , 2011)

Por tanto, al abrirle la puerta a entidades privadas en participar en la economía a través de la constitución de empresas prestadoras de servicio público domiciliario y no desconocer que el Estado también es prestador de los mismos, ya sea directamente o a través de empresas descentralizadas por servicios y que todas debe contar con una regulación especial en la cual se manifiesta la intervención del Estado en la economía, por tanto pese a que el Estado no preste directamente el servicio si debe garantizarlo, con el fin de que entre todos (entidad pública y

particulares) ya sea a través de actividades estatales o empresariales, se trabaje para mejorar definitivamente las condiciones de vida del país (Vililla, 2005)

Esto, permite determinar que las ESPD fueron concebidas para alcanzar el fin del estado a través de una adecuada prestación del servicio en el que se especialice, y entre más grande y eficiente sea la empresa, mas beneficia al Estado y a la población.

De ahí, la importancia o razón de ser de estas empresas, las cuales de manera eficiente deben garantizar el acceso a los servicios que prestan en zonas urbanas o rurales del ente territorial, aunque unas lo hacen conforme su capacidad operativa y sector autorizado, la ley creo estas entidades de diferentes tipos para cubrir toda población, con un servicio de calidad, continuidad y cobertura. Adicional a ello con la Ley 142 de 1994 el Estado quedó comprometido a invertir en proyectos de servicios públicos y velar por la calidad del servicio y participación de los usuarios.

Es conclusión, independientemente la composición accionaria y el tipo de empresa conformada según la Ley, estas , coadyuvan al Estado directa (haciendo parte de la estructura del Estado) o indirectamente (actividad regulada en el mercado), para el cumplimiento de fines estatales, razón por la cual merecen y le fue asignada una naturaleza jurídica especial, pues no se puede negar su importancia social y económica por su trascendencia en el individuo, la colectividad, la industria e incluso el medio ambiente.

1.6. Tipos de Empresas prestadoras de Servicios públicos Domiciliarios en Colombia.

Con la transformación del Estado centralista e intervencionista, a uno descentralizado, se incluyó la participación de los particulares en el cumplimiento de los fines estatales, buscando eficiencia trasladando funciones y competencias administrativas a entes privados.

Para la Corte Constitucional, el constituyente acogió el modelo de “*economía social de mercado para alcanzar los fines del Estado permitiendo el derecho a la propiedad privada y el reconocimiento de libertades económicas como la libertad de empresa, la libre competencia y la iniciativa privada*” (C. Const. C-263/2013 J. Palacio) sin perder la intervención que debe tener el Estado en la economía nacional.

“La libre competencia económica ha sido reconocida en el ordenamiento jurídico colombiano como un derecho de carácter económico y a la vez colectivo, que además de tal significación, comporta una vital relevancia para el desarrollo de las relaciones económicas y, con ello, para la efectiva garantía del modelo económico constituido a partir de la vigencia de la Constitución de 1991.” (Galvis Macias, 2018)

“La liberación de la economía en el Estado colombiano ha permitido que los servicios públicos sean prestados por entidades estatales, en concurrencia con agentes económicos mixtos, privados y por comunidades organizadas, y que todos estén sujetos al mismo régimen jurídico que no es propio del libre comercio de mercancías, como tampoco el que se aplica en ejercicio de funciones públicas que desarrolla el Estado, sino que se trata de un régimen especial de naturaleza mixta y que en unos casos hace prevalecer instituciones y controles propios de derecho público y otros se aplican las de derecho privado.” (Atehotúa Rios , 2012, pág. 44)

Bajo esta concepción, el legislador, sin perder la directriz que dio el constituyente, enlistó las entidades que pueden prestar servicios públicos domiciliarios en Colombia, evidenciando que

permite múltiples personas, con diferente naturaleza jurídica, y capital, pueden prestar este servicio, así:

- Particulares: siempre y cuando se denominen empresas de servicios públicos o así no tengan este nombre, con “su actividad principal produzcan bienes y servicios propios del objeto de estas empresas” (L.142/94 art. 15 No. 15.1 y 15.2). Estas entidades poseen capital privado en su totalidad.
- Organizaciones autorizadas: por regla general son las Juntas de Acción Comunal, que dentro de sus actividades adicionalmente incluyen la prestación de un servicio, puesto que no se cuenta con otra empresa en el sector que lo preste o el municipio no lo hace directamente, (L. 142/94 art. 15 No. 15.4).
- Municipios: siguiendo con el parámetro constitucional los municipios pueden a través de la creación de una oficina o dependencia directamente dicha prestación, la atención a los usuarios y demás actividades relacionadas. (L. 142/94 art. 15 No. 15.3)
- Entidades descentralizadas del orden nacional o territorial: Por último, el legislador indicó que la prestación del servicio público domiciliario también se puede realizar a través de estas entidades creadas por los municipios, cuyo objeto social sea exclusivo para el fin previsto, y posea todas las condiciones y características que permite la ley por encontrarse dentro del organigrama del Estado, descentralizada por servicios. Este tipo de entidad prestadora de servicio público se permitió con el fin de que el municipio no preste directamente el servicio, para tener más especialidad y poseer libertad económica y presupuestal. (L. 142/94 art.15 No. 15.6).

Por otro lado, la Ley 142 de 1994, solo permitió dos figuras de constitución para este tipo de entidades descentralizadas, la primera que se constituyeran como sociedades por acciones (S.A.) y por ello este tipo de empresa, que puede tener variedad de capital público o privado, deben indicar en su nombre que es una “empresa de servicios públicos SA ESP”, y su conformación está reglamentada en el código de comercio.

La segunda forma de constitución, es a través de una “Empresa Industrial y Comercial del Estado” (EIC), reglamentada conforme a la ley 489 de 1998, en la cual el capital no se encuentra por acciones, pero igualmente puede poseer capital público o privado, y para éstas no es necesario que se incluya siglas de ESP, pues la misma el legislador la consideró obligatorio para diferenciar las entidades descentralizadas que se constituyan bajo la primera modalidad ya indicada. (L. 142/94 art. 17 y 19 No. 1)

Es decir, que el legislador solo permitió estas dos formas de creación, conformación y constitución de entidades descentralizadas para la aplicación de la ley 142 de 1994, y para ello, cada ente territorial deberá acatar la normatividad que le corresponde a cada figura, pues la EIC está reglamentada en la Ley 489 de 1998, mientras que las SA ESP, encuentra su fundamento jurídico en el Código de Comercio.

Ahora bien, ambas formas de constitución permite que estas empresas posean un capital cien por ciento (100%) público (ESPD oficial definida legalmente en el artículo 14 No. 14.5 de la Ley 142 de 1994), o con participación mayoritaria o minoritaria de capital privado, (mixtas), sin que pierdan su importancia por encontrarse dentro de la estructura del Estado por considerarse entidades descentralizadas por servicios (L. 489/98 art 68), ya sea constituida con una u otra modalidad.

Vale la pena aclarar que desde que exista participación de capital público, la empresa de servicio público domiciliario oficial (100% capital público), mixta (mayor porcentaje de capital público), es una entidad estatal descentralizada por servicios.

Así lo indica la Ley 489 de 1998, que incluye las

“empresas oficiales de servicios públicos” y “las demás entidades creadas por la ley o con su autorización, cuyo objeto principal sea el ejercicio de funciones administrativas, la prestación de servicios públicos o la realización de actividades industriales o comerciales con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio.” (L. 489 de 1998 art. 68)

Es decir que así la empresa sea mixta, al tener mayor porcentaje de capital público hace parte de la estructura del Estado (C. Const. C-736/2007 M. Monroy)

Ahora bien, dada la naturaleza jurídica especial, de estas empresas *“en razón a que están encargadas de la prestación de un servicio público, labor que se traduce en la realización de uno de los fines del Estado fijados en la Constitución”* (C. Const. T-181 /2014 M. González), no se pueden constituir bajo otra forma jurídica, como lo indico el alto tribunal constitucional pues estas no pueden considerarse o confundirse con las sociedades de economía mixta

“pues la especialidad que le permitió el constituyente y el legislador a esta actividad, permite establecer diferencias en la regulación de estas empresas que para la Corte están constitucionalmente justificadas por cuanto favorecen la asociación de los particulares con el estado, para lograr la adecuada prestación de servicios públicos domiciliarios. Es decir que, pese a que exista capital privado en una empresa, la misma no cambia su naturaleza jurídica, puesto que su actividad de prestadora de servicios públicos

domiciliarios, la hace especial y diferencial a la regulación de las empresas de economía mixta” (C.Const C-736 de 2007, M. Monroy)

Definido lo anterior, el presente trabajo se centra en las ESPD OFICIALES, es decir aquellas empresas con capital 100% publico, constituida como SA ESP o EIC, que por su definición legal hace parte de la estructura del Estado como una entidad estatal descentralizada por servicios, aunque lo aquí tratado también aplica para aquellas entidades de capital mixto y con mayoría de capital público.

1.7. La importancia de las ESPD oficiales.

Doctrinariamente han existido diferentes posiciones referente a si un servicio público domiciliario corresponde a un derecho fundamental o no, pues los mismos no están dentro de la carta constitucional como derecho fundamental, pese a que la misma es clara en indicar que si tiene relación directa con el status quo de las personas.

No obstante determinar esto, permite brindar herramientas a los colombianos para exigir su garantía a través de medios como la acción de tutela, pues “*Los derechos de la persona humana solo existen si estos son garantizados y protegidos*” (Matias Camargo, 2014).

Inicialmente, son considerados un derecho colectivo, por tanto jurisprudencialmente se ha indicado que no procede la acción de tutela no protege estos derechos, a menos que se pruebe una vulneración del derecho fundamental.

Sin embargo, no se puede desconocer que existe una correlación entre los derechos humanos y la satisfacción de las necesidades mínimas, referentes a obtener con calidad servicios públicos

domiciliarios, independientemente de la calidad prestador – usuario, que se obtiene al suscribir un contrato de condiciones uniformes cuando el usuario solicita el servicio.

Al respecto se ha indicado que:

“Los servicios públicos han de estar al alcance de todos los colombianos y ninguna norma puede excluir de su acceso a ciertas personas en razón a su condición de pobreza o de marginalidad, como lo hace la norma acusada. Al contrario, el artículo 13 de la Carta señala que la debilidad económica y la marginación deben ser el fundamento de acciones afirmativas en beneficio de quienes por su situación socioeconómica precaria se encuentran expuestos a riesgos, amenazas y vicisitudes que tienen un profundo impacto en su capacidad de llevar una vida digna y de integrarse a las actividades propias de una sociedad organizada. El Estado ha de propender por un crecimiento urbano sostenible y planificado, pero ello no debe hacerse a expensas de excluir del acceso al agua y otros servicios públicos, máxime si aquellos afectados son individuos bajo una situación de especial vulnerabilidad.” (C. Const., C-1189 de 2008. M. Cepeda)

Por tanto, los primeros llamados a garantizar estos derechos, a ampliar la cobertura de estos servicios, son los municipios que por regla general se apoyan en las empresas prestadoras de los mismos, especialmente aquellas de carácter oficial, pues ampliar cobertura, prestar el servicio, implica mejorar constantemente las redes con las cuales pueden conectar a sus usuarios legalmente.

Este amparo constitucional ha sido de vital importancia para la población colombiana, especialmente para aquella que cuenta con una condición especial de vulnerabilidad (Hernandez

Prieto, 2014), y es por ello que mediante tutela se ha protegido el derecho colectivo (servicio público) aduciendo vulneración a derechos como una vida digna y el mínimo vital (sentencias T-109/11, T-725/08, T-408/08, T-865/11, T-865, 2011) (Mazo Elorza, 2014) independientemente si los usuarios cuenta con capacidad de pago, o residen en sectores de alto riesgo, en los cuales normalmente no llegan las redes de servicios públicos domiciliarios. Es por ello que a través de acciones de tutela e incluso acciones populares han ordenado a los municipios y a ESP OFICIALES, por ser entidades descentralizadas por servicios, garantizar el acceso al servicio, así no cuenten con la infraestructura para ello, por lo que deben hacer grandes inversiones para el cumplimiento de fallos judiciales.

Es cierto que la Ley 142 de 1994, tiene un enfoque desde la libertad comercial y económica, por tanto las empresas, especialmente las privadas actúan en el mercado para obtener una utilidad y no para garantizar servicios fundamentales a la población, contrario sensu, cuando la empresa prestadora posee capital público, el desarrollo de su objeto social va más allá del aspecto comercial, pues se convierte en el garante de la prestación del servicio en el municipio en el que fue creada, y es llamada a responder junto con el municipio a proveer el servicio de manera universal por su naturaleza jurídica.

La Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, ha indicado que para acceder a los servicios públicos en la zona urbana o rural, el usuario debe contar con una serie de requisitos a saber: *“a) que sea capaz de contratar; b) que utilice o habite de forma permanente un inmueble, a cualquier título y c) que acredite que el inmueble se encuentra en las condiciones previstas por la quien vaya a prestar el servicio.”* (Concepto 223 del 8 de abril de 2015, 2015), y por tanto la prestación del servicio solo es de carácter universal, si el usuario cumple con los requisitos

establecidos en la ley y los prestadores cuentan con la capacidad e infraestructura para prestarlos. (Concepto 223 del 8 de abril de 2015, 2015)

No obstante, pese a estos conceptos y a la lógica comercial en el cual indica que se constituye una empresa con fines de lucro, dada las nuevas posturas de amparo de los servicios públicos domiciliarios, al ser vistos estos como derecho fundamental de los colombianos, especialmente aquellos relacionados con el agua potable (C.Const T-028/2014 María Victoria Calle Correa) (Matias Camargo, 2014), las ESPD OFICIALES, asumen un rol más importante en el mundo jurídico, pues deben coordinar actividades de financiamiento con la nación y los departamentos, para fortalecer su infraestructura, ampliar la cobertura, captar usuarios brindando igualdad de condiciones de calidad a través de tarifas flexibles y subsidios establecidos en la Ley 142.

Además, no se puede desconocer que la mayoría de empresas que prestan SPD en poblaciones pequeñas y que están directamente ligados con la protección de un derecho fundamental, son públicas, existiendo un monopolio público (especialmente en temas de agua potable), en la mayoría de los municipios del país.

Si las ESPD oficiales no buscan recursos para ampliar su cobertura, y emprenden grandes proyectos de trascendencia social en sus territorios, están destinadas a la quiebra, o a la fusión con otras empresas privadas, pues son las llamadas a garantizar las necesidades básicas insatisfechas y no poseen la capacidad operativa y administrativa para ello.

En conclusión, las ESPD oficiales asumen un papel fundamental, pues su actividad permite cerrar brechas de desigualdad y pobreza absoluta, por ser llamadas a responder como Estado por la garantía de derechos fundamentales conexos a la prestación del servicio, razón por la cual su razón de ser contempla un fin altruista del estado, más que el fin lucrativo, pues recaudar recursos solo permite ampliar su radio de acción.

Así las cosas, dada su naturaleza jurídica especial, requiere un régimen jurídico igual que brinde herramientas para ejecutar grandes proyectos de funcionamiento e infraestructura.

1.8. Régimen jurídico especial de las ESPD oficiales.

Como se ha mencionado, el legislador al regular las ESPD oficiales, tuvo en cuenta que las mismas deben participar en la economía con entidades privadas, regidas por el derecho comercial y por tanto son más flexibles en su actividad. Es por ello, que acogiendo la tesis de la huida del derecho administrativo, otorgó un régimen especial para estas empresas con el fin de que las mismas estuvieran en “igualdad” de condiciones con las particulares.

En tal sentido, “el régimen de los actos, es el derecho privado” (L. 142/1994 art.32), aunque considerando que este tipo de empresas ejercen una gran labor en el cumplimiento de los fines del Estado, no puede desligarse (así sea empresas de constitución privada) del cumplimiento de normas de carácter público, por tanto estas cuentan con un régimen especial (ni público, ni privado) creado por el legislador. (C.Const. C- 066/1997 F. Morón)

“Si bien la Ley 142 de 1994 pretendió darle preeminencia al Derecho Privado sobre las normas de Derecho Público, son tantas las excepciones que se plantean al respecto, que nos hace concluir necesariamente que el régimen jurídico es mixto y no privado, y en ocasiones incluso con tendencia más marcada hacia lo público.” (Gil Alvarez, 2006)

La Corte Constitucional indica que

“el legislador puede regular de manera diferente situaciones de hecho también distintas, más cuando este trato jurídico diverso permite cumplir ese objetivo superior de eficiencia

en la prestación de los servicios públicos, que la propia Constitución Política en su artículo 365 define que como vinculado a la finalidad social del Estado”. (C. Const. C-736/2007 M. Monroy)

Lo que tiene cohesión con la facultad otorgada al legislador para “*crear o autorizar la creación de otras entidades de orden nacional distintas de los establecimientos públicos, las empresas comerciales e industriales del Estado y las sociedades de economía mixta*” (C.P. art. 150 No. 7) permitiéndole otorgar a las ESPD OFICIALES un régimen jurídico especial o incluso mixto (C. Const. C-736/2007 M. Monroy)

Este régimen, en la práctica genera vacíos, especialmente en las ESPD oficiales que para cada actuación debe determinar que normas de derecho público o privado deben acatar.

Para Atehortúa *"la Constitución de 1991 rompió la ecuación Estado = Público, porque ser estatal no implica que se le aplique Derecho Público y viceversa."* (Izasa Jaramillo & Ospina, 2010) , y por ende la normatividad aplicable a estas empresas de carácter oficial, tampoco puede ser absoluta del derecho público o privado dada su naturaleza y régimen especial, justificada en la importancia que plasmó el constituyente para cumplir la finalidad del Estado.

Es por ello, que independientemente la forma de conformación de la entidad prestadora pública (EICE o SAESP), debe cumplir con lo estipulado en la Ley 142 de 1994.

Según (Atehortúa Rios) la especialidad del régimen jurídico de estas empresas se manifiesta de diferentes maneras

“(i) la constitución contiene un conjunto de normas especiales aplicables al sector de servicios públicos y las empresas que los prestan, que está contenido en los artículos 365 a 370 de la carta , (ii) la especialidad de los servicios públicos, no es simplemente formal sino material, pues ella deriva de su especial incidencia en la calidad de vida de las

personas y en el desarrollo de la sociedad; (iii) La ley 142, contiene normas de rango legal que se aplican a los servicios públicos que permiten distinguirlo del régimen jurídico de las funciones públicas y del tráfico ordinario de mercancías y (iv) en su contenido particular, la ley 142 adopta un régimen jurídico diferente al que normalmente se aplica a las actividades de la administración y que tiene la connotación de un régimen mixto, pues se trata de la aplicación general del derecho privado para los actos de gestión de las empresas; y la aplicación general de reglas de derecho público para las relaciones empresa usuario y la adopción de políticas de servicio universal” (Atehotúa Rios , 2017)

Entonces, el régimen jurídico de estas empresas es tan especial, que implica que se debe determinar las normas aplicables para cada materia a tratar, pues por ejemplo pese a que una ESPD sea privada, debe acatar la ley 1755 que regula el derecho de petición, o pese a que la relación con los trabajadores sea el código sustantivo de trabajo, debe aplicar lineamientos emanados por el Departamento Administrativo de la Función Pública- DAFP-, o como se verá a continuación, pese a que sus contratos son propios del derecho privado, existen normas de derecho público que le corresponde aplicar, máxime si se tiene en cuenta el origen de los recursos que la conforman.

Ahora bien, vale la pena indicar que

“las leyes 142 y 143 se agotan y son superadas por las realidades sectoriales. Dada la superación o pérdida de vigencia de varias de las instituciones contenidas en las Leyes 142 y 143 de 1994, que originalmente constituían el marco jurídico aplicable al sector de los servicios públicos domiciliarios, y el enriquecimiento que la doctrina de la Corte Constitucional le ha brindado a varios temas en los que los desarrollos legislativos no son suficientes, en la actualidad, la constitución y el uso de herramientas constitucionales se

hace absolutamente necesaria, para quienes deciden abordar de manera sistemática e integral el estudio del régimen jurídico de los servicios públicos en Colombia como una disciplina.” (Atehotúa Rios , 2017)

Entonces, el régimen jurídico de estas empresas implica hacer un estudio concreto de la normatividad aplicable conforme a cada caso y materia particular, teniendo como base la jurisprudencia, principios constitucionales y generales del derecho que permiten el desarrollo de las actividades administrativas de estas empresas que pueden verse ante vacíos normativos que caracterizan un régimen jurídico especial.

Para el caso particular se requiere realizar el estudio del régimen jurídico aplicable en la actividad contractual que aplican.

2. Marco Normativo de la Gestión contractual de las Empresas de servicios Públicos oficiales.

Conceptualizada lo anterior, es lógico que siga la tendencia “especial” en el marco normativo de contratación de las ESPD oficiales.

Para Jojoa Bolaños, hay una serie de entidades que por ley no están regidas por el Estatuto General de Contratación estatal. Estas entidades se dividen en tres grupos distintos, por un lado, están las entidades que por su actividad están en competencia con particulares. Segundo, están aquellas entidades que, aunque tienen función totalmente administrativa; constitucionalmente y

legalmente; se les otorga una flexibilización del régimen jurídico y por último, algunos contratos del distrito capital y las operaciones de crédito público. (Jojoa Bolaños, 2012)

Entonces, con la Ley 142 de 1994 se otorgó la posibilidad de determinar un procedimiento diferencial al del estatuto general de contratación emanado por el legislador.

Esto ha generado diferentes teorías en cuanto a las actuaciones de las ESPD oficiales e incluso la jurisdicción competente para conocer sus contratos (Pino Ricci, 2005), por lo que es necesario hacer las siguientes precisiones en cuanto a la actividad contractual de estas empresas, lo que determina la importancia y aplicabilidad del principio de autotutela administrativa es esta área.

Es claro que las ESPD OFICIALES, son consideradas una entidad estatal, conforme a la única definición legal emitida al respecto (Ley 80 de 1993) por tener un porcentaje de participación del estado mayor al 50% del capital, y hace parte de la estructura del Estado, conforme lo indicado en la Ley 489 de 1998.

Así mismo, *“los contratos que celebren las entidades estatales que prestan los servicios públicos a los que se refiere esta Ley, no estarán sujetos a las disposiciones del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, salvo en lo que la presente Ley disponga otra cosa.”* (L.142/1994 art. 31)

Es decir, se permitió que toda la contratación de estas entidades se rigieran por el derecho civil y comercial que regulan las actividades comerciales de los particulares, aunque al principio dicho artículo sin la expedición de la ley 689 de 2001 indicaba que solo era aplicable el derecho privado a aquellos contratos que se relacionaban con la prestación del servicio público, lo que generaba conflictos al momento en que la empresa enmarcaba la normatividad aplicable en la celebración de sus contratos.

Esto se permitió teniendo en cuenta que “las actividades de gestión empresarial que adelantan las entidades y empresas que prestan servicios públicos domiciliarios, se desarrollan en escenarios de libre competencia” (Atehotúa Rios , 2017)

No obstante, en el mismo articulado se deja salvedad que ello no aplica en las excepciones establecidas en la ley que para Atorhortua son:

“a. Cuando se pacten cláusulas exorbitantes autorizadas por la comisión de regulación correspondiente, (artículo 31 Ley 142 de 1994), b. Lo relativo a la aplicación de inhabilidades e incompatibilidades contractuales (art. 44.4 ley 142 de 1994), c. Cuando se trata de contratos celebrados por entidades territoriales que trasladan activos a terceros para que ESPD existentes presten servicios públicos, lo cual deberá hacerse por licitación pública (parágrafo del artículo 31 de la Ley 142 de 1994) d. En los contratos de concesión indicados en el artículo 39, numeral 39.1 de la Ley 142 de 1994. e. En los contratos de empréstito y las operaciones de crédito publico.” (Atehotúa Rios , 2017)

Por tanto, en la práctica no es cierta la aplicabilidad absoluta del derecho privado en la contratación de las ESPD oficiales, por lo que es necesario que estas empresas establezcan en su regulación interna los procesos y procedimientos de las etapas precontractual, contractual y pos contractual de su gestión, para lo cual deben tener en cuenta además de lo ya citado, lo siguiente:

- **Celebran Contratos Estatales y sus conflictos lo conoce la Jurisdicción Contenciosa Administrativo.**

Al buscar las definiciones de contrato estatal, inmediatamente se remite “a lo indicado en el artículo 32 de la Ley 80 de 1993 que refiere que es todo acto jurídico que genera obligaciones y

que es suscrito por las entidades enlistadas en el artículo primero y segundo de la misma ley” (Rodríguez Tamayo, 2015). Entonces independientemente que unos contratos sean sometidos al derecho administrativo o privado, por ser una entidad estatal, el contrato sigue siendo estatal, así esté sometido a un régimen excepcional.

Por muchos años, no se determinaba la jurisdicción competente para dirimir controversias contractuales de estas empresas (Palacio Hincapie, 2006), puesto que la Ley 80 de 1993 exige de los contratos estatales mayores solemnidades que las establecidas en el código civil, y era claro que se aplicaba el último.

Esta incertidumbre jurídica fue subsanada inicialmente con los pronunciamientos de las altas cortes y posteriormente con la expedición la Ley 1437 de 2011, que expresa *“la jurisdicción contenciosa administrativa, conocerá de: Los relativos a los contratos, cualquiera que sea su régimen, en los que sea parte una entidad pública o un particular en ejercicio de funciones propias del Estado.”* (L. 1437/2011 art 104) Y *“Los relativos a contratos celebrados por cualquier entidad prestadora de servicios públicos domiciliarios en los cuales se incluyan o hayan debido incluirse cláusulas exorbitantes.”* (L. 1437/2011 art 104)

Entonces será dirimido por la jurisdicción contenciosa administrativa, en primer lugar, todo acuerdo de voluntades en el cual una de las partes sea una entidad estatal, (concepto orgánico de contrato) razón por la cual pese al régimen especial en materia contractual, que posee las ESPD oficiales, sus contratos son considerados contratos estatales a los cuales se les aplica derecho privado en su conformación y ejecución.

Ahora bien, en cuanto a los formalismos de los contratos estatales, vale la pena traer a colación, que existen doctrinantes que indican que por

“el hecho de que la Ley 142 manifieste que los contratos de estas empresas se rigen por el derecho privado, los procedimientos y requisitos indicados en la Ley 80 de 1993 no deben acatarse, como por ejemplo los elementos de existencia de contrato, es decir que el contrato sea elevado por escrito, salvo que la ley civil o comercial así lo demanden; los requisitos de validez del contrato son los propios de los particulares; los procedimientos no requiere el cumplimiento de solemnidades, aprobaciones o autorizaciones especiales, así como lo relacionado con la terminación, ampliación y liquidación de los contratos” (Atehortúa Ríos, 2008, págs. 303-304),

Por ejemplo no tendría por qué existir límites en las adiciones en valor de un contrato que conforme a la Ley 80 de 1993 no puede superar el 50% del valor inicial, o la obligatoriedad de liquidar los mismos pues son requisitos exigidos dentro de la contratación pública y no previstos para las relaciones contractuales en particulares.

Aunque esta posición tiene asidero jurídico, no se puede desconocer que hay otras leyes en las que se obligan a las entidades con régimen especial de contratación, que no se deben desconocer, por ejemplo las referidas al manejo presupuestal, la obligatoriedad de expedición de certificados de disponibilidad presupuestal y registros presupuestales, que según el Consejo de Estado se convierten en requisitos de ejecución del contrato, y por tanto son indispensables dentro de la actuación contractual de estas entidades, e incluso aquellas actuaciones que implican la planeación de los procesos, por ser recursos públicos, y la publicación en el Sistema de compra pública bajo los lineamientos de Colombia compra eficiente (aunque existe discrepancia doctrinal sobre ello).

Es por ello que cada entidad debe tener en cuenta cada una de las leyes que integran su régimen jurídico especial, sin desconocer que por disposición legal y reiterada jurisprudencia del Consejo

de Estado todo contrato estatal debe estar elevado a escrito para que nazca a la vida jurídica (C. E., Sección tercera R. Correa, N.I. 17072).

Entonces, los contratos estatales de las ESPD OFICIALES no solo cuentan con las formalidades indicadas en el código civil y comercial, relacionado al acuerdo de voluntades entre las partes, sino también deben cumplir con una serie de requisitos como que sean elevados a escrito y cuenten con todas las exigencias indicadas en la ley de presupuesto, aunque su origen hasta su perfeccionamiento sea el relativo al derecho privado. Por tanto, se puede concluir que las ESPD OFICIALES suscriben contratos estatales de derecho privado, que no deben ser interpretados bajo criterios de Ley 80.

En segundo lugar, a la JCA se llevan los contratos en los que se En cuanto al segundo criterio de competencia, es acorde a lo indicado en el artículo 31 de la Ley 142 de 1994 que fija una excepción a la regla, permitiendo incluir cláusulas excepcionales en los contratos que suscriba toda ESPD (también las de origen privado), si cumple con los casos autorizados por las Comisiones de regulación. Este criterio fue previsto, especialmente para hacer control de las actuaciones de las ESPD no oficiales, puesto que la inclusión de cláusulas excepcionales es considerado un privilegio de la administración, por tanto si llegase a incluirse, pese a que la ESPD sea privada o mixta, el competente para dirimir conflictos será la Jurisdicción Contenciosa Administrativa. Al respecto vale la pena mencionar que en el tercer capítulo de este trabajo se realiza explicación del manejo y aplicación de las clausulas excepcionales por parte de las ESPD oficiales.

En síntesis, todo contrato que suscriba una ESPD oficial, incluya o no clausulas excepcionales, el competente para dirimir sus conflictos es la Jurisdicción Contenciosa Administrativa.

- **Deben aplicar los principios constitucionales en cada etapa contractual, y se someten al régimen de inhabilidades e incompatibilidades del estatuto General de Contratación Pública.**

“La contratación de las entidades públicas está encaminada a satisfacer el interés público” (Ternera Bonett & Muvdi Anillo, 2014), razón por la cual deben acatar los principios constitucionales de la función pública, que le atañen a todas las entidades del estado para cumplir con sus fines, independientemente del régimen jurídico que se les haya otorgado.

Es por ello que el legislador estableció 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.” (L. 1150/2007 art. 13)

“Los principios que desarrolla el artículo 209 Constitucional son previstos por el constituyente para satisfacer los intereses colectivos en las actuaciones administrativas de las entidades estatales” (Castro Cuenca, García López, & Martínez Vargas, 2010). La definición de estos principios de “*igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad*”, no se encuentran preestablecidos en la Ley, sino se ha desarrollado por la doctrina y jurisprudencia de las

altas cortes; por tanto se requiere una interpretación en cada área del derecho a estudiar, pues su aplicabilidad puede variar por ejemplo del derecho contractual al sancionatorio.

Por su parte, el artículo 267 de la Constitución aclara que toda entidad pública está sometida al control fiscal, y aunque no lo señale la norma expresamente, esto implica que debe acatar las normas presupuestales fijadas para las entidades del Estado, que para el caso particular corresponde al Decreto 115 de 1996, “que regula el sistema presupuestal de las empresas del Estado dedicadas a actividades no financieras”.

Pero además, las actuaciones contractuales de las ESPD oficiales deben acatar otros principios constitucionales, como el debido proceso, (C.P. art. 29) o el derecho a la igualdad (C.P. art.13), que pese a que no se encuentra enunciado en los artículos de la constitución referenciados en la Ley 1150, deben ser amparados dentro de toda actuación administrativa que emprenda una entidad estatal.

Ahora, no se puede pasar por alto, que adicionalmente deben someterse a los principios del título preliminar de la ley 142 de 1994 (art. 30), indicados desde el artículo primero al catorce, dentro de los que se encuentra “*eficiencia, eficacia, calidad, información, no abuso de la posición dominante, acceso, participación y fiscalización de los servicios, cobro solidario y equitativo, neutralidad, legalidad, esencialidad, garantía a la libre competencia, entre otros*”, (L.142/94), y los establecidos en el art. 365 constitucional (C. Const. C- 066 de 1997, F. Morón)

Adicionalmente, las Comisiones de Regulación, establecen principios de interpretación de la actividad contractual de las ESPD que debe “*promover la concurrencia de oferentes y por ende garantizar la libre competencia, impedir la abusos de la posición dominante y adelantar las actuaciones que favorecen la continuidad y calidad en la prestación de los servicios*” (Resolución CRA No. 151 de 2001 Art. 1.3.5.8)

Por su parte, dado que no se establece una obligación legal de aplicar principios legales establecidos en la Ley 80 de 1993, que se refieren a la actividad contractual, como por ejemplo transparencia, selección objetiva entre otros, las ESPD OFICIALES, en su regulación interna (manual o estatuto de contratación) deben indicar los principios que aplican en su actividad contractual y la aplicabilidad de los principios constitucionales a los que está obligada.

Sin embargo, acatar principios constitucionales no significa que deban asumir la normativa del Estatuto general de contratación, pues el régimen especial se previó con el fin de que las ESPD puedan competir en el mercado con particulares y además cumplan con los fines del estado de una manera más eficiente y dinámica. Aunque si deben tener en cuenta las Leyes que el legislador de manera expresa ha considerado obligatorias para estas entidades con régimen especial, pues en virtud del principio de autotutela administrativa para actuar deben contar con autorización legal previa, y por ende se debe tener clara las limitantes u obligaciones indicadas por la Ley.

Así las cosas, las ESPD OFICIALES deben tener en cuenta todos los principios constitucionales, los establecidos en la Ley 142 de 1994, el régimen de inhabilidades e incompatibilidades establecidas en la Ley, a través de la adopción de los manuales o estatutos de contratación, “toda vez que el derecho común carece de procedimientos reglados para su concreción”. (Serrano Salomon, 2016). Esto permite que todos los órganos de control y juez competente, tengan claro las normas aplicables a cada ESPD oficial y no llenen los vacíos asimilando procedimientos de las normas de derecho público.

Es decir, que

“salvo que exista norma específica que obligue a las ESPD oficiales a tramitar un procedimiento determinado, en cumplimiento de los principios y derechos constitucionales, deberá instrumentar en su interior mecanismos que les permitan desarrollar el derecho a la

igualdad de oportunidades mediante el establecimiento de reglas que generen la selección del mejor contratista” (Pino Ricci, 2005, pág. 52)

- **Deben permitir la concurrencia de oferentes en la selección de contratistas aunque licitar no implica aplicar Ley 80.**

Dentro de los manuales de contratación de las ESPD oficiales, se deben preestablecer las modalidades de selección de contratistas y el procedimiento aplicable para ello. Para esto deben tener en cuenta que en su régimen, *“la obligación de tramitar licitación pública es excepcional”* (Pino Ricci, 2005).

Igualmente deben revisar lo reglado por las Comisiones de Regulación de cada servicio público, pues la misma ley, le otorgó facultades a éstas para que emitan orientaciones en cuanto a los “procesos de selección de contratistas, con el fin de garantizar la concurrencia de oferentes acorde con la aplicabilidad del principio constitucional de igualdad de oportunidades de los asociados frente a la administración pública” (Pino Ricci, 2005) (artículo 35 Ley 142 de 1994) .

El termino licitación pública no implica adelantar el procedimiento establecido en Ley 80 para dicha modalidad de selección, pues no es el único procedimiento que estimula la concurrencia de oferentes, por ello las comisiones de regulación deben brindar orientaciones al respecto (para toda ESPD sin importar su conformación), (L.142/1994 art. 35).

Por tanto las ESPD en sus manuales de contratación o reglamentación interna seleccionen los contratistas en condiciones de igualdad, sin que ello conlleve aplicar los trámites administrativos de ley 80, pues desfigura la finalidad del régimen jurídico contractual especial fijada por el legislador.

Ahora bien, la obligación legal de aplicar el proceso de licitación pública de ley 80 esta previsto en los siguientes casos:

- En contratos “celebrados por entidades territoriales que trasladan activos a terceros para que ESPD existentes presten servicios públicos, o asuman la prestación de uno o varios servicios públicos” (parágrafo del artículo 31 de la Ley 142 de 1994)
- En los “contratos de concesión de aguas indicados en el artículo 39, numeral 39.1 de la Ley 142 de 1994”, (Atehotúa Rios , 2017)
- “Contratos en los cuales los entes territoriales pretendan conformar un área de servicio exclusivo (art. 1.3.2.2. Resolución CRA 151 de 2001)”, (Pino Ricci, 2005)

Pero en necesario dejar claro que en ninguna parte dentro de la legislación y reglamentación aplicable, se fija el trámite de licitación pública de Ley 80, para celebrar contratos que busque la satisfacción sus necesidades administrativas y operativas.

Es decir, que

“salvo que exista norma específica que obligue a las ESPD oficiales a tramitar un procedimiento determinado, en cumplimiento de los principios y derechos constitucionales, deberá instrumentar en su interior mecanismos que les permitan desarrollar el derecho a la igualdad de oportunidades mediante el establecimiento de reglas que generen la selección del mejor contratista” (Pino Ricci, 2005, pág. 52)

La Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico (CRA), en la Resolución No. 151 de 2001, indica los contratos en los cuales debe concurrir libertad de oferentes y en su artículo 1.3.5.1., establece que éstos procedimientos debe fijarlos internamente cada entidad prestadora, pero en todo caso deben permitir por ejemplo el registro libre de proveedores que

deseen prestar sus servicios a las entidades, a las cuales se les puede dirigir invitaciones y realizar una evaluación de sus propuestas. Es por ello que en la mayoría de ESPD oficiales existe registro de proveedores, que aunque podría considerarse restrictivos para participar, son acordes a las orientaciones emitidas por esta comisión de regulación. Vale la pena indicar, que la redacción de este artículo no preestablece una obligatoriedad, sino da libertad de regulación a cada entidad prestadora del servicio público, es por ello que por ejemplo existe otras entidades que publica sus invitaciones a través de la página web de su entidad para recibir ofertas de personas indeterminadas.

Por otro lado, la CRA, establece excepciones a la concurrencia de oferentes, indicando que no es obligatorio utilizar procedimientos de licitación pública u otros en razón de la cuantía, cuando el valor del contrato se encuentre “dentro de las cifras denominadas menor cuantía en Ley 80 de 1993, o en razón del objeto del contrato, a las circunstancias en que deba celebrarse el contrato, las condiciones del mercado y el origen de los recursos” (R. 151/2001 art. 1.3.5.4), en los cuales establece unos casos específicos para ello.

Es decir en este artículo se fijan los casos en los que las ESPD oficiales pueden fijar como modalidad de selección la contratación directa, sin que exista pluralidad de oferentes, aunque ello no implica la obligación de realizar un estudio del mercado, para determinar los precios más favorables para la entidad.

Curiosamente, existen ESPD oficiales que en su regulación interna no tienen en cuenta las orientaciones y obligaciones legales que emite la Comisión de regulación en materia contractual por lo que en ocasiones acogen procedimientos de la Ley 80 o incluyen causales de contratación directa que no están autorizadas por la Comisión. Es por ello que se reitera la importancia de conocer tanto la naturaleza de la ESPD oficial, como la normatividad que en materia contractual

los rige con el fin de que sus procedimientos internos no estén viciados de nulidad, por ser contrarios a los parámetros y fines indicados por el Legislador.

Si la intención del legislador en materia de procesos de selección hubiese sido exigir el cumplimiento de unas determinadas reglas, las hubiera señalado expresamente, pero el legislador, e incluso el ejecutivo en su reglamentación, otorgó autonomía a las ESPD para auto-reglamentarse, teniendo en cuenta la razón de ser de estas empresas, su naturaleza jurídica e importancia, pues pese a que ejercen una actividad económica autosustentable, deben competir en el mercado con particulares y percibir más ingresos para ampliar su cobertura, brindando un servicio con mayor cobertura, calidad y continuidad y así reducir brechas de desigualdad y pobreza.

**CAPITULO III. FORTALEZAS DEL PRINCIPIO DE AUTOTUTELA
ADMINISTRATIVA EN LA CONTRATACIÓN ESTATAL QUE GESTIONAN LAS
ESPD OFICIALES.**

Para abordar este capítulo, fue necesaria la conceptualización realizada en los capítulos anteriores, pues a partir de dichas bases se podrá desprender las tesis positiva y negativa (fortalezas y obstáculos) de la aplicación del principio de autotutela administrativa en la gestión contractual de las ESPD oficiales, conforme a las posturas doctrinales, jurisprudencia y normatividad vigente y aplicable al régimen jurídico especial de estas empresas.

Al hablar de fortalezas que otorga el principio de autotutela a la contratación de las ESPD oficiales, se debe recordar que la contratación permite adquirir productos para cumplir con la misión de las empresas y satisfacer de intereses generales. Por tanto para obtener ese resultado final y cíclico el Estado debe hacer uso de prerrogativas con las que cuenta la administración por tener una posición privilegiada frente a los administrados que le permite garantizar el interés general.

Así las cosas, se procede a definir las fortalezas que brinda el principio estudiado:

1. Llena vacíos normativos y brinda seguridad jurídica a través de la expedición de manuales o estatutos de contratación.

Como se indicó, dentro de los límites del principio de autotutela administrativa se encuentra el principio de legalidad, y la razón de ser de esto, es otorgar seguridad jurídica a todos los administrados, para que las actuaciones de la administración garanticen principios de igualdad,

debido proceso, entre otros, que le garantizan un acceso equitativo a los servicios que brinda el Estado.

De conformidad con la Corte constitucional, el principio de seguridad jurídica

“ostenta rango constitucional y lo ha derivado del preámbulo de la Constitución y de los artículos 1, 2, 4, 5 y 6 de la Carta // La seguridad jurídica es un principio que atraviesa la estructura del Estado de Derecho y abarca varias dimensiones. En términos generales supone una garantía de certeza. Esta garantía acompaña otros principios y derechos en el ordenamiento” (C.Const. C-250-2012 Sierra H. A.)

Este vincula a todos los principios constitucionales, garantizando a los asociados la efectividad de sus derechos, pues a raíz de las dimensiones que posee este principio, le permite a los administrados conocer las competencias, términos, procedimientos aplicables en cada caso particular (C.Const. C-250-2012 Sierra H. A.), fundamento acorde con el principio de legalidad y autotutela administrativa, puesto que fija competencias, tramites, alcance de cada entidad estatal.

En Colombia, los regímenes especiales, por regla general posee vacíos normativos, que puede generar incertidumbre en la aplicación de normas de carácter público, especialmente para aquellas empresas que cuentan con recursos públicos, y que hacen parte de la estructura del Estado, puesto que en la normativa nacional no se protege la seguridad jurídica.

En razón de esto, se genera incertidumbres en el mundo jurídico de las ESPD OFICIALES, que se ven reflejadas al momento de tomar decisiones, para determinar si las mismas cuentan con bases sólidas que no genere debates jurídicos, ni posteriores responsabilidades de los servidores públicos que deben emitirlas, por lo que es necesario que los mismos tengan en cuenta, además de la ley, herramientas jurisdiccionales como el precedente judicial o constitucional que termina brindando seguridad jurídica a las actuaciones de las entidades estudiadas (Atehotúa Rios , 2017)

Para esto deben tener en cuenta que el concepto de Ley es amplio (Atehotúa Rios , 2017, pág. 58) pues la Corte Constitucional ha efectuado pronunciamientos que indican que éste incluye mandatos constitucionales y por ende tanto los operadores jurídicos como las autoridades administrativas en sus actuaciones deben ceñirse a la Ley, *“interpretada a partir de los valores principios, objetivos y derechos consagrados en la Constitución, puesto que ésta y la primera son los puntos de partida de la interpretación judicial y por tanto, las autoridades, cualquiera que sea su naturaleza debe tener en cuenta el precedente judicial, que en materia administrativa, garantiza el respeto al debido proceso y el principio de legalidad.”* (C. Const. C-539-11 M.P. L. Vargas).

Entonces

“ las autoridades administrativas deben sujetarse a la constitución , la ley y el precedente judicial de las altas cortes, pues una interpretación de la ley a que se refiere el artículo 230 constitucional, significa para la jurisprudencia constitucional que la sujeción de la actividad judicial al imperio de la ley no puede entenderse en términos reducidos como referida 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 conforma la totalidad del ordenamiento jurídico.” (C. Const. C-539-11 M.P. L. Vargas)

Así las cosas, las ESP OFICIALES, deben revisar sus actuaciones dentro de un marco de legalidad, que no solo implica la interpretación taxativa de la ley, pues bajo un concepto amplio, esta interpretación debe ser efectuada con los principios y reglas jurisdiccionales planteadas a cada caso particular, máxime si se tiene en cuenta que el legislador fijo un régimen distinto al de otras entidades.

El legislador tiene soberanía para “fijar el régimen jurídico de los contratos de la administración” (Benavides J. , 2002) (C.Const. C-066/1997 F. Morón). Y para el caso de las ESP, por ejercer en el marco de una actividad económica que no debe ser “*prestada a título gratuito, pues se debe contribuir al financiamiento de los gastos e inversiones.*” (Arias, 2008), creó los Contratos Estatales de derecho privado, y le permitió a las empresas que lo deben aplicar, que fijara sus procedimientos que permita la concurrencia de oferentes, teniendo en cuenta las restricciones impuestas a las empresas por parte del gobierno (heteroregulación) y las restricciones voluntarias que en virtud de la autorregulación fijan las mismas empresas de un sector industrial determinado. (Ramirez Grisales, 2011)

Adicional a lo anterior, se debe tener presente que la reglamentación de las leyes “*es el instrumento para la aplicación de la voluntad general del legislador*” (Benavides J. , 2002) , por lo que las competencias indicadas en las resoluciones o decretos reglamentarios, continúan siendo voluntad del legislador, máxime si el principio de autotutela administrativa, con la prerrogativa del privilegio de la decisión previa, presume la legalidad de los actos administrativos reglamentarios, de las atribuciones o competencias que otorga la ley previamente.

En este orden de ideas, las ESPD OFICIALES, se manifiestan por regla general a través de actos administrativos, aunque también dentro del desarrollo de su actividad comercial expiden actos de comercio (actividad estratégica de la empresa) (Atehortúa Ríos, 2008) y dependerá del origen de los recursos que la conforman para determinar qué actuación pueden proferir a través de actos administrativos pues estos “*involucra una potestad pública, esto es, los actos unilaterales propios de las funciones estatales que se dictan con fundamento en la ley, que producen efectos jurídicos y cuya ejecución es obligatoria*” (Atehortúa Ríos, 2008)

Según la Corte Constitucional los actos administrativos

“constituyen la forma o el modo usual en que se manifiesta la actividad de la administración, con miras a realiza las múltiples intervenciones en la actividad de los particulares, que en cumplimiento de los cometidos que le son propios autoriza el derecho objetivo” (C.Const. C-197 de 1999. Barrera A.)

Así las cosas, existe autorización legal para que las ESPD OFICIALES se auto regulen contractualmente a través de un acto administrativo de carácter general, en el artículo 32 de la Ley 142 de 1994, que le permite expedir todos los *“actos necesarios para su administración”* y por el reglamento que indica que los procedimientos de concurrencia de oferentes son aquellos *“que adopte internamente cada persona prestadora”* (R.151/2001 art. 1.3.5.1)

Es por ello que en Colombia además de la regulación del Estatuto General de Contratación, existen múltiples regulaciones contractuales internas que cuentan con autorización legal y por tratarse de acto administrativo cuenta con presunción de legalidad.

Entonces, a través del acto administrativo denominado generalmente manual de contratación *“se visualiza y hace tangible la autonomía contractual de la entidad”* (Muñetón Londoño, 2016), circunstancia que incluso reconoce Colombia Compra Eficiente al indicar en sus lineamientos generales que

“Las Entidades Estatales sometidas a regímenes especiales de contratación deben incluir en su Manual de Contratación una descripción detallada de los Procedimientos para seleccionar a los contratistas, los plazos, los criterios de evaluación, criterios de desempate, contenido de las propuestas, los Procedimientos para la aplicación de las restricciones de la Ley 996 de 2005 y los demás aspectos que garanticen el cumplimiento de los principios y objetivos del sistema de compras y contratación pública en todas las

etapas del Proceso de Contratación, con base en su autonomía.” (Colombia Compra Eficiente, 2018)

Los manuales o estatutos de contratación de las ESPD OFICIALES, deben tener en cuenta lo indicado en el marco normativo de su gestión contractual analizado en el capítulo segundo de este trabajo y determinar las actividades de planeación, selección de contratistas, celebración, ejecución y supervisión de los contratos, sin que ello implique acoger procedimientos aplicables a otras entidades estatales, por tanto cada caso particular debe analizarse con la regulación interna aplicable, y llenar vacíos con otras normas aplicables a entidades públicas, si internamente se consagra de esa manera, por ser acordes a la naturaleza jurídica de la empresa. No se puede errar al aplicar por analogía procedimientos o exigencias contenidas en la Ley 80 de 1993, cuando no son afines a su naturaleza.

En cuanto a la selección de proveedores, el legislador permitió fijar y aplicar procesos sucintos, *“con cuantías que admiten a un número reducido de oferentes, respecto de cuantías muy superiores a las usuales en Ley 80 de 1993.”* (Muñetón Londoño, 2016) lo que permite que salvo que la entidad lo decida, no tendrá que adelantar trámites de selección de sus contratistas a través de procedimientos del Estatuto General de Contratación. (Muñetón Londoño, 2016)

En este sentido, se trae a colación que el Consejo de Estado, en asunto similar indico:

“En respuesta a esa autonomía constitucional que se predica de los entes universitarios, es viable acudir al derecho supletivo (legislación aplicable a otras entidades públicas) en defecto del régimen propio (regulación de la entidad universitaria), si y solo sí, así lo ha previsto expresamente. De lo contrario, no es posible acudir a otra normativa.” (C.E. S. Quinta, 10 Agosto de 2017 C.P. L. Bermúdez)

Es decir, a través del principio de autotutela administrativa y su prerrogativa de la decisión previa, los manuales de contratación se convierten en el marco normativo contractual de la entidad prestadora de servicio público oficial, se llenan los vacíos normativos y brinda seguridad jurídica a la entidad y a la comunidad en general, pues con estos se otorgan reglas claras en la selección de contratistas conforme a la Ley 142 de 1994, su reglamentación y el derecho civil y comercial.

La Corte Constitucional ha sido clara al indicar que

“Carece de fundamento objetivo la actuación manifiestamente contraria a la Constitución y a la Ley. La legitimidad de las decisiones estatales depende de su fundamentación objetiva y razonable. El principio de legalidad rige el ejercicio de las funciones públicas, (CP art. 121), es condición de existencia de los empleos públicos (CP art. 122) y su desconocimiento genera la responsabilidad de los servidores públicos (CP art. 6,90). Una decisión de la autoridad no es constitucional solamente por el hecho de adoptarse en ejercicio de las funciones del cargo. Ella debe respetar la igualdad de todos ante la ley (CP art. 13), principio que le imprime a la actuación estatal su carácter razonable. Se trata de un verdadero límite sustancial a la discrecionalidad de los servidores públicos, quienes, en el desempeño de sus funciones, no pueden interpretar y aplicar arbitrariamente las normas, so pena de abandonar el ámbito del derecho y pasar a patrocinar simple y llanamente actuaciones de hecho contrarias al Estado de Derecho que les da su legitimidad.” (C. Const. T- 079-1993 E. Cifuentes)

En conclusión, administrativa y judicialmente se debe analizar el concepto de ley con la interpretación de los principios, las autorizaciones legales otorgadas y el manual de contratación de cada entidad.

Esto brinda seguridad jurídica a todos los actores, y un rango de acción a las ESPD OFICIALES respetando la competencia otorgada en la ley civil, comercial y leyes que regulan actividades de entidades estatales, como la ley de transparencia, de derecho de petición, y aquellas que por remisión expresa de la Ley 142 de 1994 deben aplicarse. Es recomendable que cada entidad realice un compendio en su manual de contratación con todas las normas que le aplican, pues en ningún momento pueden desconocer las garantías, limitantes, y prohibiciones indicadas por el constituyente y legislador.

2. Pueden incluir cláusulas especiales en sus contratos, con las cuales se adquiere una posición privilegiada frente al contratista.

La definición de contrato, sus elementos, tipología, características y demás están regulados por el Código Civil Colombiano. Este concepto lo acoge el derecho público al definir el contrato estatal, que lo diferencia con los demás un criterio orgánico, con el que basta con que *“una de las partes sea una entidad estatal, independientemente que el acto jurídico generador de las obligaciones este regulado por el Derecho Administrativo o sujeto a las disposiciones del derecho privado”* (Hoyos Garcia, y otros, 2015)

El contrato es “el acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa.” (C.C. art. 1495), y por tanto se considera que *“existe un criterio de igualdad entre las partes, lo que determina que una no tiene prerrogativas sobre la otra”* (Guecha Medina, 2006), sino que cada una dentro del plano de igualdad deben cumplir con las obligaciones pactadas en el contrato y en caso de existir controversia entre estas un juez dirime la misma (heterotutela).

No obstante, el plano de igualdad se rompe cuando un contrato es celebrado con una entidad pública, por los intereses que esta busca.

Al respecto, la Corte Constitucional indica

“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 preeminencia 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” (C. Const. C-400/1999. V. Naranjo)

Entonces el contrato estatal “está regido por el principio de la autonomía de la voluntad, a su vez por la protección del interés público y la vigilancia de los recursos” (Pardo Posada & Hernandez, 2013). Lo que implica que, dada la finalidad del contrato, era necesario otorgar privilegios a la administración, para garantizar una posición de privilegio frente al particular contratista, ya que ejecutar el contrato lleva inmerso el bienestar del interés público.

Entonces, por regla general toda entidad pública contratante ejerce lícitamente las prerrogativas del poder público, comúnmente reconocidos como cláusulas exorbitantes, que implican el reconocimiento de indemnizaciones a favor del contratista que se le cause un perjuicio probado, en la relación contractual (Benavides J. , 2002)

Pero adicional a ello “*existe una creciente irrupción del unilateralismo negocial, en el derecho privado, que se ha venido aceptando por virtud de la ley y autonomía de la voluntad de las partes en las cuales se cuenta con poderes unilaterales en manos de los particulares. Al respecto, la Corte Suprema de Justicia (Civil, 30 ago. 2011, W. Namén Vargas) ha anunciado una lista de ejemplos normativos que permiten a las partes crear y reconocerse poderes de esta naturaleza, poniendo de presente el rol que juega la autonomía privada en este campo.*” (Serrano Salomon, 2016)

Es decir que los poderes unilaterales o posiciones privilegiadas también se evidencian en el derecho privado, aplicable en las ESPD oficiales. Y en cierta forma estas entidades tienen un beneficio en aplicar además del principio de legalidad, el de autonomía de la voluntad privada que rige los contratos en materia civil y comercial, con el cual las partes manifiestan la forma para auto gobernarse y auto regularse, que quedan plasmadas en un contrato.

La autonomía de la voluntad

“basada en la política francesa y pensamiento económico liberal del siglo XIX, es la facultad reconocida por el ordenamiento positivo a las personas para disponer de sus intereses con efecto vinculante y, por tanto, para crear derechos y obligaciones, con los límites generales del orden público y las buenas costumbres, para el intercambio de bienes y servicios o el desarrollo de actividades de cooperación.” (C.Const. C-934 de 2013 N. Pinilla)

Para diferentes autores la autonomía es igual a libertad de los particulares por tanto, “*autonomía no es el ejercicio de un derecho, sino el poder la potestad para comportarse, existan o no los límites*” con el cual puede alcanzar sus fines, que en todo caso debe promover por la igualdad y

equilibrio entre las partes, quienes además se manifiestan conforme al nuevo uso de las TICS y comercio sin fronteras. (Angel, 2016)

Este principio general del derecho tiene su sustento inicialmente en el postulado ‘laissez faire, laissez passer’(‘dejar hacer, dejar pasar), pues implica el consentimiento previo para suscribir un acto o contrato, el cual no se otorga para ocasionar un perjuicio o injusticia consigo mismo, y permite:

“i) celebrar contratos o no celebrarlos, en principio en virtud del solo consentimiento, y, por tanto, sin formalidades, pues éstas reducen el ejercicio de la voluntad; ii) determinar con amplia libertad el contenido de sus obligaciones y de los derechos correlativos, con el límite del orden público, entendido de manera general como la seguridad, la salubridad y la moralidad públicas, y de las buenas costumbres; iii) crear relaciones obligatorias entre sí, las cuales en principio no producen efectos jurídicos respecto de otras personas, que no son partes del contrato, por no haber prestado su consentimiento, lo cual corresponde al llamado efecto relativo de aquel.” (C.Const. C-934 de 2013 N. Pinilla)

Aunque hay que resaltar que

“este principio tiene garantía constitucional y límites propios del interés público y el respeto por los derechos fundamentales de las otras personas, de tal manera, la concepción actual de la autonomía de la voluntad privada parte del poder dispositivo individual, regulado por la intervención del Estado en el deber de garantizar los fines sociales que le han sido encomendados (art. 2º Const.), de forma que la libertad de contratar, la protección y promoción individual y los derechos constituidos, deben acompasarse en función del interés público.” (C.Const. C-934 de 2013 N. Pinilla)

Por tanto, este principio se manifiesta en

“(i) la existencia de una libertad para contratar o no, siempre que tal decisión no se convierta en un abuso de la posición dominante o una práctica restrictiva de la competencia. (ii) el logro o consecución no solo del interés particulares sino también del interés público o bienestar común; (iii) el control por parte del Estado de la producción de efectos jurídicos o económicos con el propósito de evitar el abuso de los derechos;(iv) el papel del juez consistente en velar por la efectiva protección de los derechos de las partes, sin atenerse exclusivamente a la intención de los contratantes y; (v) la sujeción de la autonomía de la voluntad a los parámetros éticos de la buena fe” (C. Const. T-585/2013)

Entonces, la autonomía de la voluntad de las partes “es el poder o facultad que el ordenamiento jurídico le reconoce a las personas para autorregular o disponer de sus intereses a través de actos o negocios jurídicos” (Benavides J. , 2002) y se aplica tanto para la legislación civil y mercantil, como en el estatuto de contratación pública, aunque para algunos tratadistas es paradójico, porque el legislador en su concepción consideró que su inclusión “permitía mejorar las finalidades públicas y las garantías privadas”, pero las entidades contratantes no pueden salir del marco legal. (Benavides J. , 2002)

Es por ello que existen posiciones doctrinarias que indican que la autonomía de la voluntad no es aplicable realmente en los contratos con entidades estatales, pues el particular debe acogerse a lo que le establezca la entidad estatal y muy rara vez podrá hacer cambiar el contenido de una cláusula preestablecida por ella, máxime si se tiene en cuenta que éstas se deben regir

primordialmente por el principio de legalidad. (Serrano Salomon, 2016) (Osorio Moreno, 2013) (Amazo Parrado, 2007)

“Las partes en ejercicio de ese poder o facultad para autorregular sus intereses pueden a través de estipulaciones contractuales determinar el contenido, alcance y modalidad del contrato o negocio jurídico que van a celebrar, siempre y cuando éstas no vayan en contra de las normas imperativas, de las buenas costumbres, del principio de buena fe, ni comporten el ejercicio abusivo de sus derechos.” (C.E. Sección tercera, 19 de julio de 2017, J. Santofimio C.I. 57394)

“El valor de este principio se aprecia en el hecho de considerarse como una manifestación de la libertad del individuo, cuyo reconocimiento por la ley positiva se impone y se traduce en la posibilidad que tienen las personas de regular libremente sus intereses, ejercitar los derechos subjetivos de los cuales son titulares y concertar negocios jurídicos.” (Hernandez Fraga & Guerra Cosme, 2012)

El contrato, al ser el acto mediante el cual las partes se obligan (C.C. art. 1495), posee unas características y cláusulas que lo rigen, que le son aplicables a todos los contratos comerciales e incluso del Estado, pues corresponde a la regulación general que la misma ley 80 acoge (art. 32).

Pero cada contrato tiene unos elementos característicos que según el código civil son:

“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.” (C.C. art. 1501)

Conforme a estos elementos, la autonomía de la voluntad privada se manifiesta en las cláusulas espaciales o accidentales que se plasman en los contratos, pues las demás cláusulas son aquellas propias de su naturaleza. A través de las cláusulas especiales (accidentales) las ESPD OFICIALES, pueden incluir cláusulas que por regla general denotan una potestad unilateral o una posición privilegiada de una parte (contratante) sobre otra (contratista)

Es decir, con base en los principios estudiados, en los contratos de las ESPD OFICIALES, se pueden incluir cláusulas como las excepcionales, la liquidación unilateral, multas y cláusula penal, la condición resolutoria tácita, establecidas legalmente tanto en lo público y privado, y que son acordes a la naturaleza de las empresas estudiadas.

Al respecto, el Consejo de Estado recientemente manifestó:

“Así pues, en los contratos del Estado que se rigen por las normas de derecho privado, y precisamente por esto, las partes regulan libremente sus intereses y por ende pueden convenir, entre otros aspectos, el alcance y contenido de las prestaciones a su cargo, los eventos constitutivos de incumplimiento, los efectos o consecuencias que se derivan de éste, e incluso prever la adopción de mecanismos o el ejercicio de facultades a través de las cuales se puedan morigerar, atenuar o corregir las consecuencias nocivas de ese incumplimiento, o incluso sancionarlo. Con otras palabras, resulta viable que las partes del contrato puedan pactar cláusulas accidentales que impliquen la utilización de mecanismos tales como la cláusula penal, la imposición de multas, la terminación unilateral o la liquidación unilateral del contrato, entre otros, siempre y cuando que esas

estipulaciones no vayan en contra de normas imperativas, de las buenas costumbres, del principio de buena fe objetiva, ni mucho menos que comporten un ejercicio abusivo de un derecho, ni contraría el orden público. Ahora, sí esas estipulaciones no contravienen las normas imperativas, las buenas costumbres, el principio de buena fe contractual y no comportan el ejercicio abusivo de un derecho, ellas rigen las relaciones derivadas del contrato y su ejercicio no es otra cosa que la utilización de una facultad contractual.”

(C.E. Sección tercera, 19 de julio de 2017, J. Santofimio C.I. 57394)

Entonces, las cláusulas comúnmente consideradas excepcionales, al ser analizadas bajo la órbita de la autonomía dispositiva, se pueden incluir sin intervención del legislador, por no ser considerado ello como el ejercicio de una potestad excepcional al derecho común, pues en muchas disposiciones del derecho privado el legislador permitió la aplicabilidad de cláusulas como la terminación unilateral del contrato, si

“1. La cláusula se pacte expresamente. 2. Que la cláusula recaiga sobre una prestación principal y sustancial, en cuyo incumplimiento se imposibilita la ejecución del objeto contractual. 3. Que la estipulación no aparezca bajo el ejercicio de una posición dominante o arbitraria” (C.E. Sección tercera, 17 de agosto de 2016 J. Santofimio C.I. 41783), *“Así sucede respecto de ciertos contratos privados en donde es indispensable para su ejecución la confianza recíproca entre los contratantes, para lo cual la ley confiere a una de ellas la atribución de terminarlo unilateralmente, como acontece en los contratos de mandato, de cuenta corriente, de seguros, suministro y transporte”* (Davila Vinueza, 2001, pág. 447)

Así las cosas, las cláusulas establecidas en el contrato

“son meros actos contractuales que se originan en la autonomía dispositiva o negocial y no en una facultad legal, por lo que al pactarlas no se otorga un poder excepcional al derecho común, teniendo en cuenta que su finalidad no es otra que la de regular una relación contractual de carácter civil y comercial, dotándola de mecanismos eficaces para la consecución del interés negocial” (C.E. Sección Tercera, 20 de febrero de 2017, J. Santofimio C.I. 56.562.), y “las partes admitieron que pudiera ser ejercida por alguna de ellas, sin que ello comporte una ruptura de la igualdad, un desequilibrio en este tipo de relaciones negociales, ni vaya en contra de las buenas costumbres, la buena fe contractual o comporte el ejercicio abusivo de un derecho” (C.E. Sección tercera, 19 de julio de 2017, J. Santofimio C.I. 57394)

Ahora bien, dentro de los contratos estatales por autorización legal se incluyen cláusulas excepcionales o exorbitantes, aclarando que para la doctrina francesa los dos conceptos son diferentes en los contratos de la administración (Guecha Medina, 2006), y si a esto se suma que el legislador, estableció mecanismos para que las entidades estatales hagan exigible el cumplimiento de un contrato (L.80/1993 art. 14), y las obligatorias en los contratos que tiene por objeto la prestación de servicios públicos, se puede determinar que no debe privarse a las ESPD OFICIALES de privilegios que le corresponden por su naturaleza, independientemente el régimen jurídico con el que cuenten, pues hacen parte de la estructura del estado, y por tanto las potestades administrativas reguladas en dicho artículo, pueden incluirse en los contratos de las ESPD OFICIALES.

En igual sentido, de conformidad con la Ley 142, las comisiones de regulación pueden hacer obligatoria la inclusión de las cláusulas exorbitantes, en ciertos tipos de contratos (lista taxativa

art. 1.3.3.1 Resolución Cra 151 de 2001), por lo que así no se pacten expresamente son aplicables, pero en los demás contratos, cada entidad previamente deberá solicitar a la comisión que permita su inclusión. Cuando se pacten, dichos contratos se regirán por lo que dispongan la Ley 80 de 1993.

Esto demuestra que el legislador reconoce la importancia de incluir este tipo de cláusulas a las entidades que deben promover por la observancia de los fines del Estado, al punto de permitirle a las ESPD privadas poseer una posición privilegiada frente a su contratista, Pues

“independientemente del carácter público o privado de la empresa prestadora, las actividades catalogadas como servicios públicos implican, desde la perspectiva teleológica, el ejercicio de función estatal, pues de conformidad con el artículo 365 de la Carta de los servicios públicos son inherentes a la finalidad del Estado.” (C. Const. T-720 de 2005. Sierra H.)

En este sentido, no debe existir limitante legal para que las empresas estudiadas, incluyan en todos sus contratos cláusulas que le otorguen una prerrogativa propia del Estado, puesto que

“el criterio de prerrogativa pública implica una estrecha relación con los conceptos de poder público, servicio público e interés general, en cuanto a que las prerrogativas otorgadas a la Administración se encaminan a garantizar precisamente intereses generales de servicio público, que es lo que en últimas persigue la Administración con la contratación.” (Guecha Medina, 2006)

Doctrinariamente se refieren a las cláusulas excepcionales como “estipulaciones cuyo objeto es conferir a las partes derechos u obligaciones ajenos por su naturaleza a aquellos que son susceptibles de ser libremente consentidos por una persona en el marco de leyes civiles o

comerciales” (Palacio Hincapie, 2010), por ello se denominan excepcionales al derecho común “*por cuanto en un contrato entre particulares no es habitual sino excepcionalísimo que una parte posea prerrogativas que afectan la igualdad que se ha dicho caracteriza al contrato.*”. (Davila Vinueza, 2001, pág. 447)

Para la Corte Constitucional

“Las cláusulas exorbitantes son prerrogativas derivadas del poder público de la Administración pública y que no podrían aplicarse en un contrato de derecho privado. Estas cláusulas se derivan fundamentalmente de la presencia del interés público en los contratos estatales y de la especial naturaleza de los mismos, permitiendo a la entidad ejercer determinadas prerrogativas que no podrían aplicarse en una relación contractual de carácter privado. Al respecto esta Corporación ha señalado que las cláusulas exorbitantes implican el reconocimiento de poderes excepcionales a la administración que le permiten extinguir el vínculo contractual para asegurar la primacía de los intereses públicos o sociales que están vinculados a la realización del objeto del contrato”.
(C.Const., C-620/2012, 9 Ago2012, J. Pretelt)

Cuando la doctrina indica que las cláusulas excepcionales no son aplicables en las relaciones contractuales entre particulares, refiere a que ambas partes correspondan a dicha naturaleza, pero si una de las partes es una entidad del Estado, debe contar con las prerrogativas que le pertenece por buscar el interés común y la satisfacción de los fines del estado; circunstancia que se debe aplicar en todo tipo de contrato, pues todo contrato que suscribe la administración promueve el cumplimiento de las funciones administrativas.

Por tanto es errónea la interpretación de privar de la aplicación de esta prerrogativa a las entidades estatales que suscriben contratos estatales basados en el derecho privado, pues el fundamento de la misma corresponde a la carga estatal que posee toda entidad de velar por el interés público, así dentro de su régimen jurídico no posea la aplicación del Estatuto de Contratación Pública, pues *“han sido concebidas como poderes derivados de la exorbitancia reconocida a la administración pública, en el ejercicio de su función administrativa, con el fin de salvaguardar el interés público o garantizar el cumplimiento de las finalidades del Estado.”* (Osorio Moreno, 2013)

“De acuerdo con la posición mayoritariamente aceptada es la primacía del interés público implícita en la actividad contractual de las entidades públicas, la que justifica la existencia de estas prerrogativas, entendiendo que los fines perseguidos por las personas jurídicas de derecho público al celebrar cualquier tipo de negocio jurídico de esta naturaleza son idénticos a los que busca en cualquiera de sus actividades: el interés general, la satisfacción de las necesidades de la población, la constante y adecuada prestación de los servicios públicos, entre muchas otras (Constitución Política de Colombia, artículos 1, 2 y 209); y que resultan de acuerdo con esta línea de pensamiento, diferentes a los procurados por los particulares cuando efectúan este clase de acuerdos.” (C.E. Sección Tercera, 2 mayo 2016, D. Rojas, C.I. 31430)

La doctrina concluye que *“las cláusulas excepcionales al Derecho común son prerrogativas que ostenta la administración pública, dentro de la relación jurídica contractual, y que conllevan a privilegiar a uno de los sujetos de la relación negocial, bajo criterios de interés público o por decisión del legislador”* (Osorio Moreno, 2013), pues cabe anotar que las mismas por estar consagradas expresamente en la Ley, previamente a la celebración del contrato se puede concluir que no corresponden al *“ejercicio del principio de autonomía de las partes, sino a la aplicación del*

principio de legalidad” (Osorio Moreno, 2013) y conforme al principio de autotutela estudiado corresponde una manifestación expresa del privilegio de previo que conlleva el mismo.

Estas disposiciones contractuales “otorgan ostensibles ventajas a uno de los extremos de la relación jurídica, (entidades públicas contratantes), se conciben también como uno de los medios de control con los que cuentan dichas entidades para ejercer el control y vigilancia en la ejecución de los contratos estatales, en procura de dar cumplimiento al objeto contractual”. (Betancour Hincapie, Londoño Muñoz, & Munera Rondon, 2017)

En suma, es pertinente señalar que las cláusulas excepcionales, en su dimensión de facultades propias de la Administración estatal para el control de la actividad contractual pública, tienen unas notas características que según el Consejo de Estado resumen en:

“(i) se manifiestan como ejercicio del poder público con el propósito de garantizar la efectiva prestación de los servicios públicos a cargo del Estado; (ii) significan ciertas restricciones a la libertad negocial en los contratos que se celebran entre el Estado y los particulares, fundamentadas en los conceptos de orden público e interés general; (iii) se enmarcan dentro de los medios que pueden utilizar las entidades estatales para lograr el cumplimiento del objeto contractual, por lo cual se afirma que constituyen un medio de control para la ejecución del contrato estatal; y (iv) son expresión del principio de legalidad, ejercidas en el marco de la juridicidad que caracteriza la función administrativa en el desarrollo de la contratación pública” (C.E. Sección Tercera, 2 mayo 2016, D. Rojas, C.I. 31430)

Entonces “lo que comúnmente se llaman cláusulas excepcionales son en realidad verdaderas prerrogativas extracontractuales de la administración, que nacen de la ley y que son previas al

contrato estatal o administrativo, pues al emana de la posición jurídica de la administración pública y no del contrato” (Escobar Gil, 2003) y por tanto a través de las mismas se le otorga a las

“entidades públicas contratantes, privilegios, que le permiten desarrollar ciertas actuaciones unilaterales, con la potestad de hacerlas cumplir oficiosamente; es decir, sin necesidad de acudir a la jurisdicción contencioso administrativa, amparada en el principio de la ejecución oficiosa de los actos administrativos.” (Guecha Medina, 2006)

Entonces, es valedera la apreciación que presenta Guacha, quien después de realizar un análisis de las cláusulas excepcionales en el derecho francés, español y su corolario en el derecho colombiano, concluye que *“en los contratos administrativos o estatales existen dos clases de cláusulas: las que provienen del acuerdo de las partes y las que se derivan de la ley; las primeras acorde a lo indicado en el artículo 1501 del Código Civil (de su esencia, naturaleza y accidentales) y las segundas se determinan por las potestades de la Administración; que si tenemos en cuenta, y como lo hemos afirmado, dependen de la ley”* (Guecha Medina, 2006) En todo caso, bajo los principios estudiados existe autorización legal para la inclusión de las cláusulas excepcionales teniendo en cuenta la naturaleza de las mismas y de las empresas ESPD OFICIALES.

Y en cuanto a las cláusulas de terminación unilateral, las multas, cláusula penal y las garantías de cumplimiento,

“actúan como mecanismo de presión en los contratantes que se verán impulsados a la debida ejecución de las obligaciones a su cargo y abren la puerta de la solución directa de los conflictos suscitados con ocasión del contrato, de manera que puede favorecer a la descongestión de la administración de justicia, pues cuanto tiempo y dinero no podrían ahorrarse las entidades oficiales si en ejercicio de la libertad contractual regulan sus

relaciones, solucionan convencionalmente los conflictos y reconocen directamente los mayores costos que en forma justa y equitativa se deban a los contratistas” (Matallana Camacho, 2009)

Estas estipulaciones no son ilícitas, no atentan a las buenas costumbres, por tanto es válida su inclusión por voluntad de las partes, y su declaración unilateral se sustenta en la facultad otorgada en el contrato.

Además

“los privilegios jurídicos de una de las partes de las contratantes no se derivan tan solo de la ley. La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia brinda ejemplos muy significativos de la amplitud de la autonomía de las partes en este sentido. El juez debe respetar lo que ha sido convenido pro las partes, aunque ello implique la consagración de una marcada desigualdad jurídica entre ellas.” (Benavides J. , 2002)

En conclusión, analizado el principio de autotutela administrativa, y teniendo en cuenta que las cláusulas excepcionales son prerrogativas a favor del Estado, bajo el amparo de dicho principio, no debe privarse de estas prerrogativas a las entidades que cuentan con un régimen especial de contratación, pues no se debe desconocer la naturaleza pública de una de las partes contratantes. Pero adicionalmente, en gracia de discusión, este tipo de prerrogativas se pueden incluir como cláusulas especiales (accidentales) del contrato, con base en la autonomía de la voluntad de las partes, como se hace con cláusulas como la liquidación unilateral, terminación unilateral, condición resolutoria tácita, multas, cláusula penal pecuniaria, entre otras que tienen sustento legal en el Código Civil y de comercio.

Esto no es lejano a lo que el legislador pretendió en la Ley 80 de 1993, en la que se evidencia que se pretendía aplicar conceptos de derecho privado dentro del contrato estatal que lo debe regir la autonomía de las partes (art. 13 y 14 ley 80), con las restricciones legales que puedan existir para velar por el interés público.

No se debe limitar la aplicabilidad de prerrogativas del Estado, pues

“No es posible concebir la contratación pública sin el fundamento de la satisfacción del interés general, por lo que se presenta como extraño que el Estado pierda sus prerrogativas cuando es parte del correspondiente contrato, e igualmente no es factible concebir al estado e absoluta igualdad con un particular” (Cohecha Leon , 2016)

Por lo que no se puede desconocer que las prerrogativas que surgen por el principio de autotutela administrativa, creadas por el legislador, son aplicables a todas las entidades del estado, así cuenten con régimen jurídico distinto, como es el caso de las ESPD oficiales.

3. Pueden emitir actos administrativos para definir relación contractual, declarar incumplimientos y sancionar al contratista incumplido.

El principio de autotutela administrativa, que fundamenta las prerrogativas que posee el Estado, blinda a todas y cada una de las entidades de naturaleza pública que hacen parte de la estructura del Estado, incluyendo aquellas que poseen un régimen especial para el desarrollo de su actividad, pues este principio no hace distinción alguna con el régimen jurídico de las entidades sino se relaciona a su naturaleza pública y la finalidad que deben cumplir las mismas.

Una de las clases del principio de autotutela administrativa es la conservativa, a través de la cual se protege una situación en pro del interés general, y la cual va muy ligada a la declarativa, que se refiere a la presunción de legalidad de los actos administrativos.

Las entidades públicas pueden tomar decisiones mediante actos administrativos, que es una forma del ejercicio de la actividad administrativa y según Berrocal “se convierte en el medio o instrumento de gestión administrativa por excelencia que corresponde un privilegio de la decisión previa del Estado, con el cual emite razonamientos concretos sobre un caso particular y por tanto es garantía para los particulares y evidencia para el control de legalidad posterior al que están sometidos los actos administrativos” (Berrocal Guerrero, 2014)

Una prerrogativa especial, es auto gestionar la relación contractual y por ende realizar pronunciamientos a través de actos administrativos, que tienen su fundamento en el contrato y la misma ley, pues no debe perderse de vista que en materia civil se cuenta con “el principio jurídico supremo del cual emana todo el derecho de las obligaciones convencionales y señala que la finalidad económico–social del contrato lleva implícita el cumplimiento de las estipulaciones en él pactadas. Por tanto los contratos se celebran para cumplirse y, por ello, son ley para las partes.” (C.S.J. SC11287-2016, A. Salazar.) Esto afín al artículo 1602 del Código civil y artículo 864 del Código de Comercio.

Esta prerrogativa visualizada con la expedición de un acto administrativo dentro de la relación contractual tiene su “*fundamento ... en garantizar el éxito del proyecto contratado y la satisfacción del interés general*” (Cohecha Leon , 2016), pero además, no existe otra forma para que las entidades públicas se manifiesten, por lo que es necesario que todo pronunciamiento de la administración, así sea en virtud de la relación contractual sea expresado a través de un acto

administrativo que debe cumplir con cada uno de los atributos que le corresponden según la doctrina.

Doctrinariamente se han definido como actos administrativos contractuales a *“toda decisión unilateral de la entidad contratante que se profieren dentro de la vigencia de un contrato y con ocasión a su ejecución, que crea, modifica o extingue una situación jurídica dentro del desarrollo del contrato”* (Berrocal Guerrero, 2014, pág. 203), por tanto estos actos son expedidos después de la celebración del contrato, y no se separan al negocio jurídico.

Toda entidad estatal sin importar su régimen jurídico, cuenta con la prerrogativa de expedir actos administrativos. En materia contractual esta prerrogativa se evidencia en las etapas de ejecución del contrato y post contractual.

Uno de los actos administrativos que se pueden expedir, es aquel que corresponde a la liquidación unilateral de un contrato. La liquidación promueve la terminación de un vínculo contractual, haciendo un balance financiero y administrativo (Muñetón Londoño, 2016), pero no siempre es posible adelantarla de mutuo acuerdo, por lo que es necesario que las ESPD OFICIALES establezcan en sus manuales de contratación la liquidación unilateral, y se incluya como cláusula accidental o especial en cada contrato.

Esta cláusula, es requerida para finalizar el negocio jurídico, pues las ESPD OFICIALES no deben tener contratos indefinidos. Sin embargo, la misma no necesariamente debe adelantarse en los términos que indica la Ley 80, por lo que es un asunto que debe autorregular la entidad teniendo en cuenta la jurisprudencia referente a la caducidad del medio de control de controversias contractuales.

Otra manifestación de esta fortaleza de la autotutela administrativa, se evidencia en la declaratoria del incumplimiento del contrato, que tiene como fin declarar el siniestro de las pólizas que amparan el mismo, y que se derivan del contrato de seguro.

En materia de contratación estatal pura, para afectar el contrato de seguro, es necesario el hecho de incumplimiento más “el acto administrativo que expide la entidad estatal declarando la ocurrencia del riesgo”, (se expide el acto ante la caducidad y/o aplicación de multas), pues para que el siniestro se consolide plenamente a la vida jurídica y adquiera firmeza, se requiere que el acto administrativo que declare el incumplimiento sea notificado al contratista y a la compañía aseguradora, respetando el debido proceso conforme al procedimiento reglado en la Ley 1474 de 2011 art. 86. (Cohecha Leon , 2016)

Este mismo trámite es aplicable a aquellas entidades del estado que cuentan con un régimen especial, puesto que pese a que inicialmente se dudaba sobre su aplicación, el Consejo de Estado ha ratificado en diferentes años, su posición que la declaratoria de incumplimiento y configuración de siniestro, es una facultad no prevista únicamente en el estatuto contractual, sino que se deriva de la reglamentación del anterior Decreto 01 de 1984, hoy Ley 1437 de 2011, que reglamente las actuaciones de la administración y de la Jurisdicción Contencioso Administrativa., por lo que exponía:

“Aquí surge el primer interrogante. ¿Podía la entidad contratante declarar en forma unilateral la ocurrencia del siniestro? Para la Sala la respuesta es afirmativa, por cuanto la administración tenía la facultad para hacerlo unilateralmente luego de la terminación y liquidación del contrato. Facultad que se derivaba no sólo de la póliza que garantizó la estabilidad de la obra (cláusula 4ª ord 1º) y de lo dispuesto en las resoluciones de la Contraloría General de la

Nación que señalaban las bases que debían cumplir en aquél entonces las pólizas de seguro de los contratos estatales (Resoluciones #s 10500/84, 10610/84 y 10756/84), sino, primordialmente, de lo que prevé en el 5 del art 68 del c.c.a. cuando dispone que prestarán mérito ejecutivo las demás garantías que a favor de las entidades públicas se presten por cualquier concepto, las cuales se integrarán con el acto administrativo ejecutoriado que declare la obligación”. (C.E. sección tercera, 10 de julio de 1997, C. Betancur C.I. 9286)

Entonces, la declaratoria de un siniestro a través de un acto administrativo unilateral no es “producto del ejercicio de los poderes exorbitantes, sino un privilegio administrativo de naturaleza diferente. De hecho, su origen no se encuentra en la ley de contratación estatal, sino en el Código Contencioso Administrativo.” (C.E. Sección Tercera, 21 de marzo de 2007, A. Hernández, C.I. 29.102). Por tanto, el Consejo de Estado, justifica su aplicabilidad en el principio de la autotutela administrativa, específicamente en el privilegio de la decisión previa, al cual se le hizo análisis en el primer capítulo del presente trabajo, pero que dada la importancia en el ítem estudiado es necesario traer a colación el siguiente pronunciamiento, que liga la facultad de imponer el siniestro con la aplicabilidad del este principio:

“Es en el privilegio de la decisión previa ejecutividad (autotutela administrativa) que ostenta la administración en todas sus relaciones jurídicas de donde deriva la potestad de declarar unilateralmente el incumplimiento de las obligaciones del contratista y de ordenar la efectividad de las garantías, sin la aquiescencia previa del asegurador y sin necesidad de acudir al juez del contrato mediante la expedición de un acto administrativo, con lo que técnicamente se configura el siniestro. (...) De manera que la administración

pública al celebrar contratos con los particulares (siempre para la satisfacción del interés público) actúa revestida de las prerrogativas que ordinariamente ostenta en el ejercicio de sus funciones, de las cuales no se despoja en la gestión contractual; privilegio que no tiene su fundamento en la lex contractus, ni en la naturaleza intrínseca del contrato administrativo, sino en los atributos propios de la administración pública inherentes al imperium del Estado, que le confieren una supremacía jurídica en todas sus relaciones jurídicas. Si el fin de todo contrato estatal es el interés público (art. 3º ley 80 de 1993), tiene justificación esta supremacía frente al interés privado que persiguen los particulares que negocian con el Estado; de ahí que esté dotada de diversos instrumentos que le permitan asegurar la realización de sus fines institucionales, tal como la decisión unilateral y ejecutoria en la cual ejerce directamente las potestades y derechos derivados de la ley y del contrato. (...) La llamada potestad de autotutela declarativa se materializa en actos administrativos que como tales gozan de la presunción de legalidad y son de obligatorio cumplimiento para el contratista, quien si está inconforme con ellos tiene la carga de impugnarlos, ya sea ante la misma administración, ya sea ante el juez del contrato. Este principio se encuentra consagrado con carácter general en el artículo 64 del Código Contencioso Administrativo y constituye la prerrogativa de poder público que por excelencia tiene la administración en todas las relaciones jurídicas en las que es parte, tanto en las de naturaleza extracontractual como en las contractuales, en las cuales se aplica en virtud del art. 77 de la Ley 80 de 1993 que expresamente incorpora a la gestión contractual pública las normas que rigen el ejercicio de la función administrativa. (...) Vale la pena aclarar que este privilegio tiene un contenido eminentemente formal, en tanto incide exclusivamente en el ejercicio de las potestades y derechos de la administración, ya

que exime a las entidades públicas de la carga de acudir a la justicia administrativa para obtener el reconocimiento y efectividad de sus pretensiones, sin afectar las reglas de fondo propias del contrato y permaneciendo inalterables los principios y las normas que gobiernan las relaciones jurídicas contractuales". (C.E., sección tercera, 24 de mayo de 2001, R. Hoyos C.I. 13598)

En este sentido, la declaratoria del siniestro es una facultad derivada de las funciones administrativas y tiene su sustento en el artículo 68 del anterior CCA, hoy artículo 99 del CPACA y es dada de manera amplia por parte del legislador a todas las entidades públicas,

"Sin que el régimen jurídico de la relación contractual que se asegure afecte su aplicación, en tanto la ley no lo distingue así,... porque... se derivan de la naturaleza jurídica pública de la entidad contratante y de los poderes de que la ley la inviste... razón por la cual, esta corporación ha concluido que las entidades estatales dentro de sus contratos de derecho privado ostentan la facultad de declarar la ocurrencia del siniestro". (C.E. sección tercera, 13 de noviembre de 2014, R. Pozos Guerrero, C.I. 26901)

Así mismo ha indicado que la administración puede ejercer esta facultad "después de la ejecución de contrato e incluso después de su liquidación" (Benavides J. , 2002)

En todo caso ha sido reiterada esta posición jurídica, dándole aplicabilidad al principio de autotutela administrativa por lo que *"la entidad pública contratante debe declarar la ocurrencia del siniestro afectando los amparos correspondientes mediante acto administrativo, con el objetivo de alcanzar el cumplimiento de los fines de la contratación administrativa, incluso adelantando la tasación del perjuicio correspondiente y valorando las pruebas que haga la*

contraparte” (C.E. sección tercera, 29 de julio de 2015, J. Santofimio C.I. 40271), pues se debe tener en cuenta que cuando se declara el siniestro el riesgo ya se produjo, por tanto es un requisito para su reclamación manifestarlo mediante acto administrativo durante la vigencia de la póliza que pretende afectar para obtener la indemnización y correspondiente pago una vez agotado el trámite de cobro establecido por la Ley. (C.E. sección tercera, 3 de mayo de 2011, R. Hoyos C.I. 12724)

Esto tiene su lógica, en el sentido que todo acto administrativo, debe salvaguardar el debido proceso y tener su sustento en una ley de existencia previa, que puede ser objeto de revisión ante la Jurisdicción Contenciosa Administrativa (C.E. Sección tercera, 19 de julio de 2017, J. Santofimio C.I. 57394).

Es decir que mediante la declaratoria de incumplimiento del contrato, se hacen efectivas las pólizas que amparan el mismo. Pero esta declaratoria de incumplimiento que debe conservar el debido proceso del contratista, (ver límites del principio de autotutela administrativa, capítulo primero), no solo debe considerarse para vincular el garante del contrato estatal, sino también para declarar la ocurrencia y tasación de multas o la cláusula penal pecuniaria pactada dentro de los contratos y que tienen su sustento legal en el Derecho civil y comercial, por lo que entra a estudiarse lo referente a este tipo de sanciones.

Estas son sanciones pecuniarias no resolutorias o no derivadas de resolución contractual, “cuya finalidad no es la terminación de un vínculo contractual, sino compeler al contratista para que corrija sus conductas no diligentes y que se ajuste a las exigencias del objeto específico del contrato” (Cohecha Leon , 2016)

“La multa contractual tiene como función primordial compeler al contratista incumplido para que se allane a ejecutar la prestación parcialmente incumplida, es decir tiene una finalidad eminentemente conminatoria para constreñir o apremiar al contratista, después

de que se verifique el acaecimiento de incumplimientos parciales durante el plazo contractual” (Muñetón Londoño, 2016)

La cláusula penal pecuniaria, definida como “*aquella en que una persona, para asegurar el cumplimiento de una obligación, se sujeta a una pena que consiste en dar o hacer algo en caso de no ejecutar o retardar la obligación principal...*” (C.C. art. 1592), tiene su aplicabilidad en el derecho privado, y surge como una obligación accesoria, porque está supeditada a la no satisfacción de la obligación principal, y que es eminentemente accidental, pues no se entiende envuelto en ningún tipo de negocio jurídico, ni implica la resolución del vínculo contractual (Cohecha Leon , 2016), por lo que se puede fijar e imponer proporcionalmente conforme al porcentaje del incumplimiento, dadas las directrices del código civil (C.E. sección tercera, 13 de diciembre de 2008, R. Gil , C.I. 17009)

Este tipo de cláusulas, “establecidas en el código civil y acogidas por el derecho público bajo el precepto de incluir la autonomía de la voluntad como principio esencial de la contratación estatal” (Palacio Jaramillo, 2004), son un tipo de sanción pecuniaria y por tanto tiene validez para ser impuestas vía administrativa, (Escobar Gil, 2003) máxime si se tiene en cuenta que la administración puede aplicar “*sanciones con ocasión de los poderes que el ordenamiento jurídico le otorga para garantizar el cumplimiento de los deberes de los administrados y para lograr la satisfacción del interés general.*” (Morales Castro, 2012)

La aplicación de estas sanciones pecuniarias por las entidades públicas con régimen especial de contratación, ha sido objeto de diferentes tesis a favor y en contra (Grueso Rodriguez, 2011), por lo que al estudiar las mismas se encuentra jurisprudencia en ambos sentidos. Sin embargo es bueno resaltar que el Consejo de Estado validó la inclusión de multas y cláusula penal pecuniaria, así

como su imposición unilateral por una de las partes, considerando que éstas de mutuo acuerdo lo pactan en el contrato, y es viable que dentro del mismo, en el cual se regula la relación contractual, se fijen “mecanismos de presión en los contratantes que se verán impulsados a la debida ejecución de las obligaciones a su cargo y abren la puerta de la solución directa de los conflictos suscitados con ocasión del contrato, de manera que puede favorecer a la descongestión de la administración de justicia.” (C.E. sección tercera, 17 de agosto de 2016, J. Santofimio C.I. 41.783)

Pero en todo caso, conforme al Consejo de Estado, que tiene en cuenta esta regulación del derecho francés, esta cláusula en el contrato debe ser muy clara en cuanto al tipo de incumplimiento que le son aplicables las mismas, y queda claro que las mismas por ser expedidas mediante acto administrativo, tiene control de legalidad ante la JCA. (C.E. Sección Tercera, 20 de febrero de 2017, J. Santofimio C.I. 56.562.)

Textualmente indica:

“Ahora, los actos administrativos expedidos unilateralmente por alguna de las partes en la ejecución de un contrato estatal, difieren de aquellos actos contractuales que se emiten en un contrato del Estado que se rige por normas de derecho privado en ejercicio de facultades otorgadas por las mismas partes, pues tal como se señaló en líneas precedentes la expedición de aquellos se produce como consecuencia de las prerrogativas previamente dispuestas en la ley y, en cambio la emisión de los otros se funda en la autonomía dispositiva y no comporta el ejercicio de una potestad excepcional al derecho común. Así las cosas, teniendo en cuenta que los actos que se expiden con fundamento en facultades otorgadas por las partes en el pacto negocial, cuyo régimen es el de derecho privado, se constituyen en meros actos contractuales, el control judicial que se realice de los mismos

debe darse a través del análisis del comportamiento contractual, más no por vía de nulidad.”. (C.E. Sección Tercera, 20 de febrero de 2017, J. Santofimio, C.I. 56.562.)

Además, no se debe desconocer que existen mecanismos en el derecho privado como la compensación que permite que dentro del proceso contractual se solucionen deudas entre las partes, por tanto la inclusión de estas cláusulas e incluso su imposición pro vía administrativa por parte de la ESPD OFICIAL, por lo que es viable jurídicamente si se incluyan éstos dentro del contrato.

Lo anterior, considerando que, jurisprudencialmente se ha indicado que el principio de legalidad posee una matiz o variante distinta, que implica coherencia y unificación con el principio de autonomía de la voluntad de las partes, y por tanto debe revisarse las autorizaciones que otorga la Ley, y el contenido del contrato, sin que la primera sea exclusiva en materia contractual. (C.E. sección tercera, 13 de diciembre de 2008, E. Gil, C.I. 17009)

En conclusión, estas cláusulas que no son resolutorias del contrato, pero enmarca un dinamismo de la actividad contractual y por tanto las partes las pueden incluir en el mismo, es válido que de mutuo acuerdo fijen unos parámetros de aplicabilidad y que se pacte que la entidad estatal las podrá imponer mediante acto administrativo, acogiendo los principios de debido proceso, proporcionalidad y demás que le corresponden conforme a la ejecución del contrato.

No se puede privar a una entidad estatal de privilegios que son propias de ellas, por tanto, es permitido que las ESPD OFICIALES profieran actos administrativos imponiendo una multa o sanción pecuniaria, bajo los parámetros legales (ley y contrato), por ser una facultad de la administración amparada en el CPACA, normatividad que también reconoce los atributos de los actos administrativos de ejecutividad y ejecutoriedad.

En todo caso, en caso de inconformismo estos actos administrativos son de control judicial, como lo ha manifestado el Consejo de Estado al indicar que

“(...) la demanda contra los actos contractuales proferido en ejercicio de sus facultades convencionales por una entidad pública que se rige por el derecho privado, debe incoarse por el incumplimiento del contrato y no por nulidad del acto, ya que con su expedición se habrá vulnerado una norma convencional que no legal, aunque la jurisdicción competente para conocer el litigio(sic) seguirá siendo la contenciosa administrativa, en atención a la naturaleza pública de la entidad contratante (criterio orgánico)” (C.E.Sección Tercera, 20 de febrero de 2017, J. Santofimio C.I. 56.562.),

4. Permite la ejecución de oficio de los actos administrativos expedidos por la ESPD OFICIAL.

Recordando lo indicado en el primer capítulo de este trabajo, el privilegio derivado del principio de autotutela administrativa denominado “de la ejecución de oficio”, corresponde a la facultad con la que cuenta la administración para hacer cumplir sus decisiones directamente sin acudir a un tercero. Dicho privilegio tiene su sustento en el artículo 89 del CPACA, que trata de la firmeza de los actos administrativos, y como se indicó busca no paralizar las actuaciones de la administración, que deben promover el cumplimiento de los fines del Estado.

Entonces, a raíz del privilegio a la ejecución de oficio las entidades estatales, sin importar el régimen jurídico que posean, pueden ejecutar el acto administrativo conforme procedimiento establecido en el CAPCA, “sin necesidad de acudir a un tercero (juez)” (Rico Puerta , 2013).

Los actos administrativos de contenido individual poseen unas características u atributos, entre los que se encuentra su carácter ejecutivo y ejecutorio. Esto se

“traduce en una manifestación de voluntad con fuerza ejecutiva, lo que implica para las autoridades la generación, por consecuencia, de obligaciones unilaterales o de realización de operaciones materiales indispensables con el propósito de hacer eficaz o ejecutorio en el ámbito externo de la administración lo dispuesto en el acto correspondiente” (C.E. sección tercera, 3 de diciembre de 2015 J. Santofimio C.I. 50464),

La ejecutividad, sirve de fundamento para que tanto particulares como la entidad adelanten acciones y actividades coercitivas necesarias para su cumplimiento, y la ejecutoriedad o fuerza de ejecutoria amparado en el artículo 89 del CPACA implica que la administración puede adelantar directamente las acciones necesarias para su cumplimiento, lo que fundamenta la jurisdicción coactiva (Berrocal Guerrero, 2014).

Aunque existe una amplia controversia sobre la definición de cobro coactivo, puesto que jurisprudencial y doctrinariamente confundían la misma con el ejercicio de una función jurisdiccional o una administrativa, y existen tesis en ambos sentidos (Quintero Chinchilla , 2015), recientemente se ha tomado la postura que el cobro coactivo es una potestad administrativa y no el ejercicio de una función judicial (Cohecha Leon , 2016), que tiene *“su respaldo Constitucional en la prevalencia del interés general, dado que dicha facultad constituye uno de los presupuestos materiales para que el Estado cumpla con el desarrollo de sus fines.”* (Parra Ortiz, 2010)

Es por ello que *“la denominada ‘jurisdicción coactiva’, es decir, la facultad para definir situaciones jurídicas sin necesidad de acudir a la acción judicial (autotutela ejecutiva), se*

enmarca dentro de la órbita de la función administrativa cuyo objetivo es lograr el cumplimiento de una obligación tributaria en sede administrativa” (C. Const. C-649-2002, E. Montealegre)

Esta posición es acorde con el principio de autotutela administrativa, y ha sido ratificada por diferentes pronunciamientos de las altas cortes que han reconocido a la “Jurisdicción Coactiva como el privilegio exorbitante que tiene la administración a partir del cual se entiende que las acreencias públicas están amparadas por un privilegio general de cobranza” (Parra Ortiz, 2010)

Ahora bien, considerando que el principio de legalidad es un límite del principio de autotutela administrativa para las altas cortes ha sido claro que para ejercer esta facultad debe existir una ley expresa que le otorgue la misma a la entidad pública, pues “el legislador cuenta con la discrecionalidad para definir los procedimientos en los cuales deben someterse las autoridades del estado y los contribuyentes.” (Parra Ortiz, 2010)

Por ejemplo, en el articulado original de la Ley 80, no se encontraba preestablecida la facultad de cobro coactivo de las sanciones impuestas en la ejecución de un contrato, por lo que existieron muchos fallos declarando la nulidad de los actos administrativos que declaraban unilateralmente las multas y adicionalmente las ejecutaban directamente, pues esto no se encontraba taxativamente en la ley, como si estaba el cobro coactivo para las cláusulas excepcionales declaradas (C.E. Tercera, Rincón Hernán, 30 abr. 2014 CI No. 27096).

Esto cambió con la Ley 1150 que indicó expresamente la facultad de imponer directamente las sanciones y además cobrarla a través de la compensación, hacer efectiva la garantía o la jurisdicción coactiva, (art. 17), que permite hacer efectiva directamente dicho cobro, o acudir al Juez del contrato, y mejoró con el procedimiento establecido en el art. 86 de la Ley 1474 que superó los vacíos con los que contaban las entidades del estado para ejercer su prerrogativa.

No obstante, la figura cambiaba en cuanto a las entidades públicas con régimen privado de contratación como las ESPD OFICIALES, que aunque por ejemplo como se indicó anteriormente se reconocía la facultad de declarar mediante acto administrativo el siniestro, para realizar el cobro si deben acudir al juez del contrato ante la JCA.

Así lo ha indicado el Consejo de Estado:

“De modo que la derogatoria ocurrida, según lo entendió entonces la Sala, se circunscribe a la atribución de competencias, para los procesos ejecutivos a la jurisdicción contencioso administrativa, despojando de la misma a la jurisdicción coactiva, pero no se extiende a la posibilidad de dictar los actos administrativos a que dicha norma se refiere, ni a la conformación del título ejecutivo; luego el numeral 4 del artículo 68 sigue vigente, en cuanto al hecho de que indiscutiblemente los actos allí relacionados prestan mérito ejecutivo, pues esto no contraviene la ley 80 de 1993, luego no se ha operado una derogación tácita en este sentido; lo que sí quedó derogado fue el hecho de que dichos actos presten mérito ejecutivo por jurisdicción coactiva, pues el artículo 75 de la ley 80 ha dispuesto que los procesos de ejecución, derivados de los contratos estatales, sean de conocimiento de la jurisdicción contencioso administrativa.”(C.E. sección tercera, 14 de abril de 2005 C.I. 1250)

Es decir, que el cobro de lo sancionado “no podrá tramitarse mediante el procedimiento de la jurisdicción coactiva” sino mediante el proceso ejecutivo ante la jurisdicción contenciosa administrativa. (C.E. sección tercera, 24 de agosto de 2000, J. Carrillo, C.I. 11318)

Pero esta posición con la Ley 1437, debe cambiar, pues el legislador bajo el amparo del principio de autotutela administrativa indicó que la facultad de cobro coactivo corresponde a todas

las entidades públicas que ejercen funciones administrativas sin importar su régimen jurídico y por ello indicó:

“Artículo 98. *Deber de recaudo y prerrogativa del cobro coactivo.* Las entidades públicas definidas en el párrafo del artículo 104 deberán recaudar las obligaciones creadas en su favor, que consten en documentos que presten mérito ejecutivo de conformidad con este Código. Para tal efecto, están revestidas de la prerrogativa de cobro coactivo o podrán acudir ante los jueces competentes.”(L. 1437/2011 Art. 98)

Y según dicha normativa es entidad estatal “todo órgano, organismo o entidades estatal, con independencia de su denominación, e incluso toda sociedad, empresa o ente con participación igual o superior al 50%”, (L. 1437/2011 art. 104) descripción que incluye las ESPD OFICIALES, conforme lo desarrollado en su naturaleza.

Es decir que, en virtud de la inclusión del procedimiento de cobro coactivo en el CPACA, existe autorización legal previa (privilegio de lo previo) que faculta a las ESPD OFICIALES no solo a declarar el incumplimiento del contrato, sino además ejercer la facultad de cobro coactivo de las sumas a su favor, conservando el derecho al debido proceso, en los parámetros del estatuto tributario y el CPACA (art. 100 Ley 1437 de 2011).

La aplicabilidad de este procedimiento, cuenta con el mismo sustento expuesto por el Consejo de Estado para permitir la declaratoria del siniestro, mediante acto administrativo.

Esto sin duda, fortalece la gestión contractual de las ESPD OFICIALES, puesto que sobre ellos recae la obligación de conservar y salvaguardar los recursos públicos, situación que se veía limitada al evidenciarse que jurisprudencialmente solo se reconocía la facultad expresa de cobro

coactivo referente a las deudas que se derivaban de los conflictos con los usuarios en virtud de su contrato de condiciones uniformes.

En conclusión, la prerrogativa de ejecución de oficio, permite que la ESPD OFICIAL directamente ejecute los incumplimientos de sus contratistas, que fueron declarados mediante actos administrativos, pues debe promover el cumplimiento de sus actos, y por tanto debe prever el procedimiento y responsabilidades de los servidores sobre los que recae este trámite.

Lo anterior permite reiterar que el principio de autotutela administrativa, le otorga las mismas prerrogativas a las entidades del estado independiente su régimen jurídico, y aunque la jurisprudencia y la doctrina por la autonomía de la voluntad ha permitido incluir unas cláusulas accidentales del contrato, este no debe ser la única razón para hacer uso de las prerrogativas propias del principio estudiado, pues el fundamento real depende de la naturaleza de las partes, y no se puede desconocer que una de ellas es una entidad estatal, que cuenta con función administrativa (art.209 C.P.) y debe cumplir con los fines del Estado, concepto que va íntimamente ligado con la prestación del servicio público. (Benavides J. , 2002)

**CAPITULO IV. OBSTÁCULOS DEL PRINCIPIO DE AUTOTUTELA
ADMINISTRATIVA EN LA CONTRATACIÓN ESTATAL QUE GESTIONAN LAS
ESPD OFICIALES.**

Para estudiar este capítulo, es necesario recordar lo estudiado en el capítulo primero del presente trabajo referente a los límites de la autotutela administrativa, con los cuales se garantiza que la administración no sea arbitraria con sus administrados, razón por la cual toda prerrogativa con la que cuenta la administración debe estar amparada en el principio de legalidad y su aplicabilidad debe garantizar el debido proceso.

“El principio de legalidad es base fundante de un Estado de Derecho como el nuestro. Es por intermedio de la ley que se otorgan a la administración una serie de potestades, las cuales el legislador ha hecho recaer en ella, con base en su libertad de configuración legislativa, pensando en el correcto desenvolvimiento del Estado. Así las cosas, las potestades de la administración están previamente atribuidas por la ley. En otras palabras, sin un señalamiento legal previo, la administración no puede ejercer potestad alguna. Pues bien, los efectos jurídicos de estas potestades de la administración recaen sobre los administrados quienes deben soportarlos.” (C. Const. Sentencia C-060/05 J. Araujo)

“El contrato estatal debe someterse a la constitución, la Ley y el Reglamento” (Lamprea Rodriguez, 2007), por tanto su celebración debe adelantarse conforme a los procedimientos que

establezca el legislador, para las entidades estatales. Pero el principio de legalidad, además conlleva el principio de taxatividad de las normas que “es tradicionalmente entendida como la obligación de formular normas precisa” (Navarro & Manrique, 2005), y que es exigido en el derecho penal y el derecho sancionador administrativo.

Teniendo de precedente estos principios, el proceso de transición de un estado de derecho donde impera únicamente la Ley a uno social de derecho que se centra en la dignidad humana, ha sido lento en cuanto a su manifestación dentro de las actuaciones administrativas y judiciales, pues el servidor público siempre vela por actuar conforme a la literalidad de las normas, cuestión obligatoria en materia penal, pero que en otras áreas de derecho la interpretación de las mismas debe tener una connotación mayor, acorde a la naturaleza de las entidades y los principios constitucionales.

“El sistema jurídico colombiano se ha caracterizado por su formalismo frente a las fuentes del derecho. Es así como se ha entendido y asumido que la responsabilidad del juez consiste solamente en aplicar la ley, toda vez que la creación de la misma le corresponde únicamente al legislador.” (Vargas Florian, 2018)

Es por ello que el principal obstáculo que se presenta dentro de la gestión contractual de las ESPD OFICIALES, es la falta de regulación legislativa en la materia, puesto que el no poseer una directriz clara y que no permita interpretación, genera inseguridad jurídica, para las entidades y operadores judiciales quienes dirimen los conflictos bajo ópticas distintas a la naturaleza jurídica ya determinada. .

La inseguridad jurídica se presenta, en la aplicabilidad de las normas contractuales que por regla general poseen las entidades estatales y las fijadas expresamente para ESPD, lo que genera obstáculos en la aplicabilidad de las prerrogativas que conlleva el principio de autotutela administrativa, puesto que el mismo va directamente relacionado con el principio de legalidad.

A continuación se adelantará un análisis de los obstáculos que se presentan en la gestión contractual de las empresas estudiadas.

1. Su autonomía de regulación interna en materia de contratación, debe ser acorde a los lineamientos expedidos por Colombia Compra Eficiente.

La Agencia Nacional de Contratación Pública -Colombia Compra Eficiente-, fue creada para regular y unificar toda la contratación pública, (Dcto 4170/2011 Art. 2) que suscribe las entidades del Estado, por su naturaleza, sin importar su régimen jurídico contractual.

Para esto debe:

“diseñar e implementar los siguientes instrumentos estandarizados y especializados por tipo de obra, bien o servicio a contratar, así como cualquier otro manual o guía que se estime necesario o sea solicitado por los partícipes de la contratación pública:

- 1. Manuales para el uso de los Acuerdos Marco de Precios.*
- 2. Manuales y guías para:*
 - (a) la identificación y cobertura del Riesgo;*
 - (b) la determinación de la Capacidad Residual para los contratos de obra pública dependiendo del valor de los mismos;*
 - (c) la elaboración y actualización del Plan Anual de Adquisiciones;*
 - y (d) el uso del Clasificador de Bienes y Servicios.*
- 3. Pliegos de condiciones tipo para la contratación.*
- 4. Minutas tipo de contratos.”* (art. 2.2.1.2.5.2 Dcto 1082/2015)

Con este postulado, Colombia Compra, ha emitido lineamientos que han generado un “choque” con la actividad contractual que poseen las ESPD OFICIALES, e incluso aquellas ESPD de carácter mixto, puesto que el legislador indico que lo reglamentado por Colombia es de obligatorio cumplimiento para todas las entidades del Estado, sin hacer diferenciación alguna entre sus regímenes jurídicos, por lo que orienta su actividad reglamentaria a todas las entidades.

En este sentido, se expidieron, manuales, guías y circulares externas que han fijado procedimientos para todas las entidades que hacen parte de la estructura del Estado, incluidas aquellas con régimen especial, como lo es las ESPD OFICIALES.

Así las cosas, las ESPD oficiales en su reglamentación interna les corresponde acoger estos lineamientos, por ser una disposición del legislador. Como por ejemplo las guías que indican *“el cumplimiento de todos los requisitos que exige para la estructuración y publicación del plan anual de adquisiciones, la publicación de los procesos de selección de contratistas en el Sistema electrónico de Contratación Pública SECOP , los parámetros de subsanabilidad de documentos, los pliegos tipos y contratos tipos, entre otros que se encuentran publicados en su página web de la Agencia de Contratación.”* (Colombia Compra Eficiente, 2018)

En cuanto a la aplicación de estas directrices, los órganos de control, dentro de sus auditorías internas han generado hallazgos, que han obligado a las entidades acoger los lineamientos de Colombia compra dentro de sus reglamentaciones internas a través de los planes de mejoramiento.

Dentro de las actividades que se ha generado mayor oposición por parte de las ESPD OFICIALES, ha sido lo referente a la publicación en el SECOP de los procesos de selección, que ha sido orientado a través de las circulares externas “circular No. 01 del 21 de junio de 2013 y la circular No. 20 del 27 de agosto de 2015 de Colombia Compra Eficiente”, puesto que en las

mismas se exige que para garantizar el principio constitucional de publicidad de la información, no solo debe adelantarse este proceso en las páginas web institucionales de cada entidad, sino además en el SECOP I Y II (cuando empiecen a exigirla para todas las entidades territoriales), plataforma que permite hacer contratación en línea.

Posturas de la comunidad académica han defendido la no publicación de los procesos en dicha plataforma en virtud de la reserva de la información comercial que deben tener las ESPD conforme al Código de Comercio y sentencias como C-274 de 2013 y T-181 de 2014 (Atohortua Rios, 2015), en las cuales hacen referencia a la reserva de la información en aspectos comerciales (L. 1714/2014)

No obstante, la aplicabilidad de estos lineamientos poco a poco han sido acogidos por todas las ESPD OFICIALES, pues distintas leyes han promovido la publicación de los documentos contractuales en el SECOP, concluyendo que el querer del legislador lo exige, y es éste el que determina los parámetros del régimen especial de contratación. (Art. 7 Ley 1742 de 2014, Art. 7 Decreto 103 de 2015, Artículo 2.2.1.1.1.7.1, Decreto 1082 de 2015 donde exige que todo documento del contrato y acto administrativo debe publicarse dentro de los tres días siguientes a su emisión).

Colombia Compra Eficiente mediante concepto Rad. 2201813000003389 del 23 de abril de 2018 (respuesta a consulta 4201814000002162) expedido por la Subdirectora de Gestión Contractual, reiteró la obligatoriedad de las ESPD OFICIALES y MIXTAS de la publicación en el SECOP I y II, la expedición de los manuales de contratación conforme a los lineamientos de Colombia Compra, y la aplicabilidad de los documentos tipos, puesto que para esta entidad, las *“circulares externas son actos administrativos que contienen mandatos, orientaciones e instrucciones que van dirigidas al público general o a las Entidades Estatal, y son de obligatorio*

cumplimiento siempre que hayan sido publicadas y/o divulgadas.” (Colombia Compra Eficiente, 2018) , Situación que implica que las ESPD en sus manuales de contratación no tienen libertad absoluta de autorregulación, lo que ha generado un límite a la prerrogativa otorgada por la autotutela administrativa, y en la practica un obstáculo para la gestión contractual de las entidades estudiadas, puesto que se desequilibra la actuación que deben tener estas empresas en el mercado para competir con particulares.

Ahora bien, el principio de legalidad es límite de las prerrogativas establecidas por el principio de autotutela administrativa, razón por la cual debe estudiarse todas las leyes en su integridad, pues pueden fijar parámetros claros aplicables a todas las entidades del Estado. Además no se puede desconocer la intención de Colombia Compra eficiente de regular toda la Contratación de Entidades públicas, incluidas aquellas con régimen especial, que se ha manifestado en pronunciamientos de la entidad, como por ejemplo:

“Las Entidades Estatales exceptuadas del régimen general no muestran un mejor comportamiento en términos de eficiencia, competencia y economía, y generan dificultades y costos al sector privado y a la ciudadanía, para tener claridad sobre las reglas del juego aplicables a su contratación. Colombia Compra Eficiente con base en la información registrada en el SECOP en 2014 calculó el tiempo de procesamiento de los Procesos de Contratación por modalidad de selección de contratistas. El promedio para la licitación pública es de 59 días, para todas las demás modalidades de selección de contratistas y para el régimen especial es de 38. La particularidad en el caso del régimen especial es que la desviación estándar es de 16. 2 días, mientras que en las demás modalidades es de 2. Lo anterior muestra que no hay una diferencia en términos de

eficiencia entre el régimen general y el régimen especial” (COLOMBIA COMPRA EFICIENTE, 2018)

Al respecto, vale la pena recordar que pese a que las ESPD OFICIALES, por su naturaleza jurídica ya estudiada, deben cumplir con los fines del estado, no se puede desconocer que efectúan una actividad económica que les permite cubrir sus gastos administrativos y operativos y efectuar obras que promuevan el cumplimiento de su misión institucional.

2. La prerrogativa de aplicabilidad de cláusulas excepcionales está limitada en los casos específicos que indicó el legislador.

La inclusión de cláusulas excepcionales en los contratos estatales requiere

“autorización legal para su inclusión y posterior utilización, debido a la naturaleza que tienen estas prerrogativas -por su carácter extraordinario e inusual, en relación con el derecho común-, y, de otro, porque el legislador es el único que puede disponer competencias para la expedición de actos administrativos en desarrollo de los contratos estatales, actos que, como es sabido, constituyen el mecanismo de ejercicio de las exorbitancias contractuales.”, razón por la cual *“en ejercicio de la autonomía de la voluntad privada no es posible constituir este tipo de poderes, en contratos en los que la ley no ha impartido autorización expresa, o excluirlos en los que el legislador los ha previsto como obligatorios.”* (C.E. Secc tercera M.P. M. Fajardo, C.I. 24996)

Es por ello que posiciones doctrinarias han indicado que

“El legislador es el que determina e impone, en la actividad contractual de la administración pública en Colombia, los escenarios y eventos donde procede la inclusión y aplicación de la institución de las cláusulas excepcionales al Derecho común, como se puede apreciar en el mandato contenido en el artículo 14 de la Ley 80 de 1993” (Osorio Moreno, 2013)

Bajo esta concepción, e interpretación taxativa de la norma las cláusulas excepcionales no proceden en aquellos contratos que se rigen por el derecho privado.

Por esta razón, han declarado la nulidad de contratos y actos administrativos expedidos en la ejecución de un contrato estatal que se rige por el derecho privado, por hacer uso de estas facultades preestablecidas únicamente para entidades que aplican el Estatuto general de Contratación. Esto se evidencia por ejemplo en

“sentencias del Consejo de Estado Sección 3, 16 feb. 2006, R. Saavedra Becerra; 15 nov. 2011, R. Correa Palacio; 20 feb. 2014, R. Pazos Guerrero, que apoyadas en los artículos 6, 121 y 122 de la Constitución Política —que pregonan el principio de legalidad de la administración—, ha sostenido que a las entidades estatales regidas por el derecho común les está proscrito terminar unilateralmente los contratos por ellas celebrados ya que no existe habilitación legal expresa para ello, sometiéndola a limitaciones que no tienen los particulares.” (Serrano Salomon, 2016)

Es decir que salvo que exista una “ley o norma superior” que autorice la aplicación de manera expresa y clara de las cláusulas excepcionales, las entidades con régimen privado no podrán aplicarlas (Muñetón Londoño, 2016), concepción acorde a los límites de la aplicabilidad del

principio de autotutela administrativa, pues el uso de las prerrogativas deben estar expresamente señaladas en la Ley.

Es por ello que el legislador incluyó una serie de potestades y prerrogativas para que las ESPD ya sean de naturaleza pública o privada puedan hacer uso de ellas por su naturaleza. Lo que ha respaldado la Corte constitucional al indicar que:

“Finalmente debe reiterarse lo ya sostenido por esta Corporación, en el sentido de que el otorgamiento a las empresas de servicios públicos de una gama de facultades, prerrogativas y privilegios propios de las autoridades públicas busca propiciar y favorecer la organización, el funcionamiento, la continuidad, la eficiencia y la eficacia del servicio, al amparo de la regulación, el control y la vigilancia que el Estado se reserva para sí con exclusividad, en su tarea de asegurar la prestación eficiente de dichos servicios a todos los habitantes del territorio nacional. Sentido teleológico éste que a su turno implica un permanente examen sobre el acontecer administrativo de quienes prestan servicios públicos domiciliarios, en el entendido de que ese conglomerado de atribuciones, derechos y prerrogativas de autoridad pública que pueden ejercer los agentes prestadores de dichos servicios no tiene la virtualidad de convertir en función administrativa el desarrollo ordinario de su objeto social.” (C.Const. Sentencia C- 558 de 2001, J. Araujo)

En materia de SPD, el legislador, incluyó cláusulas excepcionales así:

“Las Comisiones de Regulación podrán hacer obligatoria la inclusión, en ciertos tipos de contratos de cualquier empresa de servicios públicos, de cláusulas exorbitantes y podrán facultar, previa consulta expresa por parte de las empresas de servicios públicos domiciliarios, que se incluyan en los demás. Cuando la inclusión sea forzosa, todo lo

relativo a tales cláusulas se regirá, en cuanto sea pertinente, por lo dispuesto en la Ley 80 de 1993, y los actos y contratos en los que se utilicen esas cláusulas y/o se ejerciten esas facultades estarán sujetos al control de la jurisdicción contencioso administrativa. Las Comisiones de Regulación contarán con quince (15) días para responder las solicitudes elevadas por las empresas de servicios públicos domiciliarios sobre la inclusión de las cláusulas excepcionales en los respectivos contratos, transcurrido este término operará el silencio administrativo positivo.” (Art. 31 Ley 142 de 1994)

Basado en ello, las comisiones de regulación deben reglamentar la materia. Por ejemplo Comisión de Regulación de Agua Potable CRA, autorizo la inclusión de cláusulas excepcionales en los siguientes casos:

- a) *“En los contratos que conforme a la ley deban adjudicarse por el sistema de licitación, de conformidad con el artículo 40 de la Ley 142 de 1994;*
- b) *En los contratos de obra, consultoría, suministro de bienes y compraventa, siempre que su objeto, de no ser cumplido en la forma pactada, pueda traer como consecuencia necesaria y directa la interrupción en la prestación del servicio público domiciliario de acueducto, alcantarillado y aseo o la reducción en los niveles de calidad de agua exigidos por las autoridades competentes según la Ley; Se entiende por contratos de obra los definidos en la Ley 80 de 1993; por contratos de consultoría los definidos en el inciso 2° del artículo 32 de la Ley 80 de 1993; y por contratos de suministro y compraventa los que tipifica el Código de Comercio;*
- c) *En los contratos en los cuales, por solicitud de la persona prestadora, lo haya autorizado la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico en forma expresa y previa a su celebración” (R. 151/2001 art. 1.3.3.1)*

Es decir que para que sea legal la inclusión de las cláusulas estudiadas, requiere del “*acto previo de la Comisión de Regulación con base en el cual se dispone o autoriza la inclusión de dichas facultades excepcionales en determinados tipos de contratos, de manera general o especial.*” (C.E. S. Tercera, 19 Nov 2015, M. Velásquez, C.I. 43324).

Al respecto se ha expuesto

“(…) en materia de las potestades excepcionales de los contratos celebrados por las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios y de los celebrados por entidades que se rigen por la Ley 80 de 1993, no se identifican dos órbitas separadas, por el contrario, prima en ambos casos el sustrato normativo común de la Ley 80 de 1993 el cual define los requisitos para el ejercicio de la potestad excepcional y los efectos de la sanción, al paso que la regulación de servicios públicos domiciliarios tiene el rol específico de acotar los tipos de contratos y los supuestos en que es imperativa la inclusión de las cláusulas y aquellos en los que es permitido a las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios incorporar en sus contratos las cláusulas excepcionales.” (C.E. S. Tercera, 19 Nov 2015, M. Velásquez, C.I. 43324)

Es por ello que cada comisión de regulación, (CRA, CREG, CRT) mediante actos administrativos reglamenta los contratos en los cuales es obligatoria la inclusión de cláusulas excepcionales, pero por regla general se deben incluir en aquellos contratos en los cuales se pueda generar la paralización del servicio público prestado (art. 1.3.3.1 R. Cra 151/2001).

En caso que se pacten cláusulas excepcionales por fuera de lo autorizado por las comisiones de regulación, procedería la nulidad del contrato, y por ende la entidad ESPD OFICIAL, no puede

hacer uso de las mismas. Así lo ha señalado el Consejo de Estado, al hacer en varias sentencias un análisis de la aplicabilidad por ejemplo de la cláusula de terminación unilateral, cuando declaran la nulidad de dicha cláusula del contrato:

“Así, atendiendo a la naturaleza y finalidad particular de la terminación unilateral, es claro que su ejercicio resulta improcedente en los contratos celebrados entre particulares y también en aquellos que siendo celebrados por una entidad estatal como lo son las Empresas de Servicios Públicos, se rigen por las normas de derecho privado, pues es una facultad propia de la administración, que fue prevista por la ley para que pudiera ser ejercida por ésta y únicamente en tratándose de contratos estatales en desarrollo de los cuales se busca procurar el cumplimiento de finalidades estatales. (...) Luego, si lo que ocurre en un determinado caso es que en un contrato celebrado por una Empresa de Servicios Públicos se conviene una cláusula de terminación unilateral del contrato, a la luz de las disposiciones previstas en el derecho privado la referida estipulación se encontrara viciada de nulidad absoluta.” (C.E. sección tercera, 3 de diciembre de 2015, J. Santofimio, C.I. 50464)

Esta taxatividad de la ley, que desconoce la naturaleza de las ESPD OFICIALES, dificulta la gestión contractual de las empresas estudiadas, puesto que solo le permite hacer uso de las cláusulas excepcionales, en aquellos casos autorizados, en el que el incumplimiento del contrato implique una interrupción del servicio público por mínimo 24 horas. Esto desconoce que no todo contrato tiene esta connotación, pero que si todo incumplimiento trae como consecuencia una afectación a los recursos públicos.

Esta interpretación judicial y posición doctrinaria ha enmarcado la tendencia para declarar la nulidad de toda cláusula que se fije en un contrato estatal celebrado con régimen privado, lo que implica que ante la omisión del legislador de indicar expresamente las prerrogativas con las que cuenta las ESPD OFICIALES, estas empresas no pueden hacer uso de las mismas.

3. El legislador no otorgó facultad sancionadora ni de cobro coactivo en materia contractual para las ESPD OFICIALES.

El Estado cuenta con un poder sancionador “*ius puniendi*”, que tiene su origen en diferentes causas, entre ellas “*la superación de la división clásica de los poderes, pues con este poder se le permite a la administración la posibilidad de imponer sanciones por las violaciones al ordenamiento jurídico- administrativo, y aunque es uno solo, se encuentra integrado por una variedad de manifestaciones, tales como: el derecho penal y el derecho administrativo*” (Ramirez Torrado, 2007).

“La potestad sancionadora de la administración es la atribución propia de la Administración que se traduce en la posibilidad jurídica de la imposición de sanciones a los particulares y aún a los funcionarios que infringen sus disposiciones, o a sus servidores que, en el ejercicio de sus funciones, transgreden sus mandatos o desconocen sus prohibiciones.” (Ossa Arbelaez, 2000)

Es por ello que en materia administrativa el poder sancionador del Estado “se traduce en la sanción correctiva y disciplinaria, la primera tiene una relación bastante estrecha con el poder de

policía, que promueve mantener el orden, mientras que la segunda es aplicable a los servidores públicos.” (Ramírez Torrado & Anibal Bendek, 2015)

Al respecto, jurisprudencialmente se expresa

“En ejercicio de la potestad administrativa sancionadora el Estado está habilitado para imponer sanciones disciplinarias y correctivas. Las primeras destinadas a reprimir las conductas desplegadas por los funcionarios y empleados por la violación de deberes, obligaciones y prohibiciones; y las segundas orientadas a sancionar las infracciones cometidas por particulares frente al desconocimiento de regulaciones, mandatos, obligaciones y limitaciones establecidas para reglar determinadas materias. En consecuencia, la inobservancia, por parte de los administrados, de ciertos mandatos, prescripciones y reglas establecidas para garantizar el buen funcionamiento de la administración y lograr una eficiente prestación del servicio, genera una actuación positiva por parte del Estado que se traduce en el ejercicio de su poder sancionador.” (C.Const. C- 853 /2005 J. Córdoba)

Ahora bien, en materia de contratación estatal, se ejerce poder sancionador, mediante los actos administrativos que de manera unilateral resuelve una controversia contractual o simplemente impone sanciones al contratista incumplido, por lo que se aplica un poder sancionador correctivo puesto que “la sanción es un medio represivo que se pone en marcha precisamente porque la obligación no se ha cumplido” (Garrido Falla, 2006)

Así, el Consejo de Estado ha expuesto que “La potestad sancionadora es sólo un instrumento de los muchos con que cuenta la administración en materia contractual para la consecución de los objetivos que la ley le asigna a través de la delimitación de competencias. La potestad sancionadora

en el ámbito contractual se encuentra sometida al ordenamiento jurídico, presupuesto que justifica que al manifestarse mediante actos administrativos éstos sean susceptibles de ser controlados por el juez de lo contencioso administrativo.” (C.E. sección tercera, 22 de octubre de 2012, Exp.20738)

Esta potestad sancionadora tiene concordancia con la naturaleza del principio de autotutela administrativa, y se convierte en una prerrogativa propia de la administración que se expresa en el privilegio de la decisión previa y de ejecución de oficio, puesto que se expresa mediante el acto administrativo que sanciona y el poder de cobro coactivo en caso que la sanción haya sido de tipo económico.

No obstante, para ejercer esta potestad se hace necesario que el legislador autorice su ejercicio, puesto que éste “tiene total libertad para decidir no solo el tipo de sanción a imponer, sino su naturaleza”, por tanto otorga el marco de regulación que protege un bien jurídico. (Ramirez Torrado & Anibal Bendek, 2015)

Es decir, que así como el principio de autotutela administrativa, tiene su límite en el principio de legalidad, ejercer la potestad sancionadora implica acatar las directrices del legislador, tanto de competencia, garantía del debido proceso y demás aspectos que regulen la materia y se convierten en elementos necesarios para su validez y existencia.

Ahora bien, aunque la facultad sancionadora se puede considerar permitida para todas las entidades del Estado, las cuales deben acatar los procedimientos establecidos en el CPACA, en la contratación estatal, doctrinaria y jurisprudencialmente se exige una norma expresa que permita imponer sanciones en materia administrativa y hacer cobro coactivo de las mismas. Pues se ha expuesto que

“una cosa es el poder de autotutela que el ordenamiento jurídico le otorga a la Administración Pública y otra cosa es la competencia en virtud de la cual puede ejercerlo; porque el hecho de que ella -o cualquier persona que por disposición legal ejerza función administrativa- pueda manifestarse a través de decisiones unilaterales obligatorias, es decir, mediante la expedición de actos administrativos en los que resuelve unilateralmente las cuestiones sometidas a su conocimiento y decisión, no significa que pueda hacerlo indiscriminada y arbitrariamente, por cuanto el ejercicio de la función administrativa está enmarcado dentro de unos límites expresamente impuestos por la ley, que es la que define en qué términos dicha función puede ser ejercida, y establece concretamente qué pueden hacer las autoridades administrativas.” (C.E. Secc. Tercera, 30 de julio de 2008 C.I. 26520, R. Saavedra)

Incluso por ello los servidores públicos que se extralimitan en las funciones establecidas en la Ley, pueden incurrir en sanciones disciplinarias, conforme al poder sancionador del estado ya explicado, puesto que “ninguna autoridad del Estado podrá ejercer funciones distintas de las que le atribuyen la Constitución y la ley”. (C.P. art. 121)

En razón de ello, existe dificultades y obstáculos en la contratación estatal que gestionan las ESPD OFICIALES, pues por su naturaleza jurídica no cuentan con una norma expresa que les permita hacer uso de esta potestad sancionatoria que por regla general poseen las entidades del Estado enmarcadas en la Ley 80 de 1993.

Al respecto, inicialmente existía una postura del Consejo de Estado, que indicaba que en virtud de la autotutela con la que cuenta la administración pública se podían imponer las multas sin acudir a la jurisdicción, mediante acto administrativo, conforme a las directrices que otorgaba el anterior Código Contencioso Administrativo (C.E. sección tercera, 04 de junio de 1998, R. Hoyos, C.I.

13988), postura que cambio posteriormente, pues se consideró que al no estar literalmente indicadas en la ley 80, no se poseía dicha facultad. (C.E. sección tercera, 20 de octubre de 2005, G. Rodríguez, C.I. 14579)

Es decir, que actualmente doctrinaria y jurisprudencialmente para ejercer esta potestad sancionadora y de cobro coactivo en materia contractual, se requiere autorización expresa del legislador.

Así lo ha dejado saber la doctrina al manifestar

“La calificación administrativa de un acto unilateral conlleva las prerrogativas de decisión previa y ejecución de oficio del artículo 64 del CCA sin embargo el Consejo de Estado no explica como otorga el carácter administrativo a una sanción no prevista por la ley. En otras palabras (...) esta prerrogativa son la consecuencia de la calificación del acto administrativo y no su causa, por lo que se desvirtúa la lógica del régimen jurídico mixto de los contratos estatales consagrada en el artículo 13 de la ley 80, según el cual se rigen por las disposiciones comerciales y civiles, salvo lo establecido en la ley” (Benavides J. L., 2002)

Esto genera que jurisprudencialmente se impida hacer uso de manifestaciones propias de la Ley 80, como por ejemplo la definición de la cláusula de la liquidación unilateral, que en una oportunidad el Consejo de Estado manifestó que no es aplicable a entidades con régimen especial, y por tanto el termino de caducidad del medio de control debe contabilizarse desde que finaliza el plazo pactado para la liquidación por mutuo acuerdo, puesto que no podría calcularse el plazo de liquidación unilateral por ser una prerrogativa exclusiva del estatuto general de contratación pública (C.E. sección tercera, 5 de diciembre de 2016 D. Rojas, C.I. 37069)

Es decir, que por no poseer norma especial que permita a las ESPD OFICIALES imponer sanciones dentro de la relación contractual, las mismas no pueden ejercer las prerrogativas propias que son de las entidades del Estado, pues debe existir coherencia normativa, y solo aplicar la normatividad que le corresponde a los particulares, como lo dispuso el legislador.

Así por ejemplo, en los contratos se pueden incluir cláusulas de multas o clausula penal pecuniaria, que no fueron incluidas en el artículo 14 de la Ley 80 de 1993 como una cláusula excepcional, puesto que las mismas no son figuras propias de la contratación pública, sino de la legislación civil y comercial, pues las mismas son pactos entre las partes “*varían los efectos subsidiarios normales establecidos por la ley según la naturaleza del acto en cuestión*” (Ospina Fernandez, 2000) dependen de la voluntad y acatan los lineamientos del código civil que las permite y da la libertad a los contratantes para que fijen los elementos constitutivos para su aplicación, pues éstos son los que “*deben declarar para precisar el interés que pretenden desarrollar jurídicamente, y el sentido en que quieren hacerlo*”. (Ospina Fernandez, 2000).

Así mismo, la doctrina ha manifestado que:

“El silencio del tema de la multa en la Ley 80 de 1993 no obedecía a un olvido desafortunado e involuntario sino que es expresión del querer del órgano legislativo de extraer de la órbita administrativa juicios de valor propios de los jueces, salvo para casos que como el de caducidad, resultaba imprescindible mantener por los perjuicios que produce” (Davila Vinueza, 2003)

Por tanto, estas figuras pueden incluirse en los contratos celebrados por las ESPD OFICIALES, pero no pueden hacerse efectivas de manera unilateral, dado que esa prerrogativa solo la permitió en la aplicación de ley 80, y no está permitida en el Código Civil o de Comercio para particulares,

por lo que para que se cancelen las multas o clausula penal establecidas en el contrato, la entidad estatal debe acudir a la jurisdicción competente para que en virtud de la heterotutela el Juez dirima el conflicto y cobre judicialmente los valores que le corresponden a la entidad.

Es por ello que por ejemplo antes de la L.1150 de 2007, el Consejo de Estado, era claro al indicar que estas cláusulas “podían pactarse pero no podían imponerse y hacerse efectiva” (Matallana Camacho, 2009, pág. 858) pues no se había otorgado dicha facultad en la ley 80, por lo que en muchos casos el Consejo de Estado declaro la nulidad de las cláusulas de los contratos que lo permitía y de los actos administrativos que imponían esta sanción de manera unilateral. Esta circunstancia quedo absuelta al facultar a las Entidades del Estado a través del principio de autotutela administrativa, a imponer las multas y clausula penal de manera unilateral mediante acto administrativo y a cobrarlas de oficio, ya sea a través de compensación de deudas o mediante jurisdicción coactiva.

Ahora, en cuanto a la inclusión, imposición y cobro de estas cláusulas en los contratos con régimen especial, el Consejo de Estado considera que:

“si bien es cierto que en los contratos de prestación de servicios domiciliarios celebrados por la administración y regidos sólo por el derecho privado, “no se cuestiona la posibilidad de que las partes pacten la cláusula de multas o la cláusula penal, dado que tales estipulaciones en ejercicio de la autonomía de la voluntad son de uso común y válidas en dicho régimen, no lo es menos que la administración cuando actúa en pie de igualdad con los particulares no puede declarar directamente el incumplimiento (total o parcial) del contrato e imponer y hacer efectiva unilateralmente una sanción mediante un acto administrativo, ni menos aún puede

decretar la caducidad del contrato, pues tales potestades exorbitantes no le fueron atribuidas o autorizadas en las normas civiles o comerciales, ni como ocurre en el caso concreto en la citada Ley 142 de 1994". (C.E. sección tercera, 15 de noviembre de 2011, R. Correa C.I. 21.178.)

Para algunos autores, la cláusula penal pecuniaria y las multas, por ser propias del derecho privado, al ser impuestas de manera unilateral y ejercer cobro bajo el fundamento de la ejecutoriedad de los actos de la administración, vulnera el principio de legalidad. (Buitrago Vargas, 2014), razón por la cual se hace necesario la expresión escrita de la voluntad del legislador.

En este sentido el límite del principio de autotutela de la administración se convierte en obstáculo en la gestión contractual de las ESPD OFICIALES, pues al no existir ley que autorice expresamente el uso de la prerrogativa de la potestad sancionadora y de cobro coactivo, las mismas no las pueden ejercer, por no poseer competencia para ello.

Al respecto,

“puede considerarse que en realidad no se afecta al interés público por la ausencia del poder excepcional de imposición unilateral de multas, ni se pierde el propósito sancionatorio de apremio que persigue por el hecho de que sea el juez o cualquier tercero imparcial el que la imponga, pues el contratista incumplido sabrá que inexorablemente llegará, así sea en el futuro. Por el contrario, puede pensarse que el mantenimiento del poder unilateral puede degenerar en arbitrariedad y consecuentemente ser inconveniente para la ejecución adecuada del contrato, ya que la experiencia demuestra que en muchos casos ha dañado y deteriorado las relaciones con el contratista, en perjuicio también del objeto contratado.” (Palacio Jaramillo, 2004)

Es decir que como se encuentra la legislación actual las ESPD OFICIALES, deben acudir ante la JCA, para que mediante el medio de control de controversias contractuales, el cual es el llamado para atender los conflictos derivados de un contrato estatal, y así el juez de conocimiento declare el incumplimiento del mismo, imponga las multas, clausula penal que haya lugar y posteriormente haga efectivas las sumas de dinero a su favor.

Esto es acorde con las sentencias de la Corte Constitucional (S.U.1010/2008 M.P. R. Escobar) y del Consejo de Estado (Secc Tercera, 30 de julio de 2008 C.I. 26.520 R. Saavedra) en las cuales se deja claro que las ESPD pese a que en los contratos de condiciones uniformes, que regulan las relaciones con los usuarios, se fijen multas, estas no pueden ser impuestas unilateralmente por estas entidades de cualquier naturaleza, como quiera que el legislador no lo permitió, pues la única prerrogativa que entregó el legislador en la Ley 142 de 1994 es la adopción de decisiones

“que afectan la prestación del servicio o la ejecución del contrato relacionados con: (i) actos de negativa del contrato, (ii) suspensión, (iii) terminación, (iv) corte y (v) facturación, frente a las cuales -a su turno- los artículos 154 y 159 de la Ley 142 regulan los recursos de reposición y apelación que, a su vez, puede interponer el suscriptor o usuario para que la empresa revise dichas determinaciones.” (C.E. Secc. Tercera, 7 de abril de 2011, R. Correa C.I. 00016-01(AG))

actividades que son reconocidas por el alto tribunal como el traslado de *“una serie de derechos y prerrogativas de autoridad pública a las empresas de servicios públicos domiciliarios”* (C.E. Secc. Tercera, 7 de abril de 2011, R. Correa C.I. 00016-01(AG)), otorgadas por el Legislador.

Así las cosas, pese a que la naturaleza de las multas es convocar a que el contratista cese el incumplimiento del contrato que da origen a las mismas, al no existir una facultad expresa por parte del legislador, no se posee la facultad de imponerlas unilateralmente durante la ejecución del

contrato, por tanto estas cláusulas se vuelven ineficientes al no cumplir su finalidad, que implica que sean impuestas dentro de la ejecución del contrato.

Entonces, la deuda se causen por concepto de multas o clausula penal pecuniaria, se convierten en indemnizaciones, en caso que el juez del contrato las declare, después del proceso judicial respectivo, que debe interponer la entidad estatal, pues para que se mitiguen los daños que se causaron a la entidad, el acreedor posee una carga de adoptar las medidas razonables y a su alcance la agravación del perjuicio derivado de dicho incumplimiento contractual. (Barone Gonzalez, 2018)

Asi mismo la facultad de jurisdicción coactiva, en materia de servicios públicos domiciliarios solo está establecida en los siguientes términos: *“Las deudas derivadas de la prestación de los servicios públicos podrán ser cobradas ejecutivamente ante los jueces competentes o bien ejerciendo la jurisdicción coactiva por las empresas oficiales de servicios públicos”*. (Art. 130 L. 142/94)

Esto implica que solo está permitida esta facultad de cobro coactivo, en virtud del contrato de condiciones uniformes que regula la prestación del servicio público con el usuario, lo cual incluso la Corte Constitucional sobre la competencia para ejercer el respectivo cobro, ha expuesto que

“...las empresas de servicios públicos oficiales, mixtas o privadas sólo pueden cobrar ejecutivamente su cartera morosa a través de la jurisdicción ordinaria. Por contraste, las empresas industriales y comerciales del Estado tienen una alternativa para cobrar su cartera morosa: la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción coactiva, pudiendo a su arbitrio utilizar una u otra vía en la forma que mejor se ajuste a sus necesidades y posibilidades institucionales. Esta doble opción también se predica

de los municipios cuando quiera que presten directamente servicios públicos domiciliarios, según voces de la ley 136 de 1994 en consonancia con el artículo 130 de la ley 142. ...debe entenderse que son competentes para cobrar los saldos insolutos de los usuarios, a través de jurisdicción coactiva si así lo deciden, solamente las empresas industriales y comerciales del Estado que presten servicios públicos domiciliarios y los municipios que sean prestadores directos de dichos servicios” (C.Const. C-035 de 2003, J. Araujo)

Es por ello que la superservicios indica

“una empresa oficial de servicios públicos domiciliarios, con capital 100% del Estado, que no esté constituida en la forma de una Empresa Industrial y Comercial del Estado, NO puede desarrollar el cobro coactivo de las facturas impagas de servicios públicos domiciliarios, conforme lo signado en el artículo 98 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.” (Concepto 816 del 20 de octubre de 2016) (Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, 2018)

Por tanto, la máxima entidad administrativa en el área estudiada ha orientado a todas las empresas (aunque su concepto no sea vinculante) en el sentido que la facultad de cobro coactivo acorde a la prerrogativa de ejecución de oficio para deudas derivadas de la prestación del servicio público, conforme a lo indicado por el legislador

“es exclusiva de las Empresas industriales y comerciales del Estado y de los municipios que prestan directamente el servicio, excluyendo a los prestadores que tienen una naturaleza jurídica distinta, aduciendo que como lo ha manifestado la Corte Constitucional, salvo excepciones legales, el cobro coactivo no debe aplicarse a entes que

desplieguen actividades semejantes a las de los particulares, pues tal facultad está atada a los conceptos de imperio, soberanía y poder y su ejercicio por dichos los mismos ocasionaría un desequilibrio en las relaciones entre éstos y los particulares” (Concepto 264 del 27 de abril de 2018 (Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliari, 2018).

En razón de ello, Superservicios concluye que no es posible aplicar la norma general establecida en el CPACA dado que existe una norma especial que regula la materia (Ley 142 de 1994), en la que fue voluntad del legislador restringir la posibilidad de acudir a la jurisdicción coactiva a todas las ESPD, máxime si se tiene en cuenta que con la Ley 142

“deroga todas las leyes que le sean contrarias; y prevalecerá y servirá para complementar e interpretar las leyes especiales que se dicten para algunos de los servicios públicos a los que ella se refiere. En caso de conflicto con otras leyes sobre tales servicios, se preferirá ésta, y para efectos de excepciones o derogaciones, no se entenderá que ella resulta contrariada por normas posteriores sobre la materia, sino cuando éstas identifiquen de modo preciso la norma de esta ley objeto de excepción, modificación o derogatoria.” (L. 142/1994 art. 186),

Lo que implica que debe existir una manifestación de la voluntad del legislador expresa que regule los asuntos de servicios públicos domiciliarios.

Así las cosas, la prerrogativa de ejecución de oficio propia del principio de autotutela administrativa, no se encuentra respaldada en una norma especial para las ESPD oficiales, por tanto con la lógica que se ha manejado en el presente capítulo, no podría aplicarse esta prerrogativa, dado que vulneraría el principio de legalidad.

Esto igual se respalda, al evidenciar que la Ley 1066/2006 excluye de la facultad de cobro coactivo a las ESPD OFICIALES al indicar:

“PARÁGRAFO 1o. Se excluyen de campo de aplicación de la presente ley las deudas generadas en contratos de mutuo o aquellas derivadas de obligaciones civiles o comerciales en las que las entidades indicadas en este artículo desarrollan una actividad de cobranza similar o igual a los particulares, en desarrollo del régimen privado que se aplica al giro principal de sus negocios, cuando dicho régimen esté consagrado en la ley o en los estatutos sociales de la sociedad.” (Art. 5 Ley 1066 de 2006)

Es decir, pese a que las ESPD OFICIALES son empresas oficiales que prestan servicios públicos, por voluntad del legislador no cuentan con la facultad de cobro coactivo de las deudas a su favor, derivadas de los contratos (obligaciones civiles o comerciales), pues dicha facultad solo se estableció para “recaudar rentas o caudales públicos” y de manera especial para las EICE y municipios que prestan directamente el servicio, en cuanto a las deudas de los usuarios.

Vale la pena mencionar que dado que los servidores públicos requieren adelantar gestiones que protejan los recursos públicos comprometidos en un contrato estatal de una ESP OFICIAL, y considerando que en caso de no poseer facultad de autotutela, debe someterse a la heterotutela, éstas empresas deben ser eficientes administrativamente para adelantar las acciones judiciales en el momento adecuado, con el fin de que no se genere con posterioridad un detrimento patrimonial o cualquier delito contra la administración pública, ni las responsabilidades fiscales y disciplinarias a que haya lugar por omitir la protección de los recursos del Estado.

En síntesis, considerando que las ESPD OFICIALES, debe darle únicamente aplicabilidad a las normas especiales que regulen la actividad de las ESPD, como es el caso de la Ley 142 de 1994, Ley 638 de 2001 y cada una de los decretos reglamentarios expedidos por las comisiones de

regulación, toda prerrogativa debe estar expresamente establecida en la ley, para no viciar de nulidad los actos administrativos que se expidan y no tener responsabilidades disciplinarias por parte de los servidores públicos que los expidan, y al no contar con las prerrogativas expresas, las empresas estudiadas pese a su condición de estatal, poseen obstáculos en su gestión contractual al tener que someterse a la heterotutela por voluntad del legislador.

CAPITULO V. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

En el presente capítulo se pretende responder el problema de investigación planteado en la presente tesis referente a determinar si **¿El principio de autotutela administrativa fortalece u obstaculiza la contratación estatal que gestionan las ESPD oficiales?**

Dentro del desarrollo de cada uno de los capítulos del presente trabajo, quedo claro que en un Estado social del Derecho, las entidades estatales tienen un papel importante para velar por los fines del Estado, que promueven la satisfacción del interés general, y mejora la calidad de vida de todos los colombianos.

Uno de los aspectos que tienen mayor influencia en el desarrollo socioeconómico de las poblaciones y disminuye las estadísticas de pobreza extrema, son los índices de calidad y fácil acceso a los servicios de agua potable, saneamiento básico y energía, por parte de toda la población.

Es por ello, que al unir estas dos ideas centro, permite comprender la importancia de las ESPD OFICIALES, cuya labor se debe centrar en el cumplimiento de los fines del Estado a través de la ejecución de proyectos que impacten a la comunidad, para garantizar un servicio público con continuidad calidad y cobertura en todo el territorio a su cargo.

Pero para lograr esto, estas entidades del Estado deben poseer una gestión contractual eficiente, que cumpla con todos los parámetros indicados por el legislador para este tipo de empresas, quien le otorgó régimen diferencial de contratación con el fin de permitirles competitividad en el mercado frente a la actividad de empresas particulares. Sin embargo, mas que lo anterior, este

régimen es necesario para promover la eficiencia e inmediatez en la solución de problemas propios de la prestación del servicio, sin desfinanciarse.

Así las cosas, la misión de toda entidad prestadora de servicio público de carácter oficial debe ser cumplir con los fines del estado, a través de su actividad económica.

Adicionalmente, las ESPD OFICIALES, al momento de ejecutar su actividad poseen una doble moral por el régimen mixto que las predomina, pues conforme a su conveniencia, dan aplicabilidad a las normas de derecho público o privado, lo que genera conflictos con órganos de control y Jueces de la Republica, que por la naturaleza jurídica de estas empresas, dan mayor aplicabilidad a las normas que regulan la actividad de las entidades estatales.

De ahí la importancia del planteamiento del problema, pues a través del desarrollo del objetivo general y específicos, se puede realizar un aporte a la comunidad jurídica, que tiene influencia en materia administrativa con la aplicación por parte de los funcionarios públicos que laboran en las ESPD OFICIALES, en materia legislativa, porque da una orientación clara al momento de regular las actividades de las empresas estudiadas e interpretar las leyes ya existentes, en materia judicial, para que cesen las jurisprudencias contrarias entre si y se logre establecer una unificación de las mismas, e incluso en materia disciplinaria para que se revise cada una de las actuaciones de los servidores públicos, las cuales no deben extralimitar sus funciones y competencias.

El desarrollo del trabajo y de los objetivos del mismo, afirman la hipótesis planteada, referente a que la gestión contractual de las ESPD OFICIALES, se fortalece con los aportes del principio de autonomía administrativa que funda la aplicación de las prerrogativas del Estado para la protección de los recursos públicos y el interés general.

Para llegar a esta conclusión, fue necesario, en primer lugar hacer una análisis de la naturaleza jurídica del principio de autotutela administrativa, que pese a que no cuenta con un desarrollo

doctrinario en Colombia y posee pocos pronunciamientos jurisprudenciales de las altas cortes, se evidenció que este principio sustenta cada una de las prerrogativas o privilegios que le otorgan una posición dominante al Estado, y su sustento es cumplir con la defensa del interés general sobre el particular, por tanto toda entidad del Estado, sin importar su régimen normativo interno, debe contar con dichas prerrogativas, las cuales tienen manifestaciones en el derecho público colombiano.

La autotutela “se refiere a la defensa de los derechos de manera unilateral” (Oelckers Campus, 2010), puesto que normalmente está en cabeza de los jueces dicha defensa y protección (heterotutela) y es un privilegio que cuenta únicamente la administración, dado el fin social que cumple (Oelckers Campus, 2010).

Este principio, que para el derecho español se estudia en la teoría general del derecho, para comprender su definición tiene como ejemplo principal el concepto de acto administrativo, con el cual la entidad estatal materializa una decisión tomada unilateralmente, que adicionalmente puede ejecutar sin acudir a un tercero, en caso de incumplimiento. Esto demuestra una posición privilegiada del Estado, que rompe la igualdad entre las partes, que normalmente prevalece entre particulares. No obstante, el mismo tiene su límite en la legalidad y debido proceso que fije el legislador con el fin de evitar cualquier arbitrariedad por parte del Estado en la toma de sus decisiones que ostentan de las prerrogativas.

En el derecho español, la aplicación de la autotutela administrativa es más evidente en la contratación, puesto que su definición de contratos de la administración trae unas prerrogativas implícitas a los mismos, por el simple hecho de ser suscrito y elaborado por una entidad Estatal.

Por ejemplo

“Haciendo un balance de las cláusulas excepcionales en la teoría clásica española es la finalidad del servicio público la que brinda a la administración una posición de superioridad jurídica afrente a su contratista y en este contexto las prerrogativas aparecen como un acto de poder público por fuera del contrato” (Benavides J. L., 2002)

En Colombia pese a que no tengamos diferenciados los contratos de la administración, si es claro el concepto de contrato estatal en un sentido orgánico, lo que permite afirmar que, la teoría de servicio público y la naturaleza jurídica de las ESPD OFICIALES sustentan el uso de prerrogativas a favor de estas entidades.

Este análisis desarrollado de fondo en el primer capítulo, da mayor sustento del uso de las prerrogativas del Estado, fijadas por el legislador, a todas las entidades del estado independientemente su régimen jurídico, pues las mismas se fundan en la teoría del servicio público, y la observancia de los fines del Estado establecidos en la constitución, por tanto no requieren una remisión explícita o taxativa para hacer del uso de las mismas, pues son aplicables dada su naturaleza.

Es así como al haberse estudiado de fondo la naturaleza jurídica de las ESPD OFICIALES, determinando su importancia, razón de ser y diferenciación con las demás entidades prestadoras, pero al final se concluye los puntos más importantes o centrales del marco normativo contractual de estas empresas, lo que sirve de base para organizar los lineamientos internos de contratación de estas entidades, lo que permite resolver cualquier vacío normativo o incongruencia que se presente dentro de las normas nacionales en materia de contratación, puede ser resuelta conforme la naturaleza jurídica de las ESPD OFICIALES y definida en los reglamentos internos.

Al analizar el marco normativo de la gestión contractual de las ESPD OFICIALES, se evidencia que pese a que se deben cumplir con unas formalidades propias de un contrato estatal, es decir que sea elevado por escrito y cuente con los recursos conforme a lo indicado en la Ley de presupuesto, el trámite previo a la elaboración del contrato no debe ser guiado por los tramites de la Ley 80 de 1993, pues el legislador permitió que estas entidades se auto reglamenten, siguiendo los parámetros indicados por el legislador, pero siendo eficientes en sus trámites, que le deben permitir cumplir un fin estatal a través del ejercicio de una actividad económica no gratuita que le permite sostenerse económicamente, acorde al principio de onerosidad que las rige (C. Const. SU 1010/2008, R. Escobar)

Esto se logró determinar revisando el régimen especial de contratación, pero no a través de la perspectiva que generalmente se realiza de la aplicación del derecho público o privado en su gestión contractual, en la que ya diferentes autores han definido la aplicación de un régimen mixto, sino bajo la óptica de su naturaleza jurídica, de una entidad pública que suscribe contratos estatales fundados en el derecho privado y comercial, realidad jurídica que debe tener claro todo servidor público al momento de aplicar normas.

Con estas bases y evidenciando la correlación del principio de autotutela administrativa con la naturaleza jurídica de las ESPD OFICIALES, se concluye que las prerrogativas propias del principio son aplicables a las empresas estudiadas, por tanto con esta conceptualización era procedente determinar las fortalezas y los obstáculos de la aplicabilidad de dichas prerrogativas en la gestión contractual de las empresas, con la normatividad existente, considerando que la base normativa no solo está regulada en la Ley 142 de 1994, sino también por todas aquellas normas que establece el legislador para las entidades estatales.

Las fortalezas y obstáculos analizados en el presente trabajo, fueron buscando dentro de las normas y jurisprudencia existente, la aplicación de los dos privilegios que otorga el principio de autotutela administrativa (privilegio de decisión previa y ejecución de oficio), con los límites que le corresponden, lo que permitió encontrar diferentes posturas positivas y negativas sobre un mismo asunto.

Jurisprudencialmente se ha indicado que es necesaria una consagración legal para ejercer poderes de autotutela, que justifica la ruptura de igualdad entre las partes de un negocio jurídico, lo que genera una dificultad en la aplicación del principio estudiado, por las limitaciones de interpretación de la norma, pues todo servidor público busca una autorización expresa o una prohibición expresa para justificar su actuar.

Es por ello que se identificaron fortalezas como la seguridad jurídica que brinda los manuales de contratación; la inclusión de cláusulas especiales en los contratos estatales de derecho privado; la emisión de actos administrativos para definir la relación contractual, declarar incumplimientos y sancionar al contratista; la ejecución de oficio de los actos administrativos que en materia contractual se profieren, las cuales tienen sustento legal dentro de la normativa vigente y permite evidenciar que al interpretar estas normas bajo el concepto de autotutela administrativa, se le otorga fundamento legal a las ESPD OFICIALES para regular sus relaciones contractuales, poseer una posición privilegiada frente al contratista y proteger el erario público en caso de incumplimiento de los mismos, siendo más eficientes en su gestión contractual, pues la misma no debe solo pensarse en la facilidad que debe tener éstas empresas para suscribir contratos, sino en las herramientas que posee para hacer efectivos los mismos y garantizar que el objeto contractual se cumpla.

Así las cosas, se logró demostrar que existe normatividad para ejercer privilegios implícitos de los contratos estatales (privilegio de lo previo), que no implica una reforma legal sino una nueva interpretación de la ley, conforme a la naturaleza jurídica de las ESPD OFICIALES, que normativamente tienen un privilegio al hacer uso de normas civiles y comerciales sin perder su posición dominante en los contratos.

En este orden de ideas, pueden incluir cláusulas especiales (C.C. art. 1501), que determinen los privilegios implícitos de los contratos estatales, como lo expresa Benavides al indicar que *“La administración contratante goza de dos poderes en todos los contratos estatales: la liquidación unilateral del contrato y su terminación unilateral fundada sobre ciertas nulidades contractuales.”* (Benavides J. L., 2002), e igualmente se pueden incluir otros tipos de figuras previstas en el derecho privado, como por ejemplo el derecho de retención, (C.C. art. 970) que

“permite al acreedor calificar y determinar el incumplimiento de las obligaciones del deudor, más aun efectuar una especie de prenda sobre los bienes del deudor, con el fin de establecer la retención, con el fin de obligar su cumplimiento de la obligación, todo sin la intervención alguna del juez del contrato.” (Benavides J. L., 2002)

Así las cosas en el desarrollo del trabajo se evidenció que la literalidad e interpretación taxativa de la norma afecta la aplicación de conceptos propios de los contratos estatales a aquellas entidades que poseen un régimen diferencial de contratación.

De ahí, la importancia de la autorregulación permitida por el legislador, pues con ella se suplen vacíos normativos y se determinan procedimientos claros para la gestión contractual adelantada por las ESPD OFICIALES, y podría implicar incluso un mayor uso de figuras establecidas por el legislador que las ESPD no utiliza, por ejemplo la solicitud a la CRA de la aplicación de cláusulas excepcionales en otros no indicados en la norma.

Con la aplicabilidad del principio de autotutela administrativa se resuelve la doble moral legislativa que existe en la contratación estatal de las ESPD OFICIALES al emitir leyes en las que se otorga cargas públicas a estas entidades con régimen especial de contratación por hacer parte de la estructura del Estado y al mismo tiempo privarla de la aplicación de normas previstas para toda entidad pública, dado su régimen.

Por tanto, queda claro para las entidades estudiadas que no solo deben aplicar lo indicado en la Ley 142, y lo indicado por los decretos reglamentarios de las comisiones de regulación que correspondan, sino además deben dar aplicación de todas aquellas normas previstas por el legislador para las entidades estatales, lo que es coherente con los lineamientos que emite Colombia Compra Eficiente, y las exigencias realizadas por el legislador para la publicidad de la información, o la inclusión de pliegos tipo en toda entidad estatal.

La Hermenéutica jurídica para las ESPD OFICIALES basada en la naturaleza jurídica de estas entidades, permite no solo las nuevas cargas efectuadas a estas entidades por el cumplimiento de los principios de la función pública, sino además el uso de prerrogativas propias de las entidades que suscriben contratos estatales, como lo son la aplicabilidad de las cláusulas excepcionales, la imposición de multas, declaratorias de siniestros y poseer la actividad de cobro coactivo de las obligaciones generadas en virtud del contrato estatal. Lo anterior teniendo en cuenta que cada una de estas facultades tienen sustento legal en normas de derecho público aplicable a entidades públicas, y por tanto cuentan con la autorización legal para aplicarlas.

Por otro lado, en el cuarto a los obstáculos planteados conforme a las tesis negativas de la aplicación de las prerrogativas estatales en la gestión contractual de las ESPD OFICIALES, que permite evidenciar que actualmente según la normatividad y gran parte de jurisprudencia, estas entidades someten su autonomía de regulación interna a los lineamientos de Colombia Compra

Eficiente; las prerrogativa que implica la aplicación de cláusulas excepcionales, son exclusivas en los casos que indica el legislador; y no poseen facultad sancionadora, ni de cobro coactivo en materia de contratación.

No obstante, a criterio de la autora, teniendo en cuenta que el legislador realizó una diferenciación de entidades prestadoras, estas normativas expresas deben ser claras y son necesarias para las ESPD privadas o de derecho privado, que deben actuar únicamente bajo los lineamientos de la Ley 142 de 1994, por tanto por ejemplo solo pueden aplicar cláusulas excepcionales en los parámetros previstos en la Ley 142 de 1994, y no cuentan con la facultad de cobro coactivo, contrario sensu, las entidades que hacen parte de la estructura del estado y cuentan con recursos cien por ciento (100%) públicos, que conforme a lo ya dicho deben aplicar dentro de su estructura interna diversas normas, que sustenta los privilegios o prerrogativas que poseen las entidades públicas, que afirma la hipótesis planteada, puesto que la literalidad de la norma solo debe ser aplicada para las entidades que no hacen parte de la estructura del estado y se le está otorgando funciones publicas en uso aspectos delimitados por el legislador. Así las cosas las ESPD OFICIALES, si pueden dar aplicabilidad a las fortalezas detectadas en el presente trabajo.

Entonces, la aplicabilidad del principio de autotutela administrativa otorga un marco de interpretación coherente de las normas que le deben aplicar a las ESPD OFICIALES según su naturaleza, por tanto, se concluye que lo que afecta su gestión contractual es la interpretación taxativa de las normas, que desconocen la naturaleza jurídica de las ESPD OFICIALES, y de las prerrogativas propias de las entidades estatales, que les permite garantizar el interés general sobre el particular, pues no se puede desconocer que por regla general al interpretar el régimen jurídico de las ESPD OFICIALES, para determinar los límites otorgados por el legislador, siempre se busca que la norma indique expresamente las facultades con las que cuenta este tipo de empresas.

Esto ocurre especialmente por lo indicado en la Ley 142, que indica:

“Para efectos del artículo 84 de la Constitución Política, esta Ley reglamenta de manera general las actividades relacionadas con los servicios públicos definidos en esta Ley; deroga todas las leyes que le sean contrarias; y prevalecerá y servirá para complementar e interpretar las leyes especiales que se dicten para algunos de los servicios públicos a los que ella se refiere. En caso de conflicto con otras leyes sobre tales servicios, se preferirá ésta, y para efectos de excepciones o derogaciones, no se entenderá que ella resulta contrariada por normas posteriores sobre la materia, sino cuando éstas identifiquen de modo preciso la norma de esta ley objeto de excepción, modificación o derogatoria.” (Art. 186 L. 142/ 1994)

Sin embargo, pese a que la Ley 142 de 1994 es la base para interpretar normas referentes a servicios públicos domiciliarios, cuando se tiene clara la naturaleza jurídica de las ESPD OFICIALES, no implica que esta suprima normas propias de las entidades estatales, pues la finalidad y ámbito de aplicación de ésta, es el ejercicio de la actividad comercial de prestación de servicios públicos definidos en el artículo primero de dicho mandato legal, y no es contraria con los principios y preceptos establecidas en la Ley 142 de 1994, que debe regular la actividad no solo de las empresas oficiales sino también de los otros tipos de empresas creadas por el legislador.

Por lo anterior, pese a que inicialmente se pueda considerar que existen normas contradictorias, que por ejemplo, por un lado no permite el ejercicio de cobro coactivo para las ESPD, en las actividades que no corresponden a los cobros propios del contrato de condiciones uniformes (Ley 142 de 1994), por el otro se otorga una facultad clara a las entidades del Estado, entre ellas las ESPD OFICIALES, para ejercer la prerrogativa de cobro coactivo para cobrar obligaciones a su

favor, “*que conste en documentos que presten merito ejecutivo*” (art. 98 Ley 1437 de 2011), bajo la concepción de la naturaleza jurídica de las ESPD OFICIALES, y del principio de autotutela administrativa propio de las entidades del Estado, se supera cualquier contradicción, pues se concluye que ambas normas son aplicables a las entidades estudiadas.

Así las cosas, más que pretender con el presente trabajo un cambio legislativo o una reforma de la Ley 142 de 1994, se puede concluir que las actuaciones de los servidores públicos que ejercen en esta rama tienen sustento en un principio general del derecho para realizar una nueva interpretación de la ley, bajo una perspectiva más amplia que permite la aplicabilidad de normas que le corresponden a las entidades del estado por el simple hecho de tener esa condición, más aun en materias como la contratación estatal, que es transversal en la gestión de las entidades para cumplir su labor en pro a los fines indicados en la Constitución.

Por lo anterior, se cumplieron con los objetivos del presente trabajo y la respuesta al planteamiento del problema que confirma la hipótesis, permite suplir cualquier vacío normativo que se pueda presentar en la gestión contractual de las ESPD OFICIALES, pues a través del ejercicio de las prerrogativas del Estado, que tiene su fundamento en el principio de autotutela administrativa estudiado, le permite a las ESPD OFICIALES, llevar a cabo la misión que le corresponde dentro de la estructura estatal, sin que ello implique un desbordamiento de facultades o la afectación de contratistas, pues siempre debe ampararse en el principio de legalidad y garantizar el debido proceso como principio, deber y derecho de los ciudadanos.

Por ultimo vale la pena recalcar que las nuevas posturas del Consejo de Estado, reconoce la aplicabilidad del derecho privado en los contratos estatales, y por tanto poco a poco se debe generar un cambio de concepción o interpretación aislada entre lo publico y privado, pues las dos clases

de normas pueden convivir en la actividad administrativa, especialmente en aquellas entidades, que desde su concepción fueron propuestas por el legislador con un régimen mixto, acorde a la participación del Estado dentro de una actividad económica, sin que en ningún momento se limite de las características propias de una entidad estatal, que así como cuenta con una posición de superioridad, también posee mayor control, debe tener mayor transparencia y por ende mayor responsabilidad en cada una de las actividades y operaciones que realice.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Amazo Parrado, D. (2007). ¿es paradógica la autonomía de la voluntad frente al principio de legalidad de los contratos estatales? *Estudio socio jurídico* , 181-203.
- Angel, L. K. (2016). La autonomía de la Voluntad ¿Decadencia o Auge? *Revista Verba Iuris*, 71-91.
- Arias, G. F. (2008). La consideración de los servicios públicos domiciliarios como actividad económica bajo el clausulado del Estado Social de Derecho . *Principia Iuris*, 82-110.
- Atehortúa Ríos, C. A. (2008). *Regimen de los servicios publicos domiciliarios, en el contexto de la doctrina constitucional*. Medellin: Biblioteca Juridica el Dike.
- Atehotúa Rios , C. A. (2012). *Servicios Publicos Domiciliarios y las TIC en el contexto del precedente judicial*. Medellín : Dike Biblioteca Juridica .
- Atehotúa Rios , C. A. (2017). *Servicios Publicos Domiciliarios en el contexto del precedente judicial*. Medellin: Biblioteca Juridica el Dike.
- Atohortua Rios, C. A. (2015). Avances de la doctrina Constitucional: Publicidad, repeticion, controles disciplinario y fiscal de advertencia. *Conferencia adelantada por Andesco*. Bogotá : Andesco.
- Barocelli, S. S. (2013). El Estado y las Relaciones de Consumo. *Revista Via Inveniendi et judicandi*, 221-238.

- Barone Gonzalez, J. L. (2018). El deber de mitigar los daños por incumplimiento contractual. Estudio sobre su adopción en el derecho privado colombiano. *Revista Verba Iuris*, 81-106.
- Barrera Torres , N. (2015). La reafirmación de los recursos administrativos como requisito de procedibilidad en Ley 1437 de 2011: una posición privilegiada de la administración pública en Colombia frente a los particulares. Bogota : Universidad del Rosario .
- Benavides, J. (2002). *El Contrato Estatal, entre el Derecho Publico y el Derecho Privado*. Bogotá : Universidad Externado de Colombia.
- Benavides, J. L. (2002). *El contrato Estatal entre el Derecho Publico y el Derecho Privado*. . Bogotá : Universidad Externado de Colombia .
- Berrocal Guerrero, L. E. (2014). *Manual del Acto administrativo, segun la Ley, la jurisprudencia y la doctrina* . Bogotá: Librería Ediciones del profesional Ltda.
- Betancour Hincapie, G. L., Londoño Muñoz, C., & Munera Rondon, M. n. (2017). Clausulas excepcionales en la contratacion estatal. *Revista Nuevo Derecho*.
- Buitrago Vargas, Y. M. (2014). Las multas y la cláusula penal pecuniaria en la contratación estatal. Naturaleza jurídica, pacto, validez, imposición por vía administrativa y control judicial. Bogotá: Universidad Nacional.
doi:<http://bdigital.unal.edu.co/40002/1/7176361.2014.pdf>
- Castro Cuenca, C. G., Garcia Lopez, L. F., & Martinez Vargas, J. R. (2010). *La Contratación Estatal: Teoría General. Perspectiva Comparada y regulacion Internacional*. Bogotá: Universidad del Rosario.

- Chaves-Villada, J. E. (2015). El desarrollo del debido proceso en las actuaciones administrativas para la formación de contratos estatales. . *Vniversitas (130)*, 91-134.
- Cohecha Leon , C. A. (2016). *Teoria General del Econtrato Estatal y regimen de decalracion de siniestros* . Bogotá: Grupo Editorial Ibañez.
- Colombia Compra Eficiente. (27 de 08 de 2018). Obtenido de Colombiacompra.gov.co :
https://www.colombiacompra.gov.co/sites/cce_public/files/cce_documents/cce_expedicion_manual_contratacion.pdf
- Colombia Compra Eficiente. (09 de Mayo de 2018). *Andesco*. Obtenido de
https://drive.google.com/file/d/1WKQY5dw80fWjxEcOyYF7PtZ_fTZXIeQz/view
- cOLOMBIA COMPRA EFICIENTE. (01 de junio de 2018). *Colombia compra.gov.co*. Obtenido de
https://www.colombiacompra.gov.co/sites/cce_public/files/cce_documentos/20160620motivos.pdf
- Corral Talciani, H. (2008). *Como hacer una tesis en derecho. Curso de metodologia de la investigacion juridica* . Chile: Editorial Juridica de Chile .
- Davila Vinueza, L. G. (2001). *Regimen Juridico de la Contratacion Estatal*. Bogota : Legis.
- Davila Vinueza, L. G. (2003). *Regimen Juridico de la Contratacion Estatal*. Bogotá: Legis.
- Escobar Gil, R. (2003). *Teoria General de los Contratos de la Administracion Publica*. Bogotá: Legis.
- Estrada Velez, S. (2010). Pincipios juridicos en Colombia. Algunas recomendaciones para su incorporación. *Dialogo de saberes* , 159-171.

- Fernandez, I. M. (2015). *Manual de derecho procesal administrativo y contencioso administrativo*. Armenia Quindio : Editorial Universitaria Universidad la Gran Colombia seccional Armenia .
- Galvis Gaitan, F. (2016). *Manual de Administracion Publica* . Bogotá: Libreria Ediciones del profesional Ltda. .
- Galvis Macias, I. H. (2018). Principales prácticas restrictivas a la libre competencia ejecutadas por los oferentes en el marco de procesos de seleccion de contratistas del Estado. *Via Inveniendi et iudicandi*, 11-52.
- Garcia de Enterría, E. (1974). *Universidad de Valencia*. Obtenido de La formacion historica del principio de autotutela de la administracion.:
<https://www.uv.es/correa/troncal/resources/autotutelaenterria.pdf>
- Garcia de Enterría, E., & Fernandez, T.-R. (2008). *Curso de Derecho Administraivo Tomo I edicion 12* . Bogota : Temis .
- Garrido Falla , F. (1989). *Tratado de Derecho Administrativo Volumen I Edicion 11*. Madrid: Tecnos.
- Garrido Falla, F. (2006). *Tratado de Derecho Administrativo Vol. 2* . Madrid: Tecnos.
- Gil Alvarez, G. P. (2006). Regimen juridico de las empresas de servicios publicos domiciliarios y la participacion de los usuarios bajo el nuevo modelo constitucional de Estado Social de Derecho. . Medellin: Universidad EAFIT. Tesis .

Grueso Rodriguez, M. E. (2011). Aplicacion de multas y calusula penal en contratps celebrados por entidades estatales con regimen privado de contratacion . *Revista Republicaba No. 11*, 43-51.

Guecha Medina, C. N. (2006). Falacia de las cláusulas exorbitantes en la contratación estatal. *Opinion Juridica*, 33-47.

Guecha Medina, C. N. (2006). Falacia de las cluauslas exorbitantes en la contratacion estatal . *opinion juridica- universidad de medellin* , 33-47.

Hernandez Fraga, K., & Guerra Cosme, D. (2012). El principio de autonomia de la voluntad contractual civil, sus limites y limitaciones. *Revista juridica de investigacion e innovacion educativa*, 27-46.

Hernandez Prieto, P. A. (2014). DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS COMO DERECHO FUNDAMENTAL PARA LA POBLACION VULNERABLE. ESTUDIO COMPARADO : COLOMBIA FRENTE A ESPAÑA. Bogotá : Universidad Catolica de colombia.

Hombres Rodriguez , R., Nule Amin , G., Jaramillo Gomez, W., Bendeck Olivella, J., & Moreno, L. A. (15 de 5 de 2016). *Consulta de la Norma Alcaldia de Bogotá* . Obtenido de <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?=-23309>

Hoyos Garcia, J. F., Betancur Hincapie, G. L., Garces Vasquez , P. A., velez Ruiz, J. P., Beltran Bedoya, J. C., & Orozco Montoya, R. (2015). *La contratacion Estatal. Una Vision desde el derecho privado hacia lo publico*. Medellin: Biblioteca Juridica Dike.

- Izasa Jaramillo , N., & Ospina, S. M. (2010). *Naturaleza Juridica, regimen de servidores y jurisdiccion de conocimiento de las empresas de servicios publicos mixtas*. Medellin: Universidad EAFIT . Tesis .
- Jaramillo Duque , M. D. (2017). Tesis: *Razón de estado o estado de razón. La justificación constitucional de los privilegios de la administración pública en Colombia: el privilegio de la decisión previa*. Bogota: Universidad Nacional de Colombia .
- Jojoa Bolaños, A. (2012). *Los regimenes exceptuados de los contratos Estatales*. Bogotá: Grupo Editorial Ibañez.
- Lamprea Rodriguez, P. (2007). *Contratos Estatales*. Bogotá: Temis.
- Linares, J. F. (2007). *Derecho Administrativo*. Buenos Aires Argentina: Editorial Astrea.
- Lopez - Nieto y Truyols, M. (2005). *La reaccion frente a las vias de hecho . Cuadernos de derecho local No. 9 , 131-137.*
- Maldonado Gomez, T. (2015). *La noción de servicio público a partir de la concepción del Estado social de derecho. Actualidad Juridica, 54-62.*
- Maldonado Gomez, T. (s.f.). *La noción de servicio público a partir de la concepcion del Estado Social de Derecho . Actualidad Juridica, 54-72.*
- Matallana Camacho, E. (2009). *Manual de contratacion de la administracion publica. reforma de la Ley 80 de 1993 .* Bogotá: Universidad Externado de Colombia .
- Mates Barco, J. M. (2008). *Empresas, sociedad y servicios publicos, del Estado prestador al Estado regulador. Revista Empresa y Humanismo , 187-203.*

- Matias Camargo, S. R. (2014). Los servicios publicos como derechos fundamentales . *Derecho y Realidad*, 315-329.
- Mazo Elorza, F. A. (2014). SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS: DERECHOS HUMANOS O PRODUCTO PARA LA VENTA. CASO MEDELLIN. *Ago USB Medellin* , 583-600.
- Meilan Gil, J. L. (2013). LAS PRERROGATIVAS DE LA ADMINISTRACIÓN EN LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS: PORPUESTA DE REVISION . *Revista de Administracion Publica (Madrid)*, 11-41.
- Miguez Macho, L. (2015). Autotutela Administrayiva y Tutela Judicial efectiva: nuevas perspectivas para el proceso contencioso administrativo. *Revista General del Derecho administrativo V. 38*.
- Monroy Galvez, J. (1996). *Introduccion al proceso civil* . Bogota : Temis.
- Montaña Plata, A. (2005). *El concepto de servicio publico en el derecho administrativo*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Montaña, A. (2010). *Fundamentos del Derecho Administrativo*. Bogota: Universidad Externado de Colombia .
- Morales Castro, C. J. (2012). Las sanciones pecuniarias en la contratacion Estatal. Bogotá D.C. Obtenido de <https://core.ac.uk/download/pdf/86433996.pdf>
- Morelli Rico, S. (1996). La participacion en el procedimiento administrativo y en el proceso contencioso administrativo . *Temas de Derecho Publico Universidad de Externado* , 23.

- Muñetón Londoño, D. M. (2016). *Contratos de las Empresas Prestadoras de Servicios Públicos Domiciliarios con participación estatal*. Bogotá: Temis.
- Navarro, P., & Manrique, L. (2005). El desafío de la Taxitividad. *ADPCP, VOL. LVIII*, 808-836.
- Oelckers Campus, O. (2010). El principio de la autotutela administrativa como privilegio de la Administración Pública. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaiso*, 121-136.
- Osorio Moreno, N. D. (2013). Las cláusulas excepcionales en la actividad contractual de la administración pública ¿Autonomía de la voluntad o imposición del legislador? *Revista digital de Derecho Administrativo*, 95-108.
- Ospina Fernández, G. (2000). *Teoría general del contrato y de negocio jurídico*. Bogotá: Temis.
- Ossa Arbelaez, J. (2000). *Derecho Administrativo Sancionador*. Bogotá: Legis.
- Palacio Hincapié, J. A. (2006). Hacia la definición de un modelo jurídico especial. *Prolegómenos derechos y valores*, 35-47.
- Palacio Hincapié, J. A. (2010). *La contratación de las Entidades Estatales*. Medellín: Librería Jurídica Sánchez.
- Palacio Jaramillo, M. T. (2004). Clausulas Excepcionales. *Revista de Derecho Público No. 17 Universidad de los Andes*.
- Pardo Posada, N. E., & Hernández, C. A. (2013). La interpretación de las cláusulas del contrato estatal en el marco del orden jurídico. *Criterio Jurídico Garantista*, 124-135.
- Parra Ortiz, H. F. (2010). *El proceso Administrativo de cobro coactivo*. Grupo Editorial Nueva Legislación.

- Pino Ricci, J. (2005). *El regimen Juridico de los Contratos Estatales*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- prerrogativa. (n.d). *Diccionario de la real Academica de la Lengua Española* . Obtenido de <http://dle.rae.es/srv/search?m=30&w=prerrogativa>
- Quintero Chinchilla , L. C. (2015). La aplicacion de los principios de celeridad y debido proceso en los procesos de cobro coactivo en Colombia. Un analisis desde su naturaleza y normatividad vigente. 2006 - 2015. Bogotá : Universidad del Rosario .
- Ramirez Grisales, R. (2011). *La autoregulación en los sevicios publicos domiciliarios*. . Medellin: EPM.
- Ramirez Torrado, M. L. (2007). Postura de la Corte Constitucional Colombiana, en reacion con el poder sancionador de la Administracion . *Revista de Derecho* (28), 300-332.
- Ramirez Torrado, M. L., & Anibal Bendek, H. (2015). Sancion Administrativa en Colombia. *Vniversitas*, 107-148.
- Ramon , F. (1988). Limites constitucionales de la autotutela administrativa . *Revista de administracion publica* (115), 57-98.
- Riascos Gomez, L. (2013). La revocatoria de los actos administrativos en el Derecho Administrativo Colombiano. *Universidad del Nariño* .
- Rico Puerta , L. A. (2013). *Teoria general y practica de la contratacion estatal* . Bogotá: Leyer.
- Rodriguez Tamayo, M. F. (2015). *Los Contratos Estatales en Colombia* . Medellin : Libreria Juridica Sanchez R Ltda. .

Rojas Lopez, J. G. (2017). El regimen de contratación de las Empresas de Servicios Publicos domiciliarios de caracter oficial. *Rartio Juris*, 23-31.

Salcedo Fernandez, T. d. (16 de marzo de 2018). *Universidad Carlos III de madrid*. Obtenido de ocw.uc3m.es: <http://ocw.uc3m.es/derecho-administrativo/instituciones-basicas-derecho-administrativo/lecciones-1/Leccion6.pdf>

Sanchez Moron , M. (2011). *Derecho Administrativo Parte General* . Madrid: Editorial Tecnos .

Serrano Salomon, D. A. (2016). La empresa publica en la prestacion de servicios publicos domiciliarios en Colombia. Una aproximacion a su regimen general contractual. *Revista de Derecho Publico*. doi:<http://dx.doi.org/10.15425/redepub.36.2016.15>

Superintendencia de Servicios Publicos Domiciliari. (2015). *Concepto 223 del 8 de abril de 2015*. Recuperado el 2018, de https://camacol.co/sites/default/files/base_datos_juridico/CONCEPTO%20SUPERSERVICIOS%20NACIONAL%20223%20DE%202015.pdf

Superintendencia de Servicios Publicos Domiciliari. (18 de Noviembre de 2018). *Superintendencia de servicios publicos Domiciliarios*. Obtenido de www.superservicios.gov.co

Tenera Bonett, A., & Muvdi Anillo, F. (2014). Estatuto General de Contratación Estatal y Régimen excepcional, urgencia manifiesta en entidades con regimen excepcional de contratacion (empresas prestadoras de servicios publicos domuciliarios). Bogota. Obtenido de <http://repositorio.uniandes.edu.co/xmlui/handle/1992/9759>

- Vargas Florian, S. M. (2018). La fuerza vinculante de la jurisprudencia del Consejo de Estado. *Revista Iusta*, 119-144.
- Vidal Perdomo, J. (2008). *Derecho Administrativo*. Bogota: Legis Edicion 13.
- Vililla, M. (2005). *Los servicios públicos como instrumento de solidaridad y cohesión social del Estado*. Bogotá : El Navegante Editores.
- Villabella Armengoli, C. M. (2012). Prosiguiendo el debate: los metodos de la investigacion juridica. *Revista Cubana de Derecho IV epoca*, 35-66.

REFERENCIAS JURISPRUDENCIALES

- C.E. Secc. Tercera, 7 abr. 2011, Correa Ruth, CI. No. 2000-00016-01-AG
- C.E. Secc. Tercera, 31 mar.2005, Saavedra Ramiro, CI. No. 2004-01617-01AG
- C.E. Tercera, Rincón Hernán, 30 abr. 2014 CI No. 27096
- C.E. Secc. Cuarta, 1 marzo 2012, W. Giraldo C.I17907
- C.E. Secc. Quinta, 10 Agosto de 2017 C.P. L. Bermúdez.
- C.E. Sección Tercera. 20 Ago 1998. J. Montes C.I. 14202
- C.E. Sección Tercera, 2 mayo 2016, D. Rojas, C.I. 31430
- C.E. S. Tercera, 19 Nov 2015, M. Velásquez, C.I. 43324
- C.E. sección tercera, 3 de diciembre de 2015, J. Santofimio, C.I. 50464
- C.E. sección tercera, 5 de diciembre de 2016 D. Rojas, C.I. 37069
- C.E. Sección tercera, 19 de julio de 2017, J. Santofimio C.I. 57394

C.E. Sección tercera, 17 de agosto de 2016 J. Santofimio C.I. 41783

C.E. Sección Tercera, 20 de febrero de 2017, J. Santofimio C.I. 56.562.

C.E. sección tercera, 04 de junio de 1998, R. Hoyos, C.I. 13988

C.E. sección tercera, 20 de octubre de 2005, G. Rodríguez, C.I. 14579

C.E. sección tercera, 15 de noviembre de 2011, R. Correa C.I. 21.178.

C.E. sección tercera, 17 de agosto de 2016, J. Santofimio C.I. 41.783

C.E. sección tercera, 13 de diciembre de 2008, R. Gil, C.I. 17009

C.E. sección tercera, 10 de julio de 1997, C. Betancur C.I. 9286

C.E. Sección Tercera, 21 de marzo de 2007, A. Hernández, C.I. 29.102

C.E. sección tercera, 24 de mayo de 2001, R. Hoyos C.I. 13598

C.E. sección tercera, 13 de noviembre de 2014, R. Pozos Guerrero, C.I. 26901

C.E. sección tercera, 29 de julio de 2015, J. Santofimio C.I. 40271

C.E. sección tercera, 3 de mayo de 2011, R. Hoyos C.I. 12724

C.E. sección tercera, 3 de diciembre de 2015 J. Santofimio C.I. 50464

C.E. Tercera, Rincón Hernán, 30 abr. 2014 CI No. 27096

C.E. sección tercera, 14 de abril de 2005 C.I. 1250

C.E. sección tercera, 24 de agosto de 2000, J. Carrillo, C.I. 11318

C. E., Sección tercera R. Correa, N.I. 17072).

C.E. Sección Tercera, 21 de marzo de 2007, A. Hernández, C.I. 29.102

C.E. sección tercera, 29 de julio de 2015, J. Santofimio C.I. 40271

C.E. sección tercera, 3 de mayo de 2011, R. Hoyos C.I. 12724

C.E. Sección tercera M.P. M. Fajardo, C.I. 24996

C. E. Sección 3, 16 feb. 2006, R. Saavedra Becerra;

C. E. Sección tercera, 15 nov. 2011, R. Correa Palacio;

C. E. Sección tercera, 20 feb. 2014, R. Pazos Guerrero

C de E. Sección tercera Sentencia del 22 de octubre de 2012. Exp.20738

C.E. Secc. Tercera, 30 de julio de 2008 C.I. 26520, R. Saavedra

C.Const. C-067/2013 M. Monroy

C.Const. C-221/1994 C. Gaviria

C.Const. T 445/1994 A. Martinez

C.Const T-028/2014 M. Calle

C.Const. C-060/05. J. Araujo.

C.Const. T 079-1993 E. Cifuentes

C.Const. C- 640/02 Monroy M.

C.Const. T-520/2003, R. Escobar

C.CONST. T-578/ 1992 A. Martinez

C.Const. C- 066/1997 F. Morón

C.Const. C-250-2012 Sierra H. A.

C.Const. C-197 de 1999. Barrera A.

C.Const. C-620/2012, 9 Ago2012, J. Pretelt

C.Const. C-934 de 2013 N. Pinilla

C.Const. C-792/2006 R. Escobar

C. Const. T-540/1992 E. Cifuentes

C. Const. C-198/1998 E. Cifuentes

C. Const. C-236/1998 A. Carbonell

C. Const. C-263-2013 J. Palacio

C. Const. T- 181/2014 M. González
C. Const. C. 736/2007 M. Monroy
C. Const. c-1189 /2008 M. Cepeda
C. Const. C-736 /2007 M. Monroy
C. Const. C-539-2011 L. Vargas
C. Const. C-400-1999 V. Naranjo
C. Const. C-649-2002 E. Montealegre
C. Const. C-558/2001 J. Araujo
C. Const. C-853/2005 J. Córdoba
C. Const. Su 1010/2008 R. Escobar
C. Const. C- 035/2033 J. Araujo
C.S.J. SC11287-2016, A. Salazar.
C.S.J. Civil, 30 ago. 2011, W. Namén Vargas

REFERENCIAS NORMATIVAS

C.P. (Constitución Política de Colombia)

C.C. (Código Civil Colombiano)

C.S.T. (Código Sustantivo del Trabajo)

CPACA (Código de procedimiento administrativo y de lo contencioso administrativo)

L. 142/1994

L.1437/2011

L.80/1993

L.1150/2007

L.489/1998

L.689/2001

L. 1474/2011

L.388/1997

L.472/1998

L.1066/2016

L.1682/2013

L.1742/2014

L.1714/2014

D.103/2015

D.4170/2011

D.1082/2015

R. CRA 151/2011