



**“DESCRIPCIÓN DE LOS MECANISMOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN DE  
CONFLICTOS CONTRACTUALES CONTENIDOS EN LA LEY 80 DE 1993”**

**CARLOS JOSÉ SALAZAR PICÓN  
CRISTHIAN CAMILO GOMEZ CHAVARRO**

**UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE BUCARAMANGA  
FACULTAD DE DERECHO  
CENTRO DE INVESTIGACIONES SOCIO JURÍDICAS  
BUCARAMANGA  
2005**



**“DESCRIPCIÓN DE LOS MECANISMOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN DE  
CONFLICTOS CONTRACTUALES CONTENIDOS EN LA LEY 80 DE 1993”**

**CARLOS JOSÉ SALAZAR PICÓN  
CRISTHIAN CAMILO GOMEZ CHAVARRO**

**Requisitos para optar al título Profesional de Derecho**

**Director  
Dr. Laureano Gómez  
Director Centro de Investigación UNAB.**

**UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE BUCARAMANGA  
FACULTAD DE DERECHO  
CENTRO DE INVESTIGACIONES SOCIO JURÍDICAS  
BUCARAMANGA**

**2005**



## ABREVIATURAS

C.C.A	Código Contencioso Administrativo.
C.C.C	Código civil Colombiano.
C.P.C	Código de Procedimiento Civil.
C de Co	Código de Comercio.
C.P.N	Constitución Política de Colombia.
Art	Artículo.



## CONTENIDO

	<b>Pág.</b>
INTRODUCCIÓN	
1 DESCRIPCIÓN DE LOS MECANISMOS ALTERNATIVOS DE SOLUCION DE CONFLICTOS CONTENIDOS EN LA LEY 80 DE 1993.	3
1.1 JUSTIFICACIÓN	3
1.1.1 Limitaciones.	5
1.2 OBJETIVOS	6
1.2.1 Objetivo general	7
1.2.2 Objetivos específicos.	7
1.3 PROBLEMA	7
1.3.1 Identificación del problema.	7
1.4 VARIABLES.	8
2. LA CONTRATACIÓN EN EL ESTADO COLOMBIANO	9
2.1 RESEÑA HISTÓRICA DE LA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA EN COLOMBIA.	9
2.1.1 Primera etapa	11
2.1.2 Segunda etapa	12
2.1.3 Tercera etapa	13
2.1.4 Cuarta etapa	14
2.1.5 REGIMEN CONTRACTUAL APLICABLE A LAS ENTIDADES DEL ESTADO.	15
2.3 PRINCIPIOS JURÍDICOS CONTENIDOS EN LA LEY 80 DE 1993	29
2.3.1 Derecho a la reclamación	30
2.3.2 La reclamación debe ser de buena fe	31
2.3.3 Principio de la plenitud de la retribución del contratista	32



2.3.4	Principio del pago oportuno y completo	32
2.3.5	Principio de la celeridad en la reclamación y derecho a una Respuesta.	33
2.3.6	Principio del arreglo directo con o sin intermediación	33
2.3.7	De los principios en las actuaciones contractuales de las entidades Estatales.	34
2.3.8	Del principio de transparencia	35
2.3.9	Principio de economía.	40
2.3.10	Principio de la responsabilidad	44
2.3.11	De la ecuación contractual	45
2.3.12	De la interpretación de las reglas contractuales	46
2.3.13	El deber de selección objetiva	46
2.3.14	De la estructura del procedimiento de selección	47
2.3.15	De la publicación de los actos y sentencias sancionatorias	51
2.4	<b>PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES APLICABLES A LOS CONTRATOS DE DERECHO PRIVADO</b>	52
2.4.1	Principio de la autonomía privada.	52
2.4.2	Principio de la economicidad	53
2.4.3	Principio de la buena fe	54
2.4.4	Principio de tutela de la confianza	55
2.4.5	Principio de las cargas	55
2.4.6	Principio de preservación	57
2.4.7	Principio del equilibrio patrimonial	58
2.4.8	Principio de la libertad de forma	59
2.4.9	Principio del efecto vinculante	59
2.4.10	Principio de la solidaridad	60
2.4.11	Principio de la simultaneidad	60
2.4.12	Principio de seriedad contractual	61



2.4.13	El principio de la libertad de forma	62
2.4.14	Principio del intervencionismo estatal	63
2.4.15	El principio de protección de los derechos fundamentales	64
2.4.16	El principio del orden económico justo	65
2.4.17	El principio de la función social y ecológica	65
2.4.18.	El principio de la protección de la empresa	65
2.5	FÓRMULAS INSTITUCIONALES RELATIVAS A NEGOCIOS ESPECIFICOS.	66
2	PROCEDIMIENTO PARA LA SOLUCIÓN DE CONFLICTOS CONTRACTUALES.	68
3.1	SOLUCIÓN DIRECTA: “LA TRANSACCIÓN”	73
3.1.1	Concepto	73
3.1.2	Elementos esenciales de la transacción.	74
3.1.3.	Características de la transacción.	77
3.1.4	Efectos de la transacción	77
3.1.5	Requisitos para la validez de la transacción	78
3.1.6	Clasificación de la transacción	79
3.1.7	La transacción en el derecho público	81
3.1.8	Efectos de la transacción	82
3.2	SOLUCIÓN MEDIADA: AMIGABLE COMPOSICIÓN	82
3.2.1	Concepto	82
3.2.2	Normas reguladoras	83
3.2.3	Procedimientos	83
3.2.4	Consecuencias	83
3.2.5	Desarrollo práctico	84
3.2.6	Regulación en la ley 446 de 1998	84
3.2.7	Diferencias y semejanzas con la conciliación.	84
3.3	SOLUCIÓN MEDIADA: LA CONCILIACIÓN	85
3.1.1	Concepto.	85
3.3.2	Conciliación prejudicial ante los procuradores delegados	93



3.3.3	Normas reguladoras.	96
3.3.4	Comités de conciliación	101
3.3.5	Centros de Conciliación y Arbitraje	102
3.3.6	Categorización de los Centros de Conciliación y Arbitraje	102
3.3.7	Conciliación judicial	104
3.3.8	Condiciones para solicitarla	105
3.3.9	Audiencia de conciliación	106
3.3.10	Conclusión del procedimiento conciliatorio	107
3.3.11	Recursos	109
3.3.12	Acción de repetición contra el servidor público	110
3.4	<b>SOLUCIÓN COACTIVA: EL ARBITRAJE</b>	113
3.4.1	Concepto	113
3.4.2	Breve historia del arbitraje.	115
3.4.3	Modalidad o clase de arbitraje	118
3.4.4	Plazos para decidir en el tribunal arbitral	126
3.4.5	Asuntos susceptibles de arbitramento	127
3.4.6	Pacto arbitral.	127
3.4.7	Cláusula compromisoria	128
3.4.8	Tramite prearbitral	129
3.4.9	Laudo arbitral	130
3.5	<b>SOLUCIÓN JUDICIAL: SOLUCIÓN COACTIVA</b>	131
3.5.1	Concepto	131
3.5.2	Acciones por hechos precontractuales	132
3.5.3	Acciones por actos precontractuales	134
3.5.4	Acciones de nulidad del contrato	137
3.5.5	Acciones con ocasión del contrato	140
3.5.6	Acciones por hechos en ejecución del contrato	141
3.5.7	Las acciones ejecutivas y abreviadas, por hechos	143
3.5.8	Acciones por actos contractuales unilaterales	157
3.5.9	Acciones por actos contractuales bilaterales	159



3.5.10	Hechos postcontractuales	160
3.5.11	Actos postcontractuales	162
3.5.12	Hechos extra contractuales relacionados con el contrato	162
3.5.13	La unificación del derecho de la responsabilidad	164
2	APLICACIÓN DE LOS MECANISMOS ALTERNATIVOS DE SOLUCION DE CONFLICTO CONTENIDOS EN LA LEY 80 DE 1993, POR PARTE DE LA ADMINISTRACION MUNICIPAL DE BUCARAMANGA.	168
4.1	ACTA DE CONCILIACIÓN EXTRAJUDICIAL N° 143-03	171
4.2	ACTA DE CONCILIACIÓN EXTRAJUDICIAL N° 159-02	172
4.3	ACTA DE AUDIENCIA DE CONCILIACIÓN EXTRAJUDICIAL N° 122-04.	174
5.	CONCLUSIONES	176
	BIBLIOGRAFÍA	179



## LISTA DE FIGURAS

	<b>Pág.</b>
Figura 1.	80
Figura 2.	89
Figura 3.	118
Figura 4.	128



## LISTA DE TABLAS

	<b>Pág.</b>
Tabla 1. Conciliaciones ante Tribunales	103
Tabla 2. Dineros pagados en conciliaciones judiciales	103
Tabla 3. Pago de sentencias y conciliaciones	104
Tabla 4. Análisis casuístico	169



## LISTA DE GRÁFICOS

	Pág.
Gráfico 1.	170
Gráfico 2.	171



## INTRODUCCIÓN

Ciertamente, uno de los componentes en los que reposa la mayor legitimidad de los Estados de Derecho modernos consiste en la capacidad que tiene éste al momento de resolver los conflictos surgidos entre particulares con el Estado.

A su vez, la finalidad primordial de cualquier sistema legal jurídico la constituye el establecimiento de reglas claras con el propósito de encontrar soluciones justas y equitativas a dichas controversias. Es así como, la carencia de una justicia eficaz y cumplida se refleja o se traduce principalmente en impunidad o delitos no resueltos y congestión o demora en el trámite de los procesos.

Siendo la actividad contractual una de las de mayor relevancia en el actuar del Estado, en ocasiones no se entiende, porqué cuando surgen los conflictos no se utilizan dichos mecanismos; de esta manera, se incide notablemente en el retraso de la obra u objeto a recibir, ó en su producción a veces imperfecta, lo que repercute considerablemente en el bienestar de la comunidad y por sobre todo en las finanzas del Estado. Es por ello, que la Contratación Estatal resulta en ocasiones, costosa y posiblemente no rentable en la inversión que se pretende.

Esto, en últimas, genera una percepción negativa por parte del ciudadano de la institucionalidad judicial del Estado y una falta de acceso al sistema formal de resolución de conflictos. Razón por la que, sin temor a equivocarnos el legislador ha reglamentado los Mecanismos Alternativos de Solución de conflictos debido a que la actividad que desarrolla la Administración para cumplir con los fines sociales del Estado, demanda en el desarrollo de su presupuesto de Inversión y en algunas ocasiones en el de Funcionamiento, un instrumento denominado “**Contratación Estatal**”, negocio jurídico en que el Estado adquiere compromisos y contrae



derechos, en ánimo a obtener un objeto para cualificar su deber frente al administrado.

Ahora bien, consideramos que no son sólo las partes que en virtud de una relación jurídica tormentosa y por autorización de la ley quienes acuden a los diferentes medios alternos de solución de controversias, es también el mismo Estado quien ha buscado mediante normas obligar a las partes para que se sometan a arreglos más “amistosos” que el judicial, que si bien, en algunos casos se surte durante la evolución del proceso jurisdiccional, pueden darle un final anticipado y más satisfactorio para quienes participan en él. Así, podemos encontrar la Conciliación, obligatoria hoy en día en la mayoría de procesos judiciales. El Estado ha buscado que las partes de manera anticipada lleguen a un arreglo y terminen de una vez sus diferencias, y de esa manera disminuya la saturación que hoy por hoy sufre nuestro sistema judicial.

En lo contencioso administrativo, la primera regulación en punto de mecanismos alternos para la solución de controversias se planteó en la ley 80 de 1993, que si bien trataba, entre otros mecanismos, la conciliación en la contratación estatal, no se constituía en el primer ordenamiento legislativo en contemplar ese mecanismo, por estar ya mencionada en el artículo 101 del C.P.C.

El Estatuto de Contratación Estatal, advirtió la necesidad de implementar mecanismos ágiles que permitieran que la administración pudiera cumplir sus cometidos, incluso, cuando tenía que afrontar diferencias con sus contratistas.

Consecuentemente, con ello en esta monografía estudiaremos no sólo los mecanismos planteados en la ley antes mencionada, sino las modificaciones y adiciones que a lo largo de la última década se dieron en el tema.



También desarrollaremos a lo largo de esta monografía la Descripción de los Mecanismos alternativos de solución de conflictos contractuales contenidos en la ley 80 de 1993, de una manera pedagógica, para que el estudiante de derecho comprenda y aplique en un futuro los Mecanismos Alternativos tales como la conciliación, amigable compocisión, transacción y el arbitramento.



## 1. DESCRIPCIÓN DE LOS MECANISMOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS CONTRACTUALES CONTENIDOS EN LA LEY 80 DE 1993

### 1.1 JUSTIFICACIÓN

Hoy en día cobra mucha importancia el estudio de los diferentes mecanismos de solución de conflictos contractuales, debido a que la actividad que desarrolla la Administración para cumplir con los fines sociales del Estado, demanda en el desarrollo de su presupuesto de Inversión y en algunas ocasiones en el de Funcionamiento, un instrumento denominado “Contratación Estatal”, negocio jurídico en que el Estado adquiere compromisos y contrae derechos, en ánimo a obtener un objeto para cualificar su deber frente al administrado.

Es así como, se ha tornado indispensable que el Estado en virtud de los principios que rigen la contratación Estatal<sup>1</sup> y de la Constitución misma, permitan a todos los ciudadanos el acceso y vigilancia sin ningún problema a esta clase de contratos.

Precisamente, la actividad contractual es una de las de mayor relevancia en el actuar del Estado, en ocasiones no se entiende, porqué cuando surgen los conflictos no se utilizan dichos mecanismos; de esta manera, se incide notablemente en el retraso de la obra u objeto a recibir, ó en su producción a veces imperfecta, lo que repercute considerablemente en el bienestar de la comunidad y pero sobre todo en las finanzas del Estado. Es por ello, que la Contratación Estatal resulta en ocasiones, costosa o posiblemente no rentable en la inversión que se pretende.

---

<sup>1</sup> **Artículo** 23 de la ley 80 de 1993. DE LOS PRINCIPIOS EN LAS ACTUACIONES CONTRACTUALES DE LAS ENTIDADES ESTATALES. Las actuaciones de quienes intervengan en la contratación estatal se desarrollarán con arreglo a los principios de transparencia, economía y responsabilidad y de conformidad con los postulados que rigen la función administrativa. Igualmente, se aplicarán en las mismas las normas que regulan la conducta de los servidores públicos, las reglas de interpretación de la contratación, los principios generales del derecho y los particulares del derecho administrativo.



Ahora bien, la investigación objeto de estudio se desarrollará mediante información recolectada de diferentes fuentes bibliográficas como libros, normatividad jurídica, Jurisprudencia de las Altas Cortes de Colombia. Así como de la información suministrada por parte de Entidades y Organismos Públicos, que manejan el tema a investigar, tales como: Alcaldía de Bucaramanga, Tribunal Administrativo de Santander, Procuradurías Judiciales delegadas en Asuntos Administrativos – Agentes del Ministerio Público, entre otras. Se especifican pues consideran que son estas Entidades quienes diariamente manejan Mecanismos de Solución de Conflictos de Carácter Contractual, y quienes conocen si realmente dichos instrumentos, permiten solucionar las diferencias que se derivan de un contrato estatal, así como conocer cuales son los efectos jurídicos de cada uno de dichos mecanismos.

Igualmente, encontramos que en la presente monografía se contará con la ayuda y colaboración de Entidades Públicas de Bucaramanga, pues como ya se dijo antes, son personas con conocimientos en la materia, además, es evidente que día a día son quienes aplican los Mecanismos de Solución de Conflictos, razón suficiente para que en un momento dado puedan llegar a entender con claridad el objeto de la presente investigación, presentando un interés claro en la misma.

En efecto, ésta se centrará en analizar aspectos básicos de la Contratación Estatal y los Medios Alternativos de Solución de los conflictos de carácter contractual, justamente es por estas razones que consideramos que se realizarán estadísticas sustentadas en la información que solicitaremos de las Entidades Públicas. De igual manera, efectuaremos entrevistas abiertas y encuestas a las personas conecedoras (Servidores Públicos) de la temática a tratar e investigar en el presente proyecto. Es así como, pretendemos que no sólo los contratistas sino también los servidores públicos conozcan, identifiquen y recuerden, cuáles son los Mecanismos Alternativos de Resolución de Conflictos de Carácter Contractual contenidos en la ley 80 de 1993.



A modo de ejemplo, expondremos un caso que se presenta diariamente: Una persona celebra un contrato con un Municipio X, en el cual dentro de sus cláusulas se especifica que se pagará una vez la obra se termine, dicha obra fue concluida y se presenta el acta de liquidación del contrato. Pasa un tiempo, y al contratista, la Administración Municipal no le ha cancelado dicho dinero. El contratista espera a que en el presupuesto del próximo año, se determine un rubro o partida presupuestal para tal fin, ello no ocurre, el contratista deja pasar más de dos años, y más adelante cuando decide realizar por ejemplo, una conciliación prejudicial, el Tribunal Administrativo al momento de efectuar el estudio de legalidad de la misma, encuentra que debe ser rechazada, pues existe caducidad de la Acción. Entendiéndose que el contratista por vía de lo Contencioso Administrativo ha perdido la oportunidad de reclamar dicho pago.

Es por esta razón, que anhelamos que esta monografía sea útil también para los estudiantes de derecho, pues el día de mañana son ellos, quienes las deberán aplicar si en un momento dado se llegare a presentar un inconveniente en la ejecución de un contrato estatal.

### **1.1.1 Limitaciones.**

- **Viabilidad.** Las fuentes de datos para el desarrollo de nuestro estudio son de fácil acceso, pues en Colombia existe una normatividad que contempla el tema a investigar, así como las Entidades que aplican dicha legislación. De la misma manera, la Doctrina y por supuesto, Jurisprudencia, las cuales posibilitan el alcance de los datos necesarios y requeridos para lograr un adecuado procesamiento de la información con fines en el desarrollo de la investigación o estudio a realizar.



- **Lugar o espacio donde se llevará a cabo la investigación.** En Bucaramanga se desarrollará este proyecto investigativo, pues con la colaboración de Entidades tales como: Tribunal Administrativo de Santander, Procuradurías Judiciales en lo Contencioso Administrativo, así como la Alcaldía de Bucaramanga, podremos identificar a través de casos reales, cuál es el verdadero sentido y alcance de los Medios Alternativos para la Resolución de conflictos contenciosos contractuales contenidos en la ley 80 de 1993. Para así evaluar la aplicación de dichos mecanismos.
- **Tiempo.** El tiempo de duración para el desarrollo de esta investigación será aproximadamente de 6 meses. No obstante lo anterior, se deja abierta la posibilidad de que sea posible su terminación en un tiempo menor, pues vale la pena tener en cuenta, que llevamos estudiando el tema objeto de la presente investigación, desde hace aproximadamente un año y medio, con una base de datos amplia.
- **Financiación.** En cuanto, al aspecto de recursos, consideramos que serán para lo concerniente con los libros, textos a investigar y en general, en lo relacionado con los gastos de impresión y todo aquello que conlleva con la presentación óptima de la investigación a realizar.

## **1.2 OBJETIVOS**

**1.2.1 Objetivo general.** Describir la aplicación de los Mecanismos Alternativos para la Resolución de Conflictos de carácter contencioso contractual contenidos en la ley 80 de 1993, determinando si éstos dentro de la práctica jurídica que se vive en Bucaramanga, son empleados con fundamento en lo estipulado en la normatividad que los regula.



### 1.2.2 Objetivos específicos.

- Estudiar los antecedentes normativos específicos de los Mecanismos Alternativos para la Resolución de Conflictos de carácter contencioso contractual contenidos en la ley 80 de 1993.
- Identificar cuales son los Mecanismos Alternativos para la Resolución de Conflictos de carácter contencioso contractual que se utilizan para solucionar los conflictos que se derivan de la contratación estatal en Bucaramanga.
- Describir los Mecanismos Alternativos para la Resolución de conflicto contenido en la ley 80 de 1993.
- *Consultar casos a nivel de la actuación directa por parte de la Administración Municipal de Bucaramanga, en los cuales son aplicados los Mecanismos Alternativos para la Resolución de Conflictos de carácter contencioso contractual.*
- Ofrecer una Descripción ágil, fácil y pedagógica.
- Presentar conclusiones acerca de la aplicación que se da en el Municipio de Bucaramanga sobre los Mecanismos Alternativos para la Resolución de Conflictos de carácter contencioso contractual contenidos en la ley 80 de 1993.

### 1.3 PROBLEMA

#### 1.3.1 Identificación del problema.

**Existe Congestión del aparato jurisdiccional del estado.** No obstante, existen instrumentos judiciales que la ley misma prevé con el fin de solucionar precisamente dicha congestión.



**Ineficacia de los Funcionarios públicos.** Debido en ocasiones por la ignorancia de las normas que sustentan la contratación estatal los Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos de carácter contractual contenidos en la ley 80 de 1993.

**Formulación del problema.** ¿Son aplicados por parte del Municipio de Bucaramanga los Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos de carácter contractual contenidos en la ley 80 de 1993; en desarrollo de la ejecución y control de la actividad contractual o falta el conocimiento claro de un instrumento pedagógico que los describo y permito su conocimiento y su aplicación.

#### **1.4 VARIABLES.**

- Clase de contrato, ello atendiendo a la clasificación enunciativa que establece el artículo 32 de la ley 80 de 1993.
  
- La calidad de las partes que suscribieron el contrato.
  
- Cláusulas dentro del contrato que se incumplieron:
  - Término de duración del contrato.
  - Término para pagar el precio del contrato.
  - Objeto del contrato.
  - Ruptura del equilibrio financiero



## **2. LA CONTRATACIÓN EN EL ESTADO COLOMBIANO**

### **2.1 RESEÑA HISTÓRICA DE LA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA EN COLOMBIA.**

Para mayor comprensión de esta monografía, se hace necesario reseñar la evolución histórica de la contratación administrativa en Colombia, antes de adelantar al estudio teórico y práctico de los Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos de carácter Contencioso Administrativo contenido de la ley 80 de 1993.

El devenir histórico de la Contratación Administrativa en Colombia no se caracteriza por su efectividad, pues el mismo ha sido ampliamente discutido en nuestro país. Es así como en el año de 1964, la jurisprudencia y la doctrina empezaron a considerar y argumentar sobre si se admite o no que la Administración tenga la facultad para celebrar contratos sometidos a un Régimen Especial (contratos administrativos) y contratos regidos según las normas del Derecho Privado (contratos privados de la administración).

En los primeros, la administración aplicaría en su favor prerrogativas que rebasan las cláusulas usuales y normales entre los particulares, ello con arreglo a un régimen de derecho administrativo.

En los segundos, la administración contrataría dentro de unas bases de igualdad con los particulares, ello con arreglo a los estatutos que rigen las relaciones entre éstos.



La Doctrina<sup>2</sup> ha sido uniforme al sostener que esta polémica surgió a partir del momento en que la ley estatuyó todo lo concerniente con la repartición de competencias entre la Jurisdicción Ordinaria y la Contencioso Administrativa en materia contractual, asignándole a la primera el conocimiento de las controversias derivadas de los contratos privados de la administración y a la Jurisdicción Contencioso Administrativa la competencia de los conflictos derivados de los denominados contratos administrativos.

En efecto, todo lo anterior compendia los siguientes aspectos primordiales y básicos:

- a) Principios de la contratación y responsabilidad contractual.
- b) Autonomía de la voluntad y consensualidad
- c) Unidad de la categoría contractual
- d) Abolición de la licitación privada.
- e) Selección objetiva del contratista
- f) Mantenimiento del equilibrio financiero y económico.

Ahora bien, como criterio metodológico y por razones didácticas podemos separar la evolución histórica del régimen de los contratos estatales en el país, en cuatro etapas. Hasta antes de la expedición de la Ley 80 de 1993, los administrativistas<sup>3</sup> se habían atrevido a precisar la evolución histórica de los contratos estatales en Colombia, en tres etapas... Se puede considerar que con la promulgación de la Ley 80 se culmina la tercera etapa y empieza la cuarta.

---

<sup>2</sup> RICO PUERTAS, Luis Alonso. “Teoría general y práctica de la contratación Estatal”. Grupo Editorial Leyer 2000.

<sup>3</sup> RODRIGUEZ, Libardo. HINCAPIE, Juan Ángel. MONEDERO, Ignacio. PENAGOS, Gustavo, RIASCOS GÓMEZ, Libardo Orlando. VIDAL PERDOMO, Jaime. MORALES RESTREPO, Didier.



**2.1.1 Primera etapa.** Inicia a partir de la Constitución Política de 1886 y culmina en el año de 1964. Durante este período todos los contratos celebrados por la administración se regían por el derecho privado y eran sometidos a la jurisdicción ordinaria. Como lo sustentó la Sentencia 12 de abril de 1935 de la Sala de Negocios Generales de la Honorable Corte Suprema de Justicia, en la cual se afirmaba:

**“La Nación, al contratar, queda sometida a las prescripciones del Derecho Común que gobiernan los contratos, siendo una de ellas las del art. 1602 del Código Civil”.**

Ello no significa que no se haya dictado normas sobre la materia, es más, durante ese período fue abundante la legislación en la materia contractual. Entre otras podemos citar las siguientes:

- La Ley 53 de 1909, que mencionó de la cláusula de caducidad en los contratos de gobierno.
- El Decreto-Ley 911 de 1932, a su turno se refirió al certificado de reserva y a la subordinación de los pagos a las apropiaciones presupuestales.
- La Ley 65 de 1911, que mencionó los casos en que procedía la licitación privada.
- La Ley 61 de 1921, que sentó como regla la licitación pública.
- La Ley 2ª. De 1938, que reconoció la cláusula compromisoria.



- La Ley 167 de 1941, antiguo Código Contencioso Administrativo, que dedicó uno de sus capítulos a los “Contratos de la Administración”.

Todo este acopio legislativo fue acrecentándose con decretos reglamentarios del Presidente de la República y Resoluciones Orgánicas de la Contraloría General de la República.

**2.1.2 Segunda etapa.** Comienza con la expedición del Decreto 528 de 1964 y se extiende hasta el año de 1983. Se distingue porque en el citado decreto se instituye la dualidad de los contratos estatales, en contratos privados de la Administración y Contratos Administrativos, en la que éstos son sometidos a la Jurisdicción Contencioso Administrativa; pero no se precisa legalmente qué son los contratos administrativos, vacío legal que permitió que fuera la jurisprudencia del Consejo de Estado<sup>4</sup> la que precisara qué son contratos administrativos, para efecto de determinar si las controversias originadas eran sometidas a la Jurisdicción Contencioso Administrativa o a la Jurisdicción Ordinaria. Efectivamente, la jurisprudencia del Consejo de Estado se encargó de señalar a la cláusula de caducidad como factor determinante de tal distinción, en el sentido de que si en el contrato celebrado por la Administración se pactó dicha cláusula, entonces se estaría ante un contrato administrativo. Pero no en todas las ocasiones el H. Consejo de Estado<sup>5</sup> acogió el criterio de la cláusula de caducidad, sino también señaló el criterio finalista como factor determinante en los contratos administrativos, de acuerdo con el cual un contrato es administrativo cuando con él se persigue la prestación de un servicio público como el contrato de obra y de concesión de servicios públicos.

---

<sup>4</sup> Consejo de Estado sentencia 13 de mayo de 1993, sección 3 Magistrado ponente Julio Cesar Uribe Acosta, Expediente 703. legislación aplicable. Nulidad de Actos Administrativo y Caducidad.

<sup>5</sup> Ibidem.



Dentro de esta etapa, consideramos importante acotar que para el año de 1975 se produjo un cambio de mentalidad, pues, el legislador mediante la Ley 28 de 1974, confirió al ejecutivo facultades extraordinarias para dictar normas en materia de contratos, ello con el propósito de establecer un Régimen armónico y global sobre este asunto.

Con fundamento en dichas facultades, el Gobierno expidió el Decreto-Ley 1670 de 1975, que constituyó en la práctica el primer estatuto contractual de la Administración y con el cual se manifiesta una clara tendencia a transformar en legislado el tema de los contratos. No obstante, este Decreto-Ley fue derogado en su totalidad por el Decreto-Ley 150 de 1976, que modificó algunos aspectos del anterior y reprodujo muchos otros, cuyo mérito mayor fue sin duda el de lograr compilar toda la dispersa legislación anterior en un único cuerpo normativo utilizando en Colombia el criterio jurisprudencial del Consejo de Estado como diferenciador de los contratos administrativos.

**2.1.3 Tercera etapa.** Esta etapa empezó con la expedición del Decreto-Ley 222 de 1983, la cual culmina con la promulgación de la Ley 80 de 1993. Se destaca porque se estableció en el mencionado Decreto-Ley un criterio de definición de contratos administrativos, cual fue el criterio legal. En otras palabras, se estableció en la ley un listado de contratos que tendrían carácter de administrativos y, por consiguiente, serían sometidos en caso de conflicto o controversia a la jurisdicción contenciosa administrativa. Es así como, los restantes, serían de derecho privado y de competencia de la jurisdicción ordinaria.

Sin embargo, hay que tener en cuenta dos variantes:

En primer lugar, el Decreto 222 de 1983 no reguló íntegramente la materia sino que solo se ocupó de algunos contratos mencionados en lo que hoy por hoy es nuestro Estatuto de la Contratación Pública en Colombia; en segundo término, se



creó una modalidad un tanto contradictoria llamada “**contratos privados con cláusulas de caducidad**”, que a pesar de ser privados se les aplican las cláusulas exorbitantes y la jurisdicción competente era la Contencioso Administrativa en caso de controversia.

**2.1.4 Cuarta etapa.** Se considera que con la promulgación de la Ley 80 de 1993, finaliza la distinción entre contratos administrativos y contratos privados de la administración, por cuanto, se unifican en una sola categoría: “**Contratos Estatales**”, cuya jurisdicción competente en los casos de controversias es una sola: “**La Contencioso Administrativa**”.

Se considera esencial resaltar que algunos tratadistas<sup>6</sup> afirman que pese a la unificación en “contratos estatales” que instituye la Ley 80 de 1993, piensan que al final la jurisprudencia se va a encargar de hacer nuevamente la diferencia en “contratos privados de la administración” y “contratos administrativos”, pues, según se infiere de los arts. 13 y 40, ibídem, la regla general es que el régimen jurídico de los contratos estatales es el derecho privado pero habrá contratos en los que se entenderán pactados las cláusulas exorbitantes y otros en los que se podrán incluir dichas cláusulas, como lo veremos más adelante.

Pero lo cierto es que la polémica que se presentaba con la dualidad de los contratos del Estado, en privados y administrativos, giraba en torno a determinar cuál era la jurisdicción competente en caso de controversias. Hoy por hoy, a la luz de la Ley 80 de 1993, la jurisdicción competente en caso de controversias siempre va a ser una: **La Contencioso Administrativa**, sea que jurisprudencialmente se haga o no la diferenciación en contratos privados y contratos administrativo.

---

<sup>6</sup> RODRÍGUEZ, Libardo. Derecho administrativo general y colombiano. 13ª edición. Santa Fe de Bogotá, Temis 2002, HINCAPIE, Juan Ángel. La concentración de las entidades estatales, 4ª edición. Medellín, Jurídica Sánchez, 2004.



Los criterios jurisprudenciales y doctrinarios que surjan sobre el tema tendrán un simple alcance teórico y limitado, con el fin de precisar en qué contratos el Estado utilizará en su favor los privilegios, denominados “cláusulas exorbitantes”, que desbordan las cláusulas usuales entre los particulares.

Con la Ley 80 de 1993 se acoge el criterio de la naturaleza unitaria de los contratos estatales (art. 32), cuyo juez competente para conocer de las controversias y de los procesos de ejecución o cumplimiento será el de la Jurisdicción Contencioso Administrativa (art. 75), aboliendo de este modo la doble clasificación que de esa noción se había impuesto con criterios jurisprudenciales y doctrinarios y que en la actualidad ha expuesto enorme dificultad cuando se ha pretendido efectuar la disparidad, en la doble clasificación expuesta anteriormente.

## **2.2 REGIMEN CONTRACTUAL APLICABLE A LAS ENTIDADES DEL ESTADO**

En relación con la Contratación Estatal se pretende con su expedición, la unificación normativa, ello con el propósito de convertirse en la general y única en todo el territorio nacional. El fundamento constitucional de este carácter universal del Estatuto de la Contratación, se halla en el inciso final del artículo 150 de la Carta Política, en donde se le confiere al Congreso de la República, la facultad de expedir el ***“Estatuto General de la Contratación de la Administración Pública”***.

En desarrollo de esta disposición, el Congreso expidió la Ley 80 de 1993, la cual contiene un conjunto normativo en materia contractual de obligatoria observancia para todos los Entes y Organismos del Estado, así como de las diferentes ramas del poder público y en sus diferentes niveles. Podríamos considerar que las normas del nuevo estatuto que determinan su campo de aplicación los constituyen los artículos 1, 2, 13 y 81. Dice el artículo 13:



***“Los contratos que celebren las entidades a que se refiere el artículo 2º del presente estatuto se regirá por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, salvo en las materias particularmente reguladas por esta Ley”***

El artículo 1º, ibídem, establece:

***“la presente Ley tiene por objeto disponer las reglas y principios que rigen los contratos de las entidades estatales”.***

Por su parte el artículo 2º, se refiere a las entidades como:

***“La nación, las regiones, los departamentos, las provincias, el Distrito Capital y los distritos especiales, las áreas metropolitanas, las asociaciones de municipios, los territorios indígenas y los municipios, los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del estado, las sociedades de economía mixta en las que el estado tenga participación superior al cincuenta por ciento, así como las entidades descentralizadas indirectas y las demás personas jurídicas en las que exista dicha participación mayoritaria, cualquiera sea la denominación que ellas adopten, en todos los órdenes y niveles; el Senado de la República, la Cámara de Representantes, el Consejo Superior de la Judicatura, la Fiscalía General de la Nación, la Registraduría Nacional del Estado Civil, los ministerios, los departamentos administrativos, las superintendencias, las unidades administrativas especiales y, en general, los organismos o dependencias del Estado a los que la ley otorgue capacidad para celebrar contratos”.***



El artículo 81, ibídem, deroga el Decreto 222 de 1983, en consecuencia el artículo 1º, que confería a los departamentos y municipios la competencia para regular ciertos aspectos tales como la procedencia de la licitación pública de acuerdo con la cuantía de los contratos, las aprobaciones previas y posteriores a ciertos contratos, etc.

Excepcionalmente, el Art. 76 de la mencionada norma otorga competencia a las Entidades Estatales encargadas de la exploración y explotación de recursos naturales renovables y no renovables para determinar en sus reglamentos internos, así como el procedimiento de selección de los contratistas, las cláusulas excepcionales que podrán pactarse, las cuantías y los trámites a que deben sujetarse, teniendo en cuenta siempre el deber de selección objetiva y los principios de transparencia, economía y responsabilidad.

De igual manera, en el Art. 38 establece:

***“Que las entidades estatales que prestan el servicio de telecomunicaciones, en los contratos que celebren para la adquisición y suministro de equipos, construcción, instalación y mantenimiento de redes y de los sitios donde se ubiquen, no estarán sujetas a los procedimientos de selección de esta ley. Los estatutos internos de estas entidades determinarán las cláusulas excepcionales que podrán pactar en los contratos, de acuerdo con la naturaleza propia de cada uno de ellos, así como los procedimientos y las cuantías a las cuales deben sujetarse para su celebración. Los procedimientos que en cumplimiento de lo previsto en este artículo adopten las mencionadas entidades estatales, deberán desarrollar los principios de selección objetiva, transparencia, economía y responsabilidad establecidos en esta ley”.***



Finalmente, el Art. 32. Parágrafo 1º, prevé que:

***“Sin perjuicio de lo dispuesto en esta ley sobre fiducia y encargo fiduciario, los contratos que celebren los establecimientos de crédito, las compañías de seguros y las demás entidades financieras de carácter estatal, que correspondan al giro ordinario de las actividades propias de su objeto social, no estarán sujetos a disposiciones del presente estatuto y se registrarán por las disposiciones legales y reglamentarias aplicables a dichas actividades”.***

Además de estas excepciones establecidas por la misma Ley 80 de 1993, sobre su carácter universal, existen las siguientes disposiciones legales:

**Decreto 777 del 16 de mayo de 1992**, mediante la cual se reglamentan la celebración de contratos a que se refiere el inc. 2º del Art. 355 de la Constitución Política, indica que el Gobierno Nacional en los niveles nacional, departamental, distrital y municipal podrá con recursos de los respectivos presupuestos, celebrar contratos con las entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad con el fin de impulsar programas o actividades de interés público acordes con el Plan Nacional y los Planes Sectoriales de Desarrollo. El Gobierno Nacional reglamentará la materia en desarrollo de la citada norma, el Gobierno expidió el Decreto 777 de 1992, el cual ha sido modificado en sus incisos 2º y 3º del Art. 1º, el núm. 3º del Art. 2º y el Art. 4º por el Decreto 1403 de agosto 26 de 1992.

**Ley 100 de 1993**, por la cual se crea el sistema de Seguridad Social Integral. Establece el Art. 195, numeral 6º de la citada ley, que las denominadas empresas sociales de salud en materia contractual, se registrarán por el derecho privado pero podrán discrecionalmente utilizar las cláusulas exorbitantes previstas en el



Estatuto de contratación de la Administración Pública, que son las consagradas y definidas en los Arts. 15 a 19 de la Ley 80 de 1993.

**Ley 105 de 1993**, el título II, capítulo IV de esta ley regula, de manera particular el Contrato de Cesión para la construcción, rehabilitación y conservación de proyectos de infraestructura vial que podrán celebrar, la Nación, los departamentos, los distritos y los municipios. De igual manera, el Art. 54 de la ley de transporte, prevé que la Unidad Administrativa de Aeronáutica Civil, tendrá el mismo régimen de contratación administrativa establecido para las entidades estatales que presenten el servicio de telecomunicaciones, conforme a lo previsto en la Ley 80 de 1993, cuando celebren contratos para obras civiles, adquisiciones, suministros y demás contratos que se requieran realizar para garantizar la seguridad aérea y aeroportuaria.

**Ley 142 de 1994**, por la cual se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios. Dispone el Art. 31 que: “los contratos que celebren las entidades estatales que prestan los servicios públicos domiciliarios y que tengan por objeto la prestación de esos servicios, se regirán por el parágrafo 1º del Art. 32 de la Ley 80 de 1993, y por la presente ley”

**Ley 226 de 1995**, por la cual se desarrolla el Art. 60 de la constitución política en cuanto a la enajenación de la propiedad accionaría estatal. En el Art. 6 a 13 se establece los procedimientos de enajenación accionaría estatal, tomando medidas para su democratización.

**Ley 143 de 1994**, por la cual se establece el régimen de las actividades de generación, interconexión, transmisión, distribución y comercialización de electricidad. Los artículos 55 a 65 de la citada ley regulan de manera particular el contrato de concesión para la organización, prestación del servicio de electricidad, que podrá celebrar la nación, el departamento y el municipio. Por su parte, el Art.



76 de la citada ley, establece que los contratos celebrados por las sociedades por acciones en las cuales las entidades oficiales tengan participación en su capital social, sin atención a la cuantía que dicha participación represente, se registrarán por las normas de Derecho Privado salvo los contratos de Empréstitos.

Finalmente, las controversias que se susciten con ocasión de un contrato han sido en la legislación colombiana, ampliamente tratadas. De esta forma, en vigencia del Decreto 222 de 1983, cuando los contratos se clasificaban en contratos de derecho privado y en contratos administrativos, para los primeros, se aplicaba íntegramente el derecho privado, y en caso de demandas o conflictos se acudía al juez civil, contando las partes con las acciones de resolución - rescisión, cumplimiento o indemnizatoria.

Es así como, en tratándose de la acción resolutoria encaminada por el procedimiento ordinario, ésta podía ser acumulada con la indemnizatoria, de la misma manera que lo hace un particular. El contratante cumplido acude al juez, para que declare la resolución, si el contrato es reversible; o la rescisión en caso contrario, solicitando al juez las restituciones mutuas y la indemnización.

La segunda, referida a la ejecución del contrato, se podía reclamar, por vía ordinaria o ejecutiva.

La tercera, cuando demandada la ejecución, se pide subsidiariamente se ejecute por el valor de los perjuicios estimados bajo juramento.

Respecto de los contratos de derecho administrativo, comprendidos allí los de derecho privado con cláusula de caducidad, se procedía de manera diferente, según la parte incumplida fuere la administración o el particular.



En el primer caso, cuando la administración, no honraba su compromiso, el particular esperaba el vencimiento del plazo del contrato, al que se le daba fuerza extintiva, para demandar en acción indemnizatoria de carácter declarativo, único camino admisible.

En el segundo caso, cuando era el particular quien incumplía a sus obligaciones, el Estado podía declarar la caducidad, dentro de la vigencia del plazo; o después de su término, declaraba la ocurrencia del siniestro, "incumplimiento del contrato"; y en ejercicio de la facultad consagrada en el artículo 68 del Código Contencioso Administrativo, - aún hoy vigente -, hacía efectiva la garantía y el valor de la cláusula penal.

**Ley 80 de 1993:** Esta dualidad planteada en existencia del Decreto Ley 222 de 1983, ha sido superada por el artículo 75 de la Ley 80, que definió la competencia para conocer de los conflictos que se originen con ocasión de los contratos que celebre la administración y que sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos anteriores el juez competente para conocer de las controversias derivadas de los contratos estatales y de los procesos de ejecución y cumplimiento será el de la jurisdicción contencioso administrativa.

Es así como, una parte de la doctrina<sup>7</sup> sostiene que los contratos que relacionó a renglón seguido, se encuentran excluidos de la ley 80 de 1993:

- a. Los contratos de exploración y explotación de recursos naturales (decreto 2.655 de 1988, ley 139 de 1994).

---

<sup>7</sup> VIDAL PERDOMO, Jaime. La noción del Contrato Estatal en el Derecho Colombiano, HINCAPIE, Juan Ángel. La contratación de las entidades Estatales 4ª edición Medellín: Jurídica Sánchez, 2004.



- b. Los contratos que celebren los establecimientos de crédito, las compañías de seguros y las financieras estatales. (Ley 80, Art.32, párrafo 1ro.).
- c. Los contratos de telefonía móvil celular (ley 80, Art.33. párrafo y ley 37 de 1993).
- d. Los contratos de telecomunicaciones (ley 80 de 1993, artículo 38).
- e. Los servicios de actividades de comunicaciones (ley 80 de 1993, artículo 38 y decreto 1900 de 1990).
- f. La televisión ley 182 de 1995.
- g. Contratos de ciencia y tecnología (decreto 591 de 1991, artículo 2o. y ley 80 de 1993, artículo 81).
- h. Contratos celebrados de acuerdo a planes de desarrollo (decreto 777 y 1.403 de 1992).
- i. Contratos de universidades públicas (ley 30 de 1992), exceptuando el de empréstito (decreto 2.681 de 1993).
- j. Contratos de empresas sociales del Estado (ley 100 de 1993).
- k. Contratos de empresas de servicios públicos domiciliarios (ley 142 de 1994).
- l. Contratos de energía eléctrica (ley 143 de 1994).



A esta lista se suman:

- a. De Telefonía básica conmutada de larga distancia (decreto-ley 2.122 de 1992), radiodifusión sonora y mensajería especializada.
- b. Operaciones de Crédito Público.
- c. Servicio Público de Educación (ley 115 de 1993).
- d. Servicio Público de Salud (ley 30 de 1992 y 100 de 1993).
- e. Banco de la República (ley 31 de 1992).
- f. Derechos de autor (ley 44 de 1993).
- g. Contratos sobre armas y municiones (ley 61 de 1993).
- h. Entidades sin ánimo de lucro prestatarios de servicios públicos (decreto 777 de 1992, decreto 2.459 de 1993, y ley 80 de 1993, art. 78).
- i. Régimen del Distrito Capital (decreto 1.421 de 1993).
- j. Régimen de administración aduanera (ley 6a de 1992).
- k. Régimen de Radioaficionados (ley 94 de 1993).
- l. Contratos de Edición e Impresión (ley 98 de 1993).
- m. Régimen de transporte y aeronáutica (ley 105 de 1993).



- n. Régimen para la Corporación de la Magdalena (ley 161 de 1994).
- o. Contratos con entidades no gubernamentales. Ley de los municipios.

Inclusive, podríamos llegar a agregar:

- a. Contratos de ECOPETROL.
- b. Contratos con reinsertados.
- c. Contratos con informantes (ley 104).
- d. Contratos de loterías, quinielas y pronósticos.
- e. Contratos de subasta, remate o martillo.
- f. Contratos de Carbocol.
- g. Contratos relativos al espectro electromagnético.
- h. Contratos con entidades sin ánimo de lucro (contrato de apoyo a programación de interés público y social, del Art. 355 de la constitución política desarrollado en decretos 777 y 1403 de 1992).

Consideramos que el quid del asunto a tratar consiste en averiguar si el artículo 75 de la ley 80 que precisa al juez competente para conocer de las controversias derivadas de los contratos estatales tiene una pretensión universal, o si por el contrario, tal competencia sólo puede predicarse de aquellos contratos que la ley 80 de 1993 regula.



Ahora bien, cuando se afirma que: "... a dicho contrato", o "...a los contratos que celebre la entidad específicamente regulada", se aplique el derecho privado, es fácil entender que se refiere al derecho sustancial de los contratos; pues el procesal siempre es derecho público.

La solución al problema debe partir de considerar la universalidad de aplicación del principio de competencia consagrado en la ley 80 de 1993, otorgando jurisdicción, al juez contencioso, en atención a que se trata de relaciones de derecho público, a menos que exista norma en contra.

De la misma manera, cuando el contrato no se sujeta a la ley 80 de 1993 y sí a otras normas de derecho público, se pensaría que, igual no rige para ellos la disposición sobre competencia consagrada en el estatuto general de contratación. Hay campos donde el punto no admite discusión:

a) Cuando se trate de demandar actos administrativos, la competencia será siempre del juez contencioso, con independencia de quien los profiera y sin considerar si el contrato que da lugar a ellos los admite o no.

b) En materia financiera donde en virtud en principio de la especialidad, el juez competente es el juez civil.

Pero, ¿Que ocurre con los contratos de leasing en telecomunicaciones donde la ley 37, dice que se someten enteramente al derecho privado, pero a celebrarse previa licitación pública?.

**Juez Ordinario.** De acuerdo a lo dicho antes, habrá casos en que el juez privado deba conocer de conflictos originados con ocasión de la celebración de un contrato, o con motivo de su ejecución, materia que aún está por ser definida.



Siempre que el conflicto se genere por actos administrativos proferidos durante la etapa de ejecución de dicho contrato la competencia para su juzgamiento corresponderá al juez contencioso.

Sin embargo, habrá casos donde la materia del litigio son hechos, frente a lo cual habrá que definirse no solo la competencia del juez ordinario sino la procedencia de las distintas acciones contenidas en el derecho civil.

Aquí se presentan entonces, múltiples problemas que aún no se han resuelto.

En principio se dice que el Juez común o general de los contratos del Estado es el administrativo y que excepcionalmente es el ordinario. En ésta última hipótesis se encuadran los contratos propios de la actividad financiera, según lo previsto en el artículo 21 del decreto 679 de 1994, que extiende dicha competencia a los contratos conexos de la misma actividad siempre y cuando el valor del mismo no exceda de mil salarios mínimos legales mensuales o del 2% del presupuesto de la entidad.

Este mandato reglamentario, manifiestamente contrario al párrafo del artículo 32 de la misma ley divide arbitrariamente la competencia entre el juez administrativo y el ordinario según sea la cuantía del asunto conexo.

Se dice que el juez competente para conocer de las acciones contractuales se determina por el derecho aplicable. Si el contrato se somete enteramente al derecho privado, tal el caso de las universidades públicas, el conflicto se debe llevar a la jurisdicción civil.

Pero, esto no es muy claro en la ley de servicios públicos domiciliarios donde hay contratos que se sujetan enteramente al derecho privado y otros que pueden tener cláusulas excepcionales al derecho común, casos en los cuales el juez



competente es el administrativo, y por desarrollo jurisprudencial por ejemplo, es competente la jurisdicción contenciosa administrativa, para conocer de los ejecutivos en materia de servicios públicos, originados en el contrato de condiciones uniformes, que el ciudadano suscribe al momento de solicitar el servicio.

Finalmente el H. Consejo de Estado<sup>8</sup> ha definido esta cuestión diciendo que:

***"En suma, los actos de las empresas públicas domiciliarios que decidan la negativa a contratar, la suspensión, terminación, corte y facturación, es decir, los actos que niegan o afectan la prestación del servicio o la ejecución del contrato, son administrativos, susceptibles... de las acciones contencioso administrativas correspondientes..."***

***"Los contratos de las empresas públicas domiciliarias, distintos del de servicios públicos... están sometidos al derecho privado y sus controversias serán dirimidas ante la justicia ordinaria"***

Esto ha llevado al Consejo de Estado a señalar que se conserva la diferencia entre contratos administrativos y contratos de derecho privado, al menos enfrente de los contratos de servicios públicos.

Cuando la competencia del conflicto sea del juez ordinario, no debe distinguirse si la acción es contra hechos o contra actos jurídicos, pues allí indiferentemente se aplica el principio *jura novit curia*, y el término de caducidad es uniforme, lógicamente que habrá de precisarse en las pretensiones aquello que se pide.

---

<sup>8</sup> CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION PRIMERA  
Consejera ponente: OLGA INES NAVARRETE BARRERO Bogotá D.C, marzo 23 del año 2001.  
Radicación número: 25000-23-24-000-1998-1116-01(6589) Actor: PATRICIA ELENA OSPINA  
MORALES Y OTRO Referencia: APELACION SENTENCIA



El juez civil no está inclinado a distinguir entre procesos donde se demanden hechos o actos jurídicos, siéndole indiferente, que en los fundamentos de los cargos se acierte o no, rompiendo así la restricción que encuentra el juez administrativo frente a los actos administrativos, amparados por las presunciones de veracidad y legalidad.

Según la presunción de veracidad, el acto administrativo se presume conforme a la realidad y por tanto quien demanda con su nulidad porque está falsamente motivado tiene la carga de probar en contra.

Según la presunción de legalidad, el acto administrativo se presume ajustado a la ley y quien demande tiene la carga de demostrar lo contrario.

El juez civil impone al actor de un proceso, que reclama contra un acto jurídico, cuyo sustento considera no veraz, la carga de demostrar lo contrario, con fundamento en el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil y el artículo 29 de la Constitución Política.

En su desarrollo exige que se pruebe la afirmación de ser mentiroso el fundamento del acto jurídico, limitando el entorno de juzgamiento a los hechos que se presenten dentro de la demanda y solo a ellos.

De esa manera, el juez civil restringe igualmente la libertad de juzgamiento de actos, en cuanto se refiere a la presunción de veracidad.

Pero no ocurre lo mismo con la legalidad, ya que, él da primacía *iuria notvi curia*, considerando que debe aplicar el derecho, porque es de su entorno conocerlo, sin necesidad que se lo invoquen.



Vistas así las cosas, el acto jurídico demandado ante un juez civil tiene mucha semejanza con el acto administrativo demandado ante un juez contencioso, porque los dos son expresiones de voluntad, con efectos jurídicos, proferidas por personas dentro de la órbita de su competencia; aunque se mantiene la posibilidad de auto tutela que tiene la administración, y la ejecutividad de sus propios actos que resulta imposible ante los actos de los particulares

Esta mayor libertad de la jurisdicción civil no exime al actor en un proceso de la carga de especificar aquello que demanda, y cuando se trata de actos jurídicos la carga de precisarlos e identificarlos de tal manera que no haya lugar a confusión.

En éstos casos los términos de prescripción, - que no de caducidad -, serían los que se fijen por la legislación privada, que como regla general es de diez años para la acción ordinaria y de tres para la acción ejecutiva.

### **2.3 PRINCIPIOS JURÍDICOS CONTENIDOS EN LA LEY 80 DE 1993**

En la Ley 80 de 1993, se puede observar, o se deduce que los principios son reglas jurídicas que resuelven casos concretos, razón por la cual no se deben extremar los ejercicios especulativos y, de manera conclusiva se podría adoptar la noción del jurista Bobbio sobre los principios: “Los principios generales no son sino normas fundamentales o generalísimas del sistema, las normas más generales. El nombre de principios llama a engaño, tanto que es una vieja discusión entre los juristas si los principios generales son normas. Para mí (Bobbio) es indudable que son normas”<sup>9</sup>.

---

<sup>9</sup> BOBBIO, Norberto. Filósofo y Jurista Italiano. Especialista en Filosofía del Derecho. Teoría general de Derecho. Madrid, Editorial Debate, traducción de E. Rozo, 1991 (libro que recoge la teoría de la norma jurídica y la Teoría del ordenamiento Jurídico)



Dos son los argumentos: De acuerdo con el primero de ellos, si son normas aquellas que se extractan de los principios generales por medio de un procedimiento de generalización sucesiva, no se ve por qué éstos no deban serlo también. En segundo lugar, la función para la cual se deducen y se adoptan, es la misma que se lleva a cabo para todas las normas, o sea la función de regular un caso”.

Y respecto a los métodos con que la ley se ocupa de los principios, conviene recordar dos: El primero, cuando el legislador expresamente postula los principios con el alcance de tales, como ocurre con la buena fe y la sujeción a las buenas costumbres en el derecho civil, con la pretensión del tercero tenedor de buena fe exenta de culpa en los títulos valores, etc.

La segunda manera de consagrar los principios es mediante la aplicación particular, en forma desordenada dentro de cada rama del derecho, caso en el cual le corresponde a los intérpretes la tarea de deducirlos e identificarlos, como ocurrió en la jurisprudencia civil con los principios del abuso del derecho, el enriquecimiento sin causa, el error communis facit ius.

En la Ley 80 de 1993, están ambos métodos, el primero es claro al expresar los principios de transparencia, economía y la preservación o mantenimiento de la ecuación contractual. El segundo método se ve por ejemplo en el derecho del contratista a la reclamación.

Dentro del Estatuto de Contratación Pública, el derecho del contratista a reclamar se encuentra respaldado por unos principios y reglas que veremos a continuación.

**2.3.1 Derecho a la reclamación.** En anteriores épocas, la administración pensaba que un reconocimiento patrimonial al contratista no era sino un acto de generosidad de ésta para con él, aludiendo que si éste no la aceptaba, podría



durar años en un proceso contencioso administrativo.

La Ley 80 de 1993, ratificó y despejó cualquier duda sobre este derecho del contratista, y por esto dentro de esta norma encontramos bases que respaldan dicho derecho, como por ejemplo:

El art. 5, ord. 3: El primer inciso consagra el principio en estos términos: "... podrán acudir a las autoridades con el fin de obtener la protección de los derechos derivados del contrato y la sanción para quienes los desconozcan o vulneren".

El segundo inciso trae la prohibición de condicionar las actividades del contratista: " a la renuncia, desistimiento o abandono de peticiones, acciones demandadas y reclamaciones por parte de éste".

El art. 24, ord. 5. "Serán ineficaces de pleno derecho las estipulaciones de los pliegos o términos de referencia y de los contratos que contravengan lo dispuesto en este numeral, o dispongan renuncia a reclamaciones por la ocurrencia de los hechos aquí enunciados".

De esta forma se observa hasta donde tuvo que ir la ley por medio del poder legislativo, para proteger al contratista en sus derechos mínimos y en sus intereses, evitando el peso del poder de la administración sobre aquél.

**2.3.2 La reclamación debe ser de buena fe.** La Ley 80/ 93 enuncia los principios y deberes de los contratistas.

Se reitera mucho el principio de la buena fe, pues se estaba acostumbrando, en las relaciones Estado - Contratista, a una constante mala fe, tanto en la etapa precontractual, como en la postcontractual.



**2.3.3 Principio de la plenitud de la retribución del contratista.** “Tendrán derecho a recibir oportunamente la remuneración pactada y a que el valor intrínseco de la misma no se altere o modifique durante la vigencia del contrato”. Este principio se encuentra desarrollado por las siguientes normas:

Se le impone a la administración la obligación de adoptar las medidas necesarias para mantener durante el desarrollo y ejecución del contrato las condiciones técnicas, económicas y financieras existentes en el momento de proponer... (ord. 8, art. 4).

Se obliga la administración a utilizar mecanismos de ajuste y revisión de precios, entre los que menciona la necesidad de revisar y corregir todos los mecanismos de ajuste y revisión, si fracasan los supuestos para su aplicación.

Lo anterior indica que siempre que se cumpla el requisito, es decir, que fracasen los supuestos, se deberá entrar a la revisión y corrección del contrato.

El ord. 9, art. 4 trae el principio de la menor onerosidad posible, que significa que la administración debe comprometerse al costo estimado, es decir, evitando que vaya a sobrepasarse ese valor previamente calculado en el desarrollo de las obligaciones del contratista.

El principio del no déficit por situaciones o hechos imprevistos, esto significa que si llega a ocurrir alguna de estas hipótesis, el contratista debe ser restablecido, es decir que no se vaya a encontrar en una situación deficitaria debido a esas situaciones imprevistas.

**2.3.4 Principio del pago oportuno y completo.** La administración está obligada a tomar las medidas necesarias para que se hagan las suficientes apropiaciones y reservas para la ejecución del contrato, teniendo en cuenta sus reajustes,



actualizaciones y sobrecostos. Todo esto para un desarrollo óptimo en los contratos de la administración. (Art. 5, ord. 1; art. 25).

### **2.3.5 Principio de la celeridad en la reclamación y derecho a una respuesta.**

El legislador introdujo este principio, pues la administración abusaba de ese derecho mínimo del contratista, el cual consistía en demoras injustificadas, y que, cuando las “resolvía”, sus respuestas eran esquivas al asunto tratado por éste.

Como bases de este principio están los siguientes artículos de la Ley 80 de 1993, art.5, ord.1; art. 4, ord. 9; art. 24, ord.5, f; art. 25; arts. 60 y 61.

**2.3.6 Principio del arreglo directo con o sin intermediación.** Este principio es una reacción contra la solución procesal, pues esta se compone de un gran plazo y de una gran posibilidad de equivocación, tanto conceptual como en la prueba.

El art. 68 consagra, además de otros cuántos, así este principio: “Las entidades a que se refiere el art. 2 del presente estatuto y los contratistas buscarán solucionar en forma ágil, rápida y directa las diferencias y discrepancias surgidas de la actividad contractual”.

Además de lo anterior, la ley trae expresamente en el art. 68 la transacción como un fenómeno de arreglo directo, “Para tal efecto (soluciones ágiles, rápidas y directas), al surgir las diferencias acudirán al empleo de los mecanismos de solución de controversias contractuales previstas en esta ley y a la conciliación, transacción y amigable composición”.

La ley autoriza que los actos administrativos contractuales sean revocados, en el art. 68 establece lo siguiente: “Los actos administrativos contractuales podrán ser revocados en cualquier tiempo, siempre que sobre ellos no haya recaído sentencia ejecutoriada”.



Lo anterior, el art. 68, indica que la administración deberá facilitar el arreglo directo, pues esa revocatoria hace más ágil cualquiera de los fenómenos de solución de controversias traídos por la misma ley.

Y para que no haya dudas sobre la importante consagración del arreglo directo se consagra una prohibición taxativa y expresa a la administración, el art. 69 dice: “Las autoridades no podrán establecer prohibiciones a la utilización de los mecanismos de solución directa de las controversias nacidas de los contratos estatales”. Si se llega a pactar en contrario a lo dispuesto por la norma, dicha cláusula sería ineficaz, pues estaría desconociendo una norma imperativa.

Dentro de la Ley 80 De 1993 se encuentran contemplados una serie de principios en las actuaciones contractuales de las entidades estatales, las cuales serán relacionadas de la siguiente manera:

***“Las actuaciones de quienes intervengan en la contratación estatal se desarrollarán con arreglo a los principios de transparencia, economía y responsabilidad y de conformidad con los postulados que rigen la función administrativa. Igualmente, se aplicarán en las mismas las normas que regulan la conducta de los servidores públicos las reglas de interpretación de la contratación, los principios de contratación, principios generales del derecho y los particulares del derecho administrativo”.***

**2.3.7 De los principios en las actuaciones contractuales de las entidades estatales.** Establece el Art. 23 de la ley 80 de 1993: **“Las actuaciones de quienes intervengan en la contratación estatal se desarrollarán con arreglo a los principios de transparencia, economía y responsabilidad y de conformidad con los postulados que rigen la función administrativa. Igualmente, se aplicarán en las mismas las normas que regulan la conducta de los**



servidores públicos, las reglas de interpretación de la contratación, los principios generales del derecho y los particulares del derecho administrativo” (Subrayado personal).

**2.3.8 Del principio de transparencia.** En virtud de este principio la escogencia del contratista se efectuará siempre a través de la licitación o concurso público, salvo en los siguientes casos en los que podrá contratar directamente:

**ART 24 LEY 80 DE 1993:**

a) “Menor cuantía para la contratación - Corregido por el artículo 1º del Decreto 62 de 1996. Modificado por el artículo 38 del decreto extraordinario 2150 de diciembre 5 de 1995. El texto corregido es el siguiente: Para efectos de la contratación pública se entenderá por menor cuantía los valores que a continuación se relacionan, determinados en función de los presupuestos anuales de las entidades públicas, expresados en salarios mínimos legales mensuales:

Para las entidades que tengan un presupuesto anual superior o igual a 1.200.000 salarios mínimos legales mensuales, la menor cuantía será hasta 1000 salarios mínimos legales mensuales; Las que tengan un presupuesto anual superior o igual a 1.000.000 e inferior a 1.200.000 Salarios mínimos legales mensuales, la menor cuantía será hasta 800 salarios mínimos legales mensuales;

Las que tengan un presupuesto anual superior o igual a 500.000 e inferior a 1.000.000 de salarios mínimos legales mensuales, la menor cuantía será hasta 600 salarios mínimos legales mensuales;

Las que tengan un presupuesto anual superior o igual 250.000 e inferior a 500.0000 salarios mínimos legales mensuales, la menor cuantía será hasta 400 salarios mínimos legales mensuales;



Las que tengan un presupuesto anual superior o igual a 120.000 e inferior a 250.000 salarios mínimos legales mensuales, la menor cuantía será hasta 300 salarios mínimos legales mensuales;

Los que tengan un presupuesto anual superior o igual a 12.000 e inferior a 120.000 salarios mínimos legales mensuales, la menor cuantía será hasta 250 salarios mínimos legales mensuales.

Las que tengan un presupuesto anual inferior a 12.000 salarios mínimos legales mensuales, la menor cuantía será hasta 125 salarios mínimos legales mensuales”.

b) Empréstitos.

c) Interadministrativos, con excepción del contrato de seguro.

d) Para la prestación de servicios profesionales o para la ejecución de trabajos artísticos que solo puedan encomendarse a determinadas personas naturales o jurídicas, o para el desarrollo directo de actividades científicas o tecnológicas.

e) Arrendamientos o adquisición de inmuebles.

f) Urgencia manifiesta

g) Declaratoria de desierta de la licitación o concurso.

h) Cuando no se presenta propuesta alguna o ninguna propuesta se ajusta al pliego de condiciones o término de referencia o en general, cuando falte voluntad de participación.

i) Bienes y servicios que se requieran para la defensa y seguridad nacional.



j) Cuando no exista pluralidad de oferentes.

k) Productos de origen o destinación agropecuarios que se ofrezcan en las bolsas de productos legalmente constituidas.

l) Los contratos que celebren las entidades estatales para prestación de servicios de la salud. El reglamento interno correspondiente fijará las garantías a cargo de los contratistas. Los pagos correspondientes se podrán hacer mediante encargos fiduciarios.

m) Los actos y contratos que tengan por objeto directo las actividades comerciales e industriales y comerciales propias de las empresas industriales y comerciales estatales y de las sociedades de economía mixta, con excepción de los contratos que a título enunciativo identifica el artículo 32 de esta ley.

En los procesos contractuales los interesados tendrán oportunidad de conocer y controvertir los informes concepto y decisiones que se rindan o adapten, para lo cual se establecerán etapas que permitan el conocimiento de dichas actuaciones y otorguen la posibilidad de expresar observaciones.

Las actuaciones de las autoridades serán públicas y los expedientes que las contengan estarán abiertas al público, permitiendo en el caso de licitación el ejercicio del derecho de que trata el artículo 273 de la Constitución Política.

Las autoridades expedirán a costa de aquellas personas que demuestren interés legítimo, copias de las actuaciones y propuestas recibidas, respetando la reserva de que gocen legalmente las patentes, procedimientos y privilegios.

En los pliegos de condiciones o términos de referencia:



- a) Se indicarán los requisitos objetivos necesarios para participar en el correspondiente proceso de selección.
- b) Se definirán reglas objetivas, justas, claras y completas que permitan la confección de ofrecimientos de la misma índole, aseguren una escogencia objetiva y eviten la declaratoria desierta de la licitación o concurso.
- c) Se definirá con precisión las condiciones de costo y calidad de los bienes, obras de servicios necesarios para la ejecución de objeto del contrato.
- d) No se incluirán condiciones y exigencias de imposible cumplimiento, ni exenciones de la responsabilidad derivada de los datos, informe y documentos que se suministren.
- e) Se definirán reglas que no induzcan a error a los proponentes o contratistas y que impidan la formulación de ofrecimientos de extensión ilimitada o que dependan de la voluntad exclusiva de la entidad.
- f) Se definirá el plazo para la liquidación del contrato, cuando se hubiese, tenido en cuenta su objeto, naturaleza y cuantía.

Serán ineficaces de pleno derecho las estipulaciones de los pliegos o términos de referencia y de los contratos que contravengan lo dispuesto en este numeral, o disponga renuncias o reclamaciones por la ocurrencia de los hechos aquí enunciados.

En los avisos de publicación de apertura de la licitación o concurso y en los pliegos de condiciones o términos de referencia, señalarán las reglas de adjudicación del contrato.



Los actos administrativos que se expidan en la actividad contractual o con ocasión de ella, salvo los de mero trámite, se motivarán en forma detallada y precisa e igual serán los informes de evaluación, el acto de adjudicación y la declaratoria de desierto del proceso de escogencia

Las autoridades no actuarán con desviación o abuso de poder y ejercerán sus competencias exclusivamente para los fines previstos en la ley. Igualmente, les será prohibido eludir los procedimientos de selección objetiva y los demás requisitos previstos en el presente estatuto.

Los avisos de cualquier clase a través de los cuales se informe o anuncie la celebración o ejecución de contratos por parte de las entidades estatales, no podrán incluir referencia alguna al nombre o cargo de ningún servidor público.

**Parágrafo 1º.** Los casos de contratación directa a que se refiere el numeral 1º del presente artículo, no impedirá el ejercicio del control por parte de las autoridades componentes del comportamiento de los servidores públicos que hayan intervenido en dicho procedimientos y en la celebración y ejecución del contrato.

**Parágrafo 2º.** El gobierno nacional expedirá, dentro de los seis (6) meses siguientes a la promulgación de esta ley, un reglamento de contratación directa, cuyas disposiciones garanticen y desarrollen los principios de economía, transparencia selección objetiva previstos en ella.

Si el gobierno no expide el reglamento respectivo, no podrá celebrarse directamente el contrato alguno por ninguna entidad estatal so pena de su nulidad.

**Parágrafo 3º.** “Cuando la venta de los bienes de las entidades estatales deba efectuarse por el sistema de martillo, se hará a través del procedimiento de



subasta, que realicen las entidades financieras debidamente autorizadas para el efecto y vigiladas por la superintendencia bancaria.

La selección de la entidad vendedora la hará la respectiva entidad estatal, de acuerdo con los principios de transparencia, economía, responsabilidad y selección objetiva y teniendo en cuenta la capacidad administrativa que pueda emplear cada entidad financiera para efectuar los remates.”

**2.3.9 Principio de economía.** El Art. 25 de la ley 80 de 1993 determina.

“En virtud de este principio:

En las normas de selección y en los pliegos de condiciones o términos de referencia para la escogencia de contratistas, se cumplirán y establecerán los procedimientos y etapas estrictamente necesarios para asegurar la selección objetiva de la propuesta más favorable.

Para este propósito, se señalarán términos preclusivos y perentorios para las diferentes etapas de selección y las autoridades darán impulso oficioso a las actuaciones.

Las normas de procedimientos contractuales se interpretarán de tal manera que no den ocasión a seguir trámites distintos y adicionales a los expresamente previstos o que permitan valerse de los efectos en forma o de la inobservancia de requisitos para no decidir o proferir providencias inhibitorias. Se tendrán en consideración que las reglas y procedimientos constituyen mecanismos de la actividad contractual que buscan servir a los fines estatales, a la adecuada, continua y eficiente prestación de los servidores públicos y a la protección y garantía de los derechos de los administrados.



Los trámites se adelantarán con austeridad de tiempo, medios y gastos y se impedirán las diligencias y los retardos en la ejecución del contrato. Se adoptarán procedimientos que garanticen la pronta solución de las diferencias y controversias que con motivo de la celebración y ejecución del contrato se presenten. Las entidades estatales abrirán licitaciones o concurso e iniciarán procesos de suscripción de contratos, cuando existan las respectivas partidas o disponibilidades presupuestales. La convención del objeto a contratar y las autorizaciones y aprobaciones para ello, se analizarán o impartirán con antelación al inicio del proceso de selección del contratista o al de la firma del contrato, según el caso.

El acto de adjudicación y el contrato no se someterán a aprobaciones o revisiones administrativas posteriores, ni a cualquier otra clase de exigencias o requisitos, diferente de los presentes en este estatuto. En los procesos de contratación intervendrán el jefe y las unidades asesoras y ejecutoras de la entidad que se señalen en las correspondientes normas sobre su organización y funcionamiento. Los jefes o representantes de las entidades a los que, se les aplica la presente ley, podrán delegar la facultad para celebrar contratos en los términos previstos en el artículo 12 de la presente ley y con la presente sujeción a las cuantías que señalen sus respectivas juntas o concejos directivos.

En los demás casos, dichas cuantías las fijará el reglamento. Las corporaciones de elección popular y los organismos de control y vigilancia no intervendrán en los procesos de contratación, salvo en lo relacionado con las solicitudes de audiencia pública para la adjudicación en caso de licitación.

De conformidad con lo previsto en el artículo 300, Numeral 4 al 19, y 313, numeral 3, de la Constitución Política, las asambleas departamentales y los concejos municipales autorizan a los gobernadores y alcaldes, respectivamente, para la celebración de contratos.



Con la debida antelación a la apertura del procedimiento de selección o de la firma del contrato, según el caso, deberán elaborarse los estudios, diseños y proyectos requeridos, y los pliegos de condiciones o términos de referencia. La existencia de los diseños no regirá cuando el objeto de la contratación sea la construcción o fabricación con diseños de los proponentes.

Las entidades constituirán las reservas y compromisos presupuétales necesarios, tomando como base el valor de las prestaciones al momento de celebrar el contrato y le estimativo de los valores resultantes de la aplicación de la cláusula de actualización de precios.

Las entidades incluirán en sus presupuestos anuales una aprobación global destinada a cubrir los costos imprevistos ocasionados por los retardos de los pagos, así como los que se originen en la revisión de los precios pactados por razón de los cambios o alteraciones en las condiciones iniciales de los contratos por ellas celebrados.

Las autoridades no exigirán sellos, autenticaciones, documentos originales o autenticados, reconocimientos de firmas, traducciones oficiales, ni cualquier otra clase de formalidades o exigencias rituales, salvo cuando en forma perentoria y expresa lo exijan leyes especiales.

La ausencia de requisitos o la falta de documentos referentes a la futura contratación o al proponente, no necesarios para la comparación de propuestas, no servirá de título suficiente para el rechazo de los ofrecimientos hechos. En las solicitudes que se presenten en el curso de la ejecución del contrato, si la entidad estatal no se pronuncia dentro del término de tres (3) meses siguientes, se entenderá que la decisión es favorable a las pretensiones del solicitante en virtud



del silencio administrativo positivo. Pero el funcionario o funcionarios competentes para dar respuesta serán responsables en los términos de esta ley.

Las entidades no rechazarán las solicitudes que se les formulen por escrito aduciendo la inobservancia por parte del peticionario de las formalidades establecidas por la entidad para su tramitación y oficiosamente procederán a corregirlas y a subsanar los defectos que se adviertan en ellas.

Igualmente, estarán obligadas a radicar las actas o cuentas de cobro en las fechas en que sean presentadas por el contratista, procederán a corregirlas o ajustarlas oficiosamente si a ello hubiere lugar y, si esto no fuere posible, las devolverán a la mayor brevedad explicando por escrito los motivos en que se fundamente tal determinación.

La declaratoria de desierta de la licitación o concurso únicamente procederá por motivos o causas que impidan la escogencia objetiva y se declarará en acto administrativo en el que se señalarán en forma expresa y detallada las razones que han conducido á esta decisión. El contratista prestará garantía única que avalará el cumplimiento de las obligaciones surgidas del contrato, la cual se mantendrá vigente durante su vida y liquidación y se ajustará a los límites, existencia y extensión del riesgo amparado. Igualmente, los proponentes prestarán garantía de seriedad de los ofrecimientos hechos.

Las garantías consistirán en pólizas expedidas por compañías de seguros legalmente autorizadas para funcionar en Colombia o en garantías bancarias.

La garantía se entenderá vigente hasta la liquidación del contrato garantizado y la promulgación de sus efectos y, tratándose de pólizas, no expirará por falta de pago de la prima o por revocatoria unilateral. Las garantías no serán obligatorias en los contratos de empréstito, interadministrativos, y en los de seguros.



Las entidades estatales podrán exonerar a las organizaciones cooperativas nacionales de trabajo asociado legalmente constituidas de lo otorgamiento de garantías en los contratos que celebren con ellas, siempre y cuando el objeto, cuantía y modalidad de los mismos, así como las características específicas de la organización de que se trate, lo justifiquen. La decisión en este sentido se adoptará mediante resolución motivada.

Los fondos destinados a la cancelación de obligaciones derivados de contratos estatales podrán ser entregados en administración fiduciaria o bajo cualquier otra forma de manejo que permita la obtención de beneficios y ventajas financieras y el pago oportuno de lo adecuado.”

**2.3.10 Principio de la responsabilidad.** El Art. 27 de la ley 80 de 1993, consagra este principio. La norma en comento establece:

“Los servidores públicos están obligados a buscar el cumplimiento de los fines de la contratación, a vigilar la correcta ejecución del objeto del contrato y a proteger los derechos de la entidad, del contratista y de los terceros que puedan verse afectados por la ejecución del contrato.

Los servidores públicos responderán por sus actuaciones y omisiones antijurídicas y deberán indemnizar los daños que se causen por razones de ellas.

Las entidades y los servidores públicos, responderán cuando hubieren abierto licitaciones o concursos sin haber elaborado previamente los correspondientes pliegos de condiciones, términos de referencia, diseños, estudios, planos y evaluaciones que fueron necesarias, o cuando los pliegos de condiciones o términos de referencia hayan sido elaborados en forma incompleta, ambigua o confusa que conduzca a interpretaciones o decisiones de carácter subjetivo por parte de aquellos.



Las actuaciones de los servidores públicos estarán presididas por las reglas sobre la administración de bienes ajenos y por los mandatos y postulados que gobiernan una conducta ajustada a la ética y a la justicia. La responsabilidad de la dirección y manejo de la actividad contractual y la de los procesos de selección será el jefe representante de la entidad quien no podrá trasladarla a las juntas o concejos directivos de la entidad, ni a las corporaciones de elección popular, a los comités asesores, ni a los organismos de control y vigilancia de la misma”.

“Los contratistas responderán cuando formulen propuestas en las que fijen condiciones económicas y de contratación artificialmente bajas con el propósito de obtener la adjudicación del contrato”.

“Los contratistas responderán por haber ocultado al contratar, inhabilidades, incompatibilidades o prohibiciones, o por haber suministrado información falsa. Los contratistas responderán y la entidad responderá y la entidad velará por la buena calidad del objeto contratado”.

**2.3.11 De la ecuación contractual.** “En los contratos estatales se mantendrá la igualdad o equivalencia entre derechos y obligaciones surgidas al momento de proponer o de contratar, según el caso. Si dicha igualdad o equivalencia se rompe por causas no imputables a quien resulte afectado, las partes, adoptarán en el menor tiempo posible las medidas necesarias para su restablecimiento.

Para tales efectos, las partes suscribirán los acuerdos y pactos necesarios sobre cuantía, condiciones y formas de pago de gastos adicionales, reconocimiento de costos financieros e intereses, si a ello hubiere lugar, ajustando la cancelación a las disponibilidades, de la apropiación de que trata el numeral 14 del artículo 25. En todo caso, las entidades deberán adoptar las medidas necesarias que



aseguren la efectividad de estos pagos y reconocimientos al contratista en la misma o en la siguiente vigencia de que se trate”.

**2.3.12 De la interpretación de las reglas contractuales.** “En la interpretación de las normas sobre contratos estatales relativas a procedimientos de selección y escogencia de contratistas y en cláusulas y estipulaciones de los contratos se tendrán en consideración los fines y los principios de que trata esta ley, los mandatos de la buena fe y la igualdad y equilibrio entre prestaciones y derechos que caracterizan a los contratos conmutativos.”

**2.3.13 El deber de selección objetiva.** “La selección de contratistas será objetiva:

Es objetiva la selección en la cual la escogencia se hace al ofrecimiento más favorable a la entidad y a los fines que ella busca, sin tener en consideración factores de afecto, o de intereses y, en general, cualquier clase de motivación subjetiva.

Ofrecimiento más favorable es aquel que, teniendo en cuenta los factores de escogencia, tales como cumplimiento, experiencia, organización, equipos, plazo, precio y la ponderación precisa, detallada y concreta de los mismos, contenida en los pliegos de condiciones o términos de referencia en el análisis previo a la suscripción del contrato, si se trata de contratación directa, resulta ser el más ventajoso para la entidad, sin que la favorabilidad la constituyan factores diferentes a los contenidos en dichos documentos, solo alguno de ellos, el más bajo precio o el plazo ofrecido. El menor plazo que se ofrezca inferior al solicitado en los pliegos, no será objeto de evaluación.

El administrador efectuará la comparación del caso mediante el cotejo de los diferentes ofrecimientos recibidos, la consulta de precios o condiciones del



mercado y los estudios y deducciones de la entidad o de los órganos consultores o asesores designados para ello.

En caso de comparación de propuestas nacionales y extranjeras, se inclinarán los costos necesarios para la entrega del producto terminado en el lugar de su utilización.”

**2.3.14 De la estructura del procedimiento de selección.** La licitación o concurso se efectuará conforme a las siguientes reglas:

El jefe o representante de la entidad estatal ordenará su apertura por medio de acto administrativo motivado.

De conformidad con lo previsto en el numeral 12 del artículo 25 de la ley 80/93, la resolución de apertura debe estar precedida de un estudio realizado por la entidad respectiva en el cual se analiza la conveniencia y oportunidad del contrato y su adecuación a los planes de inversión, de adquisición, compras presupuesto y ley de apropiaciones, según el caso.

Cuando sea necesario, el estudio deberá estar acompañado, además, de los diseños, planos y evaluaciones de prefactibilidad y factibilidad.

La entidad interesada elaborará los correspondientes pliegos de condiciones o términos de referencia, de conformidad con lo previsto en el numeral 5 del artículo 24 de la ley en comento, en los cuales se detallarán especialmente los aspectos relativos al objeto del contrato, su regulación jurídica, los derechos y obligaciones de las partes, la determinación y ponderación de los factores objetivos de selección y todas las demás circunstancias de tiempo modo y lugar que se consideren necesarias para garantizar las reglas objetivas, claras y completas.



Dentro de los diez (10) a veinte (20) días calendario anteriores a la apertura de la licitación o concurso se publican hasta tres (3) avisos con intervalos entre dos (2) y cinco (5) días calendario, según lo exija la naturaleza, objeto y cuantía del contrato, en diarios de amplia circulación en el territorio de jurisdicción de la entidad o a falta de estos en otros medios de comunicación social que posean la misma difusión.

En defecto de dichos medios de comunicación en los pequeños poblados, de acuerdo que disponga el reglamento, se leerán por bando y se fijaran por avisos en los principales lugares públicos por el término de siete días calendario, entre los cuales deberán incluir uno de los días de mercado en la respectiva población. Los avisos contendrán información sobre el objeto y características esenciales de la respectiva licitación o concurso.

Dentro de los tres (3) días hábiles siguientes al inicio del plazo para la presentación de propuestas y la solicitud de cualquiera de las personas que retiraron pliego de condiciones o términos de referencia, se celebrará una audiencia con el objeto de precisar el contenido y alcance de los mencionados documentos y de oír a los interesados, del cual se levantará un acta suscrita por los intervinientes.

Como resultado de lo debatido en la audiencia y cuando resulte conveniente, el jefe o representante de la entidad expedirá las modificaciones pertinentes a dichos documentos y prorrogará, si fuere necesario, el plazo de la licitación o concurso hasta por seis (6) días hábiles.

Lo anterior no impide que dentro el plazo de la licitación o concurso, cualquier interesado pueda solicitar aclaraciones adicionales que la entidad contratante responderá mediante comunicación escrita, copia de la cual enviará a todos y cada una de las personas que retiraron pliegos o términos de referencia.



El plazo de la licitación o concurso, entendido como el termino que deba transcurrir entre la fecha a partir de la cual se pueden presentar propuestas y la de su cierre, se señalarán en los pliegos de condiciones o términos de referencia, de acuerdo con la naturaleza, cuantía y objeto de l contrato.

Cuando lo estime conveniente la entidad o cuando lo soliciten las dos terceras partes de las personas que hayan retirado pliegos de condiciones o términos de referencia, dicho plazo se podrá prorrogar, antes de su vencimiento, por un término no superior a la mitad del inicialmente fijado.

Las propuestas deben referirse y sujetarse a todos y cada uno de los puntos contenidos en el pliego de condiciones o términos de referencia. Los proponentes pueden presentar alternativas y excepciones técnicas o económicas siempre y cuando ellas no signifiquen condicionamientos para la adjudicación.

De acuerdo con la naturaleza, objeto y cuantía del contrato, en los pliegos de condiciones o términos de referencia, se señalará el plazo razonable dentro del cual la entidad deberá elaborar los estudios técnicos, económicos y jurídicos necesarios para la evaluación de las propuestas y para solicitar a los proponentes las aclaraciones y explicaciones que se estimen indispensables.

Los informes de evaluación de las propuestas permanecerán en la secretaría de la entidad por un término de cinco (5) días hábiles para que los oferentes presenten las observaciones que estimen pertinentes. En ejercicio de esta facultad, los oferentes no podrán completar, adicionar, modificar o mejorar sus propuestas.

Los plazos para efectuar la adjudicación y para la firma del contrato se señalan en los pliegos de condiciones o términos de referencia, teniendo en cuenta su naturaleza, objeto y cuantía.



El jefe o representante de la entidad podrá prorrogar dichos plazos antes de su vencimiento y por un término total no mayor, a la mitad del inicialmente fijado, siempre que las necesidades de la administración así lo exijan.

Dentro del mismo término de adjudicación, podrá declararse desierta la licitación o concurso conforme a lo previsto en este estatuto.

En el evento previsto en el artículo 273 de la constitución política, la adjudicación se hará en audiencia pública. En dicha audiencia participarán el jefe de la entidad o la persona en quien, conforme a la ley, se haya delegado la facultad de adjudicar y, además, podrán intervenir en ella los servidores públicos que hayan elaborado los estudios y evaluaciones, los proponentes y las demás personas que deseen asistir.

De la audiencia se levantará un acta en la que se dejará constancia de las deliberaciones y decisiones que en el desarrollo de la misma se hubieran producido.

El acto de adjudicación se hará mediante resolución motivada que se notificara personalmente al proponente favorecido en la forma y termino establecido para los actos administrativos, en el evento de no haberse realizado en audiencia publica, se comunicara a los no favorecidos dentro de los cinco (5) días calendario siguiente.

El acto de adjudicación es irrevocable y obliga a la entidad y al adjudicatario.

Si el adjudicatario no suscribe el contrato correspondiente dentro del término que se haya señalado, quedará a favor de la entidad contratante, en calidad de sanción, el valor del deposito o garantía constituidos para responder por la seriedad de la propuesta, sin menoscabo de las acciones legales conducentes al



reconocimiento de perjuicios causados y no cubiertos por el valor de los citados depósitos o garantía.

En este evento la entidad estatal mediante acto administrativo debidamente motivada, podrá adjudicar el contrato, dentro de los quince días siguientes, al proponente calificado en segundo lugar, siempre y cuando su propuesta sea igualmente favorable para la entidad.

**Parágrafo.** “Para los efectos de la presente ley se entiende por licitación pública el procedimiento mediante el cual la entidad estatal formula públicamente una convocatoria para que en igualdad de oportunidad, los interesados presenten sus ofertas y seleccionen entre ellas las más favorables. Cuando el objeto del contrato consista en estudios o trabajos técnicos, intelectuales o especializados, el proceso de selección se llamará concurso y se efectuará también mediante invitación pública.”

**2.3.15 De la publicación de los actos y sentencias sancionatorias.** “La parte resolutive de los actos sancionatorios una vez ejecutoriados, se publicará por dos (2) veces en medios de comunicación escrita con amplia circulación el territorio de jurisdicción de la entidad estatal respectiva y se comunicará a la Cámara de Comercio en que se encuentre inscrito el contratista sancionado. También se publicará en el Diario oficial y se comunicará a la Procuraduría General de la Nación.

Ante la ausencia de estos medios de comunicación se anunciara por bando público en dos (2) días de mercado diferentes.

La publicación a que se refiere el presente artículo correrá a cargo del sancionado. Si este no cumple con tal obligación la misma se hará por parte de la entidad estatal, la cual repetirá contra el obligado”.



## 2.4 PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES APLICABLES A LOS CONTRATOS DE DERECHO PRIVADO

**2.4.1 Principio de la autonomía privada.** Éste principio tiene raigambre constitucional en el artículo 333. El legislador no está en posibilidad de definir el contenido de cada negocio jurídico en particular y, generalmente, ni siquiera fija factores para su determinación concreta, puesto que ésa es una tarea poco menos que imposible. Por tal razón, delega en los propios negociantes esa función, los faculta para crear la regla particular de derecho que va a disciplinar su relación en el entendido que son ellos quienes mejor pueden hacerlo dada su estrecha relación con el interés a disciplinar. Es el fenómeno que se ha dado en llamar **de la autonomía de los particulares** o autonomía privada, simplemente, para regular sus intereses, puesto que, en el ejercicio de tal facultad otorgada por el ordenamiento, las personas se dan normas a sí mismas.

El precepto inicial del artículo 333 de la Constitución Política, a su vez, consagra otro principio de enorme trascendencia en las relaciones jurídicas privadas: dice la norma que la actividad económica y la iniciativa privada son libres dentro de los límites del bien común; éste principio se podría denominar también como el de la autonomía, que hace referencia a la posibilidad que tienen las partes de, por su iniciativa, regular sus propios intereses siempre y cuando no vayan en contra del bienestar general (el bien común es lo que dice la norma redactada seguramente por algún representante de una de las tendencias filosóficas presentes en la Constituyente). Es evidente que el lenguaje que se usa en otras, pero, a pesar de ello, todo el artículo 333 de la Constitución Política es, diríamos, en cuanto al principio de la autonomía privada.

No obstante, esa autonomía privada no significa que a los asociados les esté permitido pactar cualquier cosa, en desmedro o no de sus derechos, o del interés general.



Podríamos decir que el Estado tiene una competencia normativa y el particular tiene otra, no sólo más restringida y concreta, sino de menor grado jerárquico, pues las normas legales prevalecen sobre las privadas, a menos que el propio legislador haya otorgado la gracia del carácter supletorio de ciertas normas, caso en el cual los particulares tienen la opción de trocar lo dispuesto en la ley por una regla que mejor se acomode a sus necesidades e intereses.

El Estado e individuo poseen cada cual sus propias esferas de competencia en la producción de fuentes formales del derecho. Sólo que éste está supeditado a aquél, pues las normas que generan son de inferior jerarquía a las que emite el Estado. Pero ambos producen reglas: el individuo, guiado por sus propios intereses particulares y sus necesidades; el Estado, como guardián del interés general.

Cuando factores ajenos a los propios de los celebrantes para determinar el contenido, encontramos allí que hay limitaciones al ejercicio de la autonomía privada, es decir, parámetros dentro de los cuales deben moverse los particulares en su objetivo de definir el contenido del negocio jurídico.

**2.4.2 Principio de la economicidad.** Una característica fundamental de los contratos tiene que ver con el carácter patrimonial que siempre tienen los intereses que se crean, regulan o extinguen en ellos. Desde ese punto de vista, es innegable que todos los contratos están informados por un principio economicista pues, sin falta, todas las prestaciones que de ellos se derivan tienen para las partes consecuencias patrimoniales.

De este principio, que también puede citarse como una característica fundamental de los contratos, puede decirse que es un lugar común pero, sin duda alguna, tiene una indiscutible resonancia en numerosos aspectos de nuestra normativa contractual. Así, por ejemplo, todas las prestaciones que se derivan de ellos



tienen una connotación patrimonial y, en particular, dineraria, de tal suerte que aún las obligaciones de no hacer pueden traducirse en obligaciones de dinero.

En fin, es evidente también este principio en que, por regla general, los intereses que el derecho tutela en materia contractual, tanto a las partes como a terceros, tienen connotación patrimonial; aquellos que no la tienen (intereses sentimentales o puramente personales), se quedan irrelevantes para el derecho, en cuanto a contratos se refiere, por regla general.

**2.4.3 Principio de la buena fe.** Se presume que los contratos se celebran de buena fe y que las partes tienen, desde el comienzo, la intención de ejecutarlos del mismo modo. Para el legislador no es concebible que alguien quiera celebrar un contrato con el ánimo de incumplirlo. Éste principio aparece consagrado en los artículos 1603 del Código Civil y 871 del Código de Comercio y resulta fortalecido con el espaldarazo que le concediera la Constitución Política en el artículo 83, del cual también se deduce la presunción de la buena fe en las relaciones entre los particulares, una de cuyas manifestaciones más importantes es la de los contratos.

Éste principio significa que los contratantes, tanto al celebrar sus negocios como al cumplirlos, deben obrar con transparencia, lealtad y probidad frente a los intereses del otro contratante.

Obrar de buena fe significa obrar con rectitud, con clara conciencia de que se está actuando de la manera más correcta, sin malicia ni engaño respecto del otro. De esa manera presume el derecho que actúan los contratantes, en todas sus operaciones, de tal suerte que si alguien alegase lo contrario, debe desvirtuar la mencionada presunción, demostrando los hechos en los cuales se perciba que alguien ha obrado de modo contrario a tales planteamientos, es decir, con engaño, que actuó con malicia, que calló y que con su silencio hizo daño.



El artículo 83 se ocupa de ello. Dice la norma: “las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante éstas”. Si diseccionamos la norma en los pensamientos que ella contiene, en los distintos sintagmas, como dicen los lingüistas, nos mostrarán que habría que leerla de esta manera: “las actuaciones de los particulares deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá”, el otro diría: “las actuaciones de las autoridades deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá”, y el tercero rezaría: “las actuaciones de los particulares en las gestiones que éstos realicen ante las autoridades, deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá”.

**2.4.4 Principio de tutela de la confianza.** Bien puede decirse, además, que la tutela de la confianza es un principio derivado del de la buena fe, pues permite deducir que las partes han obrado de manera honrada y que ninguno de los dos puede aprovecharse de un error del otro, cuando tal error es manifiesto debido a su anormalidad.

El derecho nuestro no tiene norma específica sobre este problema y en cuanto se trata del error, el ordenamiento civil colombiano prescribe para el error la nulidad relativa, siempre que aparezcan los requisitos del vicio, en los términos de los artículos 1511 y siguientes del Código Civil.

**2.4.5 Principio de las cargas.** Quien celebra un negocio jurídico debe cumplir ciertas cargas si tiene interés en la validez o en la eficacia de su negocio. Se trata de exigencias positivas (no de obligaciones pues, a diferencia de éstas, no admiten un cobro coercitivo) que también suelen denominarse deberes, cuya inobservancia generará ciertos efectos nocivos para los negociantes o para uno de ellos. Hay una cierta dureza en el planteamiento, pero nos parece que es del todo



aparente, pues debe entenderse que, si bien el legislador propende por la protección de la parte débil en la relación contractual, sin embargo ello no significa que también deba proteger a la parte que ha sido descuidada o negligente con sus propios intereses. Tales cargas son las siguientes:

- **Cargas de legalidad.** Para asegurarse de la eficacia de su negocio, incumbe a las partes integrar correctamente el supuesto legal del mismo. Tienen el deber de saber qué negocio van a llevar a efecto y cómo celebrarlo legalmente, pues de lo contrario no podrían esperar que el derecho lo reconozca como existente o como válido. Es obvio y, sin embargo, es necesario decir que no es posible que algún contratante, como soporte de una defensa frente al otro contratante, alegue que desconocía las normas reguladoras de los requisitos de los contratos, sea que tales normas se refieran a los sujetos negociables, a la forma o al contenido. Tal ignorancia no le sirve de excusa.

- **Cargas para determinar los efectos.** Estas cargas tienen que ver también, por supuesto, con el conocimiento de la ley que deben tener las partes; sólo que en este caso se alude, ya no a los requisitos, sino a los efectos jurídicos de los negocios ya celebrados. Nadie puede alegar que desconocía las consecuencias previstas por el derecho para determinado negocio. La parte se verá precisada, debido a la irrevocabilidad que generalmente tienen los negocios jurídicos, a soportar los efectos perjudiciales del torpe cumplimiento de las cargas a las que aludiremos seguidamente:

- **De Sagacidad.** El sujeto contractual ha de estar atento y manejar cuidadosamente cuánto dice o hace. La previsión, la cautela, nunca están de más. En los contratos suele ser muy útil el pacto de garantías, mediante cláusulas accidentales o mediante contratos de garantías; el derecho las ha puesto allí para usarlas y, a la hora de un conflicto, de un proceso concursal. Estas conductas y otras de similar propósito no han sido previstas por la ley y, sin embargo, son



usuales y muy prácticas, pues ayudan a asegurar que los efectos esperados del negocio se van a producir. Sólo que debe tenerse cuidado con ellas, pues algunas pueden tener efectos secundarios, como los de orden tributario que aquejan al titular de los bienes.

- **De Claridad.** La terminología usada debe ser clara y precisa, pues el negocio, una vez concluido, puede ser materia de interpretación por los demás, por las partes mismas, por el juez, etc. Si en el contrato es necesario utilizar algún lenguaje muy técnico, es preciso asegurarse de que las partes lo entiendan y estén de acuerdo en el significado de los vocablos que usan, pues el negocio va a ser examinado por técnicos también, si fuere necesario dirimir alguna controversia. Recuérdese que, de acuerdo con el artículo 1624 del Código Civil, las cláusulas ambiguas se entenderán contra quien las redactó; y si no se sabe quien las redactó, se interpretarán a favor del deudor. Y, lo que es peor, una cláusula abstrusa puede devenir en ineficacia, si es tal su oscuridad que de modo alguno puede ser aplicada.

- **De Conocimiento.** La parte ha de conocer no sólo el significado de los términos consignados en el negocio, sino la actividad humana en la cual éste está inmerso pues, desde luego, no va a poder alegar ignorancia de la actividad o de usos y costumbres de la misma, ya que la costumbre se entiende como elemento natural, integrante del contenido del contrato, así las partes nada hayan pactado, a voces de lo que dispone el artículo 1621 del Código Civil. Un buen perito le será de gran ayuda al contratante previsivo y le evitará cuantiosas pérdidas en pleitos.

**2.4.6 Principio de preservación.** Los negocios jurídicos, salvo en las excepciones legales, siempre están llamados a producir efectos; y, aún si adolecen de algún defecto que genere ineficacia, tienen vocación de saneamiento. Por medio de los múltiples mecanismos que prevé para el saneamiento de los negocios se hace evidente cómo el legislador está vivamente interesado en que



ellos produzcan efectos las más de las veces. La ineficacia no es buena ni para la seguridad ni para el dinamismo de las relaciones jurídicas. Pudiera decirse que, sin duda, hay un interés general en que los negocios se lleven a cabo, se ejecuten, cumplan los propósitos para los cuales han sido puestos por el ordenamiento.

Ahora, si por alguna circunstancia resultare que un negocio está destinado al derrumbamiento debido a que en su formación o en su ejecución presenta anomalías que puedan conducir a la ineficacia, aún así es posible preservarlo pues al paso del aniquilamiento surgen los mecanismos de saneamiento de los cuales hablamos ya, tendientes a lograr que el negocio se preserve.

Los múltiples mecanismos colocados ex profeso por el legislador para la conservación del negocio jurídico anómalo, con el innegable propósito de tomarlo eficaz, indican que la ley se inclina por la salvación del negocio, antes que por su derrumbamiento. Ello nos mueve a predicar que el intérprete del negocio sólo debe pregonar la ineficacia una vez que haya probado estos instrumentos de saneamiento y hayan resultado inútiles para ese fin, específico. Y en esa comprobación, nos parece, no debe descartarse la analogía como principio obsecuente con la conservación del negocio jurídico, ya que, si ése es el espíritu del legislador, no habría razón para impedir que un mecanismo creado para la redención del negocio en ciertos casos, fuera aplicable a otros similares.

**2.4.7 Principio del equilibrio patrimonial.** De este principio surgen figuras como la lesión enorme (artículos 1946 y siguientes del Código Civil), la ineficacia de las prestaciones irrisorias (artículo 872, Código de Comercio) y la ineficacia de la compraventa por precio irrisorio (artículo 920 Código de Comercio).



El principio sirve tanto para evitar el enriquecimiento injusto como para propender porque quien ha transgredido el contrato resarza los prejuicios irrogados (artículo 1615, Código Civil), sin que la sanción sea excesiva.

**2.4.8 Principio de la libertad de forma.** Los negocios de forma libre son todos aquellos en los cuales el legislador ha dejado a los celebrantes en libertad de escoger la forma que deseen dar a su negocio, según sus necesidades. Son la mayor parte, puesto que la consensualidad o libertad de forma es un principio general del derecho privado. El consentimiento no es un elemento constitutivo del negocio, sino un presupuesto de validez. Tampoco es el consentimiento una formalidad. Al decir “de forma libre” aludimos a lo que en verdad ocurre, que los negociantes tienen libertad para escoger una de las formas del catálogo que de ellas ofrece el derecho.

En la observación de las disposiciones en las que el legislador establece formalidades siempre hallamos un dejo de capricho, puesto que el redactor de la norma, por razones de prudencia, de conveniencia, de seguridad, en fin, por su prudente arbitrio, considera que determinados negocios deben sujetarse a ciertas ritualidades sin las cuales no tendrá eficacia. Siempre se ha dicho que esas normas son de orden público y, en efecto, lo son, ya que la filosofía que las inspira no es otra que el interés general que busca cierta seguridad o certeza en las relaciones jurídicas entre las personas y en las situaciones jurídicas que vinculan a éstas con los bienes.

**2.4.9 Principio del efecto vinculante.** El negocio jurídico es vinculante. Como dice el artículo 1602 de nuestro Código Civil, el contrato es ley para las partes. Ese principio se puede aplicar no sólo a los contratos sino en general a todos los negocios jurídicos; es decir, el celebrante queda atado a lo dispuesto por él mismo en el negocio jurídico, le obliga y puede verse, en un momento determinado, como



sujeto pasivo de un cobro coercitivo, pues, por regla general, es posible acudir a los mecanismos que la ley establece para obligarlo a cumplir.

Pero no sólo frente a las partes puede el contrato tener fuerza vinculante. También es posible que la tenga contra terceros, caso en el cual se dice que el contrato les es oponible, como pasa en los siguientes eventos: cuando la propia ley vincula como sujetos negociales a personas no celebrantes del negocio (por ejemplo, lo previsto en el artículo 991 Código de Comercio); en segundo lugar, frente a un tercero cuyos intereses han sido tocados por el negocio, éste le será oponible si lo ratifica; en tercer lugar, ciertos negocios son oponibles a todas las personas, de manera genérica e indeterminada, por efecto de la inscripción que de él se haga en un registro público; y, en cuarto lugar, si no existen mecanismos de publicidad, el negocio sólo será vinculante para terceros si se prueba que éstos obraron de mala fe.

**2.4.10 Principio de la solidaridad.** Si bien éste es un principio general del derecho mercantil, únicamente, según consagración que hace el artículo 825 del Código de Comercio (en materia civil la solidaridad debe pactarse expresamente, pues no se presume, a menos que la imponga la ley, como lo hace por vía de excepción en ciertas obligaciones), vale la pena mencionarlo pues tiene una gran importancia en las relaciones jurídicas de la actualidad, cuando sin duda es la actividad mercantil la más descollante en el tráfico de bienes y servicios.

**2.4.11 Principio de la simultaneidad.** Por lo general, las partes pactan el momento en el cual cada una de ellas debe ejecutar las prestaciones derivadas de sus contratos. Para cada obligación se suele indicar el día y la hora en que ha de cumplirse. Pero cuando las partes dejan en silencio tal tópico, el derecho, pero en especial la ley, debe suplir el vacío dejado por los contratantes. Sin embargo, las reglas legales no siempre lo son explícitas que esperamos que sean y, es posible, que también en ellas se guarde silencio sobre el punto. La jurisprudencia colombiana



de vieja data tiene propuesta una solución basada en un principio, derivado de las normas que regulan el tema del cumplimiento de las obligaciones, que pudiera enunciarse así: debe entenderse que las partes desean cumplir sus obligaciones de manera simultánea, por lo general, de tal suerte que al momento en que uno de los dos cubra la suya, el otro también hace lo propio. Éste principio es aplicable a todos los contratos, incluido el de promesa<sup>10</sup>, e implica que las partes están obligadas a satisfacer las prestaciones derivadas del contrato de manera simultánea, salvo que la ley o el convenio indiquen otra cosa.

**2.4.12 Principio de seriedad contractual.** Dos normas se refieren a este principio, una general, prevista para todos los contratos que es el artículo 872 del Código de Comercio; la otra es especial de la compraventa y aparece en el artículo 920, inciso segundo. De acuerdo con este principio, si en un contrato se introducen prestaciones irrisorias, tales deberán tenerse por no pactadas y, por consiguiente, no habrá contrato.

El legislador mercantil, de 1971, introdujo este principio en la legislación colombiana, ninguna otra norma anterior lo mencionaba, y con ello quiso combatir la costumbre de quienes, para aparentar u ocultar otro tipo de relación jurídica, o como medida de pseudo cautela (para que alguien no se convierta en poseedor, por ejemplo), celebran contratos meramente simbólicos que generalmente distorsionan el verdadero sentido de la relación jurídica.

---

<sup>10</sup> La Corte Suprema se refirió a este principio en sentencia de mayo 10 de 1977, precisamente en relación con el contrato de promesa, a pesar de que la prestación principal de este contrato, por esencia, está previsto que se cumpla en un tiempo futuro: la celebración del contrato prometido.



Los términos en los que fue redactado el artículo 872 del Código de Comercio no son muy afortunados. Según la norma, si la prestación es irrisoria no habrá contrato conmutativo. Ante tal texto se preguntará el intérprete ¿entonces, habrá contrato aleatorio? Lo que en realidad quiso decir el legislador, a nuestro modo de ver, fue lo siguiente: si las prestaciones fueren irrisorias no habrá contrato, salvo que se trate de uno aleatorio. Es claro que en los contratos aleatorios no puede hablarse de irrisoriedad en la prestación, pues es imposible comparar las prestaciones a cargo de las partes como para saber que exista una desproporción manifiesta entre ellas. En cambio, en el artículo 920, inciso segundo, la idea quedó más clara por el redactor de la norma al expresar que el precio irrisorio se tendrá por no pactado. Con ello expresó que no habría precio y, al no haber precio, el contrato es inexistente.

Se ha pretendido que la presunción no abarca sino la tercera de tales proposiciones: la buena fe se presume en las actuaciones de los particulares ante las autoridades. Pero la Corte Constitucional, hasta ahora, se ha inclinado por considerar que la presunción comprende las tres hipótesis. En sentencia C – 544 de 1º de diciembre de 1994, la Corte, sin embargo, enseñó que el principio de la buena fe tiene cabal aplicación en las tres hipótesis mencionadas y no podía ser de otra manera, pues la norma carecería de sentido y de proporción, al presumir la buena fe de quien acude ante la autoridad, pero no presumir también la de quien ejerce la autoridad.

**2.4.13 El principio de la libertad de forma.** El principio de la consensualidad o, como preferimos llamarlo, el principio de la libertad de forma resulta fortalecido por la Constitución porque el artículo 84, en armonía con el 333, nos dice que cuando un derecho o una actividad haya sido reglamentado de manera general, las autoridades públicas no podrán establecer ni exigir permisos, licencias o requisitos adicionales para su ejecución. Tal planteamiento tiene que ver con la materia contractual pues si la ley no establece requisitos para la celebración de un



contrato, ese contrato se puede celebrar bajo la forma que los contratantes escojan, forma libre, porque no es posible exigir requisitos más allá de los que consagra la ley a una actividad como sería la de celebrar un contrato.

**2.4.14 Principio del intervencionismo estatal.** Tanto la Constitución anterior como la actual, aquella en el artículo 30, ésta en el 334, pregonan que la dirección general de la economía estará a cargo del Estado. Tal predicamento implica, especialmente en materia contractual, que el Estado tiene un área enorme de influencia, para fijar, prácticamente sin reservas, el sentido, el alcance y la orientación de los negocios que celebran los particulares, siempre y cuando al Estado le interese tal intervención.

Para lograr tantos y tan loables objetivos, el Estado puede valerse de mecanismos tales como la ley, los organismos gubernamentales con funciones policivas económicas y los jueces.

El artículo 78 de la Carta nos habla de algunos de estos controles. Por ejemplo, dice que la ley deberá regular cuanto tenga que ver con el control de calidad de bienes y servicios. La ley debe regular la Constitución quiere que estos temas sean disciplinados expresamente por la ley. Sin duda se trata de normas constitucionales curiosas, difíciles de encontrar en otros ordenamientos.

También la Constitución, en el artículo 333, dice que la ley debe ocuparse de dictar normas que propicien el control e impidan el abuso de las posiciones dominantes en el mercado. En dos sentidos ha sido tomada la expresión: de una parte se dice que el constituyente propugna por la protección de los consumidores respecto de los abusos de quienes dominan un mercado; de otro lado, se afirma que el abuso de la posición sólo puede darse en detrimento de los competidores en el mercado. En estricto lenguaje, la segunda connotación es la más técnica.



Los instrumentos que el derecho nuestro tiene para controlar ese tipo de problemas son poco efectivos y muy escasos. El artículo 1624 del Código Civil, es uno, aquel de la interpretación de las cláusulas ambiguas pero es, por supuesto, un instrumento exageradamente débil. La norma ordena que la cláusula ambigua se interprete contra quién la redactó, generalmente la parte económicamente fuerte, contra ella se entenderá la cláusula. Sin embargo, si la cláusula no es ambigua la norma de nada sirve. Otro instrumento con el cual cuenta nuestro derecho para controlar los contratos de adhesión es el de las funciones policivo económicas que tienen las autoridades del ejecutivo, especialmente superintendentes, ministros, alcaldes, en fin, todos aquellos órganos del Estado que pueden intervenir en los contratos y señalar límites, tarifas, etc.

**2.4.15 El principio de protección de los derechos fundamentales.** Es evidente el empeño puesto por el constituyente de 1991 en la protección de los derechos fundamentales de los individuos<sup>11</sup>. Y si bien es cierto que consagró el proceso de tutela como el mecanismo para lograr tal cometido, el carácter jerárquico de tales derechos hace que sea imposible de obviar su influjo, al abordar el estudio del tema contractual, puesto que, sin lugar a discusiones, a la hora de celebrar negocios, los particulares han de tener sumo cuidado para no transgredir los derechos fundamentales.

De hecho, en los pronunciamientos de la Corte Constitucional en torno del contrato de medicina prepagada<sup>12</sup> ya se observa el fenómeno anunciado en los renglones anteriores, pues no obstante que se trata de un contrato, su contenido relacionado íntimamente con los derechos fundamentales obliga a que la mirada del juez sobre el contrato se haga con un celo especial por el amparo constitucional.

---

<sup>11</sup> La Corte Constitucional, en sentencia T 411 de junio 4 de 1999, protegió el derecho a la libre expresión, vulnerado por un contrato en el que una constructora prohíba a sus clientes publicar sus inconformidades con el proyecto.

<sup>12</sup> Sentencia SU 039 de 1998.



**2.4.16 El principio del orden económico justo.** La Constitución nuestra plantea, también en materia general, principios como el de que el Estado tiene entre sus fines el de procurar un orden económico justo. Lo pregona la Constitución desde el preámbulo y en el artículo segundo habla de la prosperidad como uno de los fines esenciales del Estado, en una singular y loable intención del constituyente que a los jueces corresponde que no se quede en retórica vana, siempre y cuando encontremos la manera de ver los artículos de nuestros códigos a la luz de este tipo de disposiciones.

**2.4.17 El principio de la función social y ecológica.** También encontraremos que la Constitución al establecer el principio de la función social y la función ecológica de la propiedad y de la empresa, puso limitaciones a todo aquello que tiene que ver con negocios privados en relación con las actividades que en un momento dado vulneren esos principios.

Nuestro derecho, aunque aún no nuestros comportamientos, se está poniendo a tono con las tendencias actuales del mundo ya que, como el clamor por la protección de los ecosistemas es cada vez más generalizado, el derecho no puede pasar indiferente frente a tan inaplazable necesidad. De manera que, en la celebración de ciertos contratos, no pueden los particulares ignorar estas implicaciones de la nueva Constitución Política

**2.4.18. El principio de la protección de la empresa.** Cuando la constitución reconoce a la empresa como base del desarrollo, como factor de suma trascendencia en nuestra economía, atrás quedaron esas consideraciones del pasado en las cuales la empresa era vista con cierto desdén y la actividad de los comerciantes se menospreciaba porque algunos la consideraban indigna; aún hay algunos vocablos del habla española que indica ese desprecio (mercachifle, merquero) por esa actividad pero, para el derecho, es concepto que está completamente enterrado.



## **2.5 FÓRMULAS INSTITUCIONALES RELATIVAS A NEGOCIOS ESPECÍFICOS**

La Constitución política no sólo habla de principios contractuales, sino también de ciertas especies de contratos, en una particularización muy poco usual de los textos constitucionales. En materia de contratación privada son muchos los temas en los cuales irrumpe la Constitución Política. Como por ejemplo:

- En el artículo 81 prohíbe el comercio de armas químicas, biológicas y nucleares, así como el de residuos nucleares y desechos tóxicos.
- En el artículo 334 habla de la explotación de los recursos naturales, de la producción, distribución, utilización y consumo de bienes, de los servicios públicos y privados, del empleo de los recursos humanos con el objeto de racionalizar la economía, mejorar la calidad de vida, etc.
- En el artículo 62 habla del destino de las donaciones entre vivos o testamentarias para fines de interés social, no puede ser variado.
- En el artículo 51 habla del derecho a la vivienda digna y, aunque no ha sido reconocido como un derecho fundamental por la Carta, la Corte Constitucional le dio ese status en sentencia de junio 24 de 1992.
- En el artículo 335 habla de las actividades financieras, de su manejo, aprovechamiento e inversión de acuerdo con el interés público.
- En el artículo 66 habla en general de la democratización del crédito, señalando ciertas condiciones especiales para el crédito agropecuario en cuya regulación ordena a los eventuales redactores de las normas futuras sobre estos temas, que



tengan en cuenta los ciclos de las cosechas, los ciclos de los mercados y de los precios, los riesgos inherentes e incluso las posibilidades de calamidad doméstica.

La posibilidad de que todas las personas que hacen parte de un gremio económico se pongan de acuerdo y establezcan entre ellos unos pactos (negocios gremiales) que les permitan desarrollar mejor su actividad, manejar problemas de competencia desleal y de tablas de tarifas, etc., están permitidos por el artículo 333, inciso 1, de la Constitución Política, pero bajo el control que habíamos mencionado antes, pues el Estado debe impedir los abusos de las posiciones dominantes.



### 3. PROCEDIMIENTO PARA LA SOLUCIÓN DE CONFLICTOS CONTRACTUALES

#### SOLUCIÓN DIRECTA

Básicamente, es aquella que se logra por las partes contratantes sin la intervención de otra persona. Se tiende a creer que por tratarse de la expresión “Solución directa”, ello hace referencia a que se dirimirá el conflicto por vía no judicial<sup>13</sup>, aseveración falsa puesto que es *solución directa aquella que se celebra por las partes sin la intervención de personas diferentes a ellas, llámense juez o terceros.*

Surgiendo de la mera solicitud que efectúa el contratista y que la Entidad estatal después de analizarla resuelve acogerla positivamente. Es así como no podemos olvidar que se trata de un mecanismo que el Estado puede utilizar presentando una solicitud de carácter patrimonial.

En Colombia, la solución directa de los conflictos se logra a través de dos procedimientos: El **arreglo directo y la transacción.**

Ahora bien, la Ley 80 de 1993, ha consagrado expresamente los mecanismos de solución de conflictos, para lo cual, referenciaremos algunos artículos en que se establecen:

---

<sup>13</sup> VIVERO, Felipe. Régimen Jurídico de la conciliación en materia contencioso administrativo. Documento inédito.



## **LEY 80/93: ESTATUTO GENERAL DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA EN COLOMBIA.**

***“Art. 68. De la utilización de mecanismos de solución directa de las controversias contractuales. Las entidades a que se refiere el artículo 2º. del presente estatuto y los contratistas buscarán solucionar en forma ágil, rápida y directa las diferencias y discrepancias surgidas de la actividad contractual. Para tal efecto, al surgir las diferencias acudirán al empleo de los mecanismos de solución de controversias contractuales previstos en esta Ley y a la conciliación, amigable composición, y transacción.***

***Parágrafo. Los actos administrativos contractuales podrán ser revocados en cualquier tiempo, siempre que sobre ellos no haya recaído sentencia”.***

Entre otros aspectos, la ley 80 de 1993 en el artículo 4.9, referido a **“De los derechos y deberes de las entidades estatales”**, dispuso:

***“9. Actuarán de tal modo que por causas a ellas imputables, no sobrevenga una mayor onerosidad en el cumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista. Con éste fin, en el menor tiempo posible, corregirá los desajustes que pudieren presentarse y acordaran los mecanismos y procedimientos pertinentes para precaver o solucionar rápida y eficazmente las diferencias o situaciones litigiosas que llegaren a presentarse”.***

Así mismo, el artículo 25 regula el principio de Economía. En virtud de éste principio:



***"Las entidades incluirán en sus presupuestos anuales una apropiación global destinada a cubrir los costos imprevistos ocasionados por los retardos en los pagos, así como los que se originen en la revisión de los precios pactados por razón de los cambios o alteraciones en las condiciones iniciales de los contratos por ellas celebrados.***

***"De la ecuación contractual. En los contratos estatales se mantendrá la igualdad o equivalencia entre derechos y obligaciones surgidas al momento de proponer o de contratar, según el caso. Si dicha igualdad o equivalencia se rompe por causas no imputables a quien resulte afectado, las partes adoptarán en el menor tiempo posible, las medidas necesarias para su restablecimiento.***

***Para tales efectos, las partes suscribirán los acuerdos y pactos necesarios sobre cuantía, condiciones y forma de pago de gastos adicionales, reconocimiento de costos financieros e intereses si a ello hubiere lugar."***



Y, el Artículo 69 que trata acerca **"De la improcedencia de prohibir la utilización de los mecanismos de solución directa"**, consagra:

***... "Las autoridades no podrán establecer prohibiciones a la utilización de mecanismos de solución directa de las controversias nacidas de los contratos estatales."***

De igual modo, encontramos en la precitada ley que el numeral 16 del artículo 25, en tratándose del principio de economía, establece:

***"16. En las solicitudes que se presenten en el curso de ejecución del contrato, si la entidad estatal no se pronuncia dentro del término de tres meses siguientes, se entenderá que la decisión es favorable a las pretensiones del solicitante en virtud del silencio administrativo positivo".***

Quiere decir ello que en el evento que se trate del acto administrativo que adjudica, la Administración en ningún caso puede modificarlo o revocarlo por expresa disposición del artículo 30 de la misma ley.

Observamos que con esta ley se trajo un gran avance hoy la utilización de estos mecanismos son un deber de las partes, en desarrollo del decreto 222, estas figuras no se daban, siendo utilizada únicamente la del arbitraje.

## **SOLUCIÓN MEDIADA**

Contraria a la solución directa de los conflictos se tiene la solución mediada, siendo su característica primordial la de participación de un tercero extraño que hace, ***de mediador***.



La solución mediada comprende dos Mecanismos:  
La amigable composición y la conciliación

## **SOLUCIÓN COACTIVA**

Su característica primordial consiste en que se ingresa a ella contra la voluntad de uno de los sujetos del conflicto, y se impone de la misma manera a los dos. La solución coactiva comprende tres clases:

El arbitraje, decisión judicial y la jurisdicción coactiva.



### 3.1 SOLUCIÓN DIRECTA: “LA TRANSACCIÓN”

**3.1.1 Concepto.** Nuestro Código de Procedimiento Civil define la transacción en su artículo 2469 como: “Un contrato en que las partes terminan extrajudicialmente un litigio pendiente o precaven un litigio eventual”. Es así como, en reiteradas ocasiones se ha expuesto que la transacción es una solución amigable y convencional de un proceso en curso o de aquella controversia susceptible de generar en una demanda y que las partes por sus propios medios ponen fin precisamente a través de este medio alternativo de solución de conflictos.

Parra Quijano, ha sostenido que: **"la transacción es un contrato por el cual las partes, mediante recíprocas concesiones, terminan un litigio pendiente o precaven un litigio eventual"**.<sup>14</sup> Planiol y Ripert usan, en cambio, el término "controversia" y los Mazeud "pleito", en vez de litigio, aunque son considerados equivalentes.

Ahora bien, la doctrina Carnelutti, Couture, Guasp, Rengel-Romberg, Parra Quijano, Henríquez La Roche coincide en admitir que la transacción es un negocio jurídico complejo y no un acto procesal, en virtud del cual se establece un contrato entre las partes transigentes cuyo objeto es la causa o relación sustancial que se ventila o ventilará en el juicio de que se trate<sup>15</sup>. Con la transacción lo que se busca es solventar, mediante recíprocas concesiones, las causas que dieron o darán origen a la relación procesal entre las partes.

De lo expresado por los autores mencionados anteriormente, puede deducirse que la transacción tiene como características:

---

<sup>14</sup> [www.roma2002tripod.com/trabajos.monografias/transiciónRicardo](http://www.roma2002tripod.com/trabajos.monografias/transiciónRicardo) Henríquez La Roche.

<sup>15</sup> Ibidem



Al tratarse de uno de los mecanismos de terminación anticipada del proceso, la transacción es un contrato bilateral, que se conforma con la manifestación de voluntad del actor y del demandado de poner fin al juicio.

De allí que sea un contrato en el que las partes disponen de sus legítimos derechos e intereses en el proceso, dado que se producen recíprocas concesiones para las cuales, es necesario poseer la facultad de disponer de los derechos que se transijan. A su vez, tiene una connotación en particular, que en ella cada parte renuncia parcialmente a sus derechos. Sin embargo, por tratarse en este caso, de los derechos del Estado, ésta renuncia solo cabe hacerla cuando los mismos no sean ciertos o indiscutibles.

Puede concluirse que la transacción es sin lugar a dudas, una de las formas de solución directa para los contratos estatales contemplados en el artículo 68 de la ley 80/93 y previstos de igual manera por el artículo 13 del Decreto Reglamentario 173 de 1993.

### **3.1.2 Elementos esenciales de la transacción.**

- **Elementos personales.** Como en todo negocio jurídico, la transacción requiere de capacidad de parte de las personas que lo celebren. No obstante lo anterior, cuando ella no involucre nuevos bienes, sino que afecte los que están en disputa, quienes la celebren solo requieren capacidad de ejercicio.

Hay que tener en cuenta que no todo es transigible, la ley trae excepciones, que son las siguientes:

1. La acción criminal que nace de un delito (art. 2472 C.C.).



2. Pactos sobre alimentos futuros, salvo que se encuentren aprobados judicialmente (art. 2474 ibídem).
3. El estado civil de las personas (art. 2473 ibídem).
4. Sobre derechos ajenos o que no existen (art. 2475 ibídem).
5. No se puede transigir sobre normas procesales (art. 6 C.P.C.).
6. La transacción al tener como efecto la cosa juzgada, de volverse a plantear el caso se podrá excepcionar, al ser excepción mixta, se podrá proponer como previa, sin importar que en su naturaleza sea perentoria (art. 97 C.P.C.).

Obviamente, se requiere que la transacción tenga una causa lícita. En los contratos entre particulares basta que la causa exista, en el momento de su celebración, mientras que en los estatales la causa debe permanecer durante toda su ejecución. Así por ejemplo: Cuando la causa desaparece, puede acabarse el contrato, aún en los casos que no se hayan pactado cláusulas exorbitantes, sin que ello impida la indemnización de los perjuicios probables e inmediatos que sufra el particular.

- **Elementos reales.** Cuando se habla de elementos reales del contrato de transacción se entiende las contrapuestas pretensiones de las partes que se resuelven.
- **Elementos formales.** Es importante destacar que la transacción judicial requiere de un escrito que la contenga, que se presenta al juez para su aprobación en los términos del artículo 340 del código de Procedimiento Civil y en general, en



los casos en que la ley exige la formalidad de la escritura pública, ésta debe suplirse.

Básicamente la transacción se mueve sobre tres elementos:

- Una relación jurídica litigiosa o susceptible de controversia.
- La voluntad de las partes o contratantes de componer el litigio, es decir, eliminar la controversia.
- Las partes necesariamente deben hacer concesiones.

### **3.1.3. Características de la transacción.**

- **Existencia previa de incertidumbre sobre una relación jurídica.** Es indispensable que haya duda en relación con el desenlace, de tal manera que la solución consista en darle firmeza precisamente por este MACS.

Por ejemplo: queda eliminada la posibilidad de celebrar una transacción cuando ella tenga su origen en un hecho objetivo como una condición, pues, el acuerdo de voluntad que se celebra para acabar esa supuesta incertidumbre, no será transacción sino novación, aquí se cambia el sentido condicional de la primera obligación, por una pura y simple.

Tampoco puede tenerse como transacción aquella que tiene su origen en una incertidumbre subjetiva que se encuentra fundamentada en el error, ello sobre la firmeza del derecho que se discute.

- **La sustitución de la relación dudosa por una nueva que a diferencia de aquella tiene el carácter de cierta e indiscutible.** Aquí la transacción viene a



terminar la relación inicial por una nueva que sirve de fuente a la interrelación de los contratantes.

Ellos no pueden invocar entonces la primera relación, y si lo pretendiesen deben obtener previamente la declaración de invalidez o de nulidad de la transacción.

- **Debe lograrse mediante concesiones recíprocas.** Si una de las partes cede en sus pretensiones o derechos, se trata de una renuncia, la cual se asemeja fácilmente a una donación.

### **Características del contrato de transacción**

- Es un **contrato consensual**, pues se perfecciona por el mero consentimiento de las partes y sin formalidad alguna.
- Es **bilateral**.
- Es **oneroso**, porque lo que cada parte obtiene lo consigue otorgando algo a la otra.
- Es un **Mecanismo Alternativo para Solucionar** un conflicto.

**3.1.4 Efectos de la transacción.** Se predica de la transacción que ella puede producir en principio, efectos entre las partes y eventualmente respecto de terceros.

En relación con las partes, la transacción tiene efectos de **cosa juzgada**, es decir, que les obliga, sin que se evite la posibilidad de impugnarla como cualquier negocio jurídico.

En éste punto es posible reclamar su nulidad con fundamento en el error, cuando éste haya sido esencial; o cuando se descubren nuevos documentos que varíen la cuestión litigiosa a tal punto que sean determinantes.



Es así como, el Código de Procedimiento Civil. Artículo 340.2:

**“Para que la transacción produzca efectos procesales, deberá presentarse solicitud escrita por quienes la hayan celebrado, tal como se dispone para la demanda, dirigida al juez o tribunal que conozca del proceso o de la respectiva actuación posterior a éste, según fuere el caso, precisando sus alcances o acompañando el documento que la contenga. Dicha solicitud podrá presentarla también cualquiera de las partes, acompañando el documento de transacción autenticado, en este caso dará traslado del escrito a las otras partes, por tres días...”.**

**3.1.5 Requisitos para la validez de la transacción.** Como ya se ha manifestado se concretan así:

- **Capacidad de las partes.** Requiere que las personas tengan la plena capacidad de disposición sobre sus intereses (artículos 1502 y 2740 del código civil).
- **Poder de disposición.** Es un acto de autonomía de la voluntad, por ello se hace necesario que cada una de las partes disponga de los propio y si obra en representación de otra tenga la respectiva autorización.
- **Idoneidad del objeto.** Tiene que recaer claramente sobre aspectos patrimoniales y con el cuidado de que sean aquellos sobre los que la entidad estatal pueda disponer.



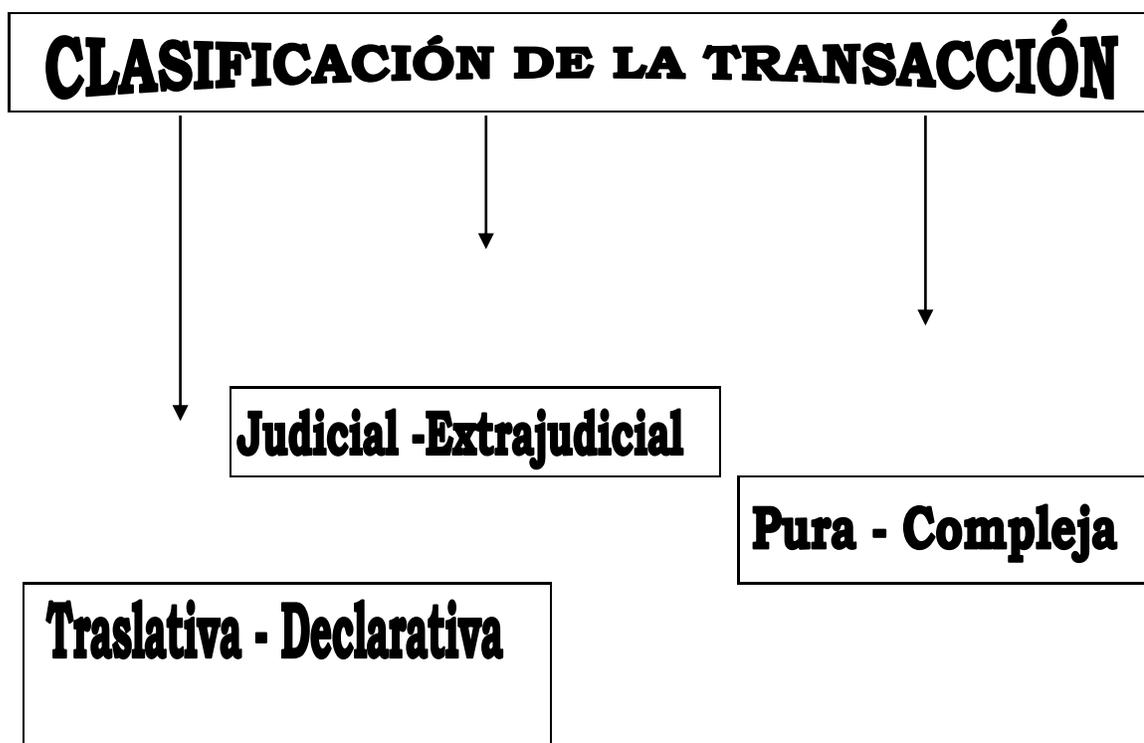
## Principios rectores de la transacción

- **La igualdad de las partes.** Las partes deben encontrarse en igualdad de condiciones para acoger las soluciones
- **Es un mecanismo alternativo para solucionar controversias.** Sí efectivamente la transacción permite poner fin a un conflicto judicial o extra judicial.
- **Libertad de acceso.** Es un mecanismo al cual tienen acceso todas las personas con capacidad de disposición.
- **Eficiencia.** Ofrece las mismas oportunidades a las partes de obtener un arreglo rápido y eficiente con menores costos.

### 3.1.6 Clasificación de la transacción

Existen varias clases de transacción:

Figura 1.



a). Puig<sup>16</sup> distingue la transacción judicial como la que se obtiene ante un juez, al paso que la transacción extrajudicial es aquella donde las partes acuerdan precaver un litigio o por la que desisten de un pleito en curso, a la que se llega sin la participación del juez. En otras palabras, la transacción judicial viene a ser lo que conocemos como la conciliación.

Es extrajudicial la que precave el litigio, y judicial aquella que se obtiene cuando el litigio ya ha comenzado, y cuya regulación se encuentra en el artículo 340 del Código de Procedimiento Civil.

---

<sup>16</sup> PUIG BROTAU, José. La transacción como Masc, 1998, p. 34



Por oposición a la transacción extrajudicial, la que se lleva ante un Juez requiere de formalidades adicionales, puesto que no solo debe elevarse a escrito, sino que, siendo una forma anormal de terminación del proceso, debe ser aprobada, mediante auto, para lo cual deberá presentársele escrito donde consten los términos de la transacción.

b) Otra clasificación de la transacción es la de **pura por oposición a la compleja**. Se dice que es pura cuando el acuerdo solo versa sobre los derechos discutidos, y compleja cuando se extiende a objetos extraños.

C) **La transacción se puede clasificar igualmente en traslativa o declarativa según que ella transmita o no derechos**. La doctrina se inclina por aceptar que la transacción siempre tiene carácter transmisible pues ella viene a sustituir el título anterior que las partes tenían sobre la cosa y por tanto ella sirve de justificación para una usucapión.

**3.1.7 La transacción en el derecho público.** Ahora bien, el Estatuto General de la Contratación estatal regula en su artículo 68 la transacción como un mecanismo de solución alternativa de los conflictos. No obstante ello, consideramos importante destacar que ésta se escapa al tema de la contratación administrativa, tal como lo ha sostenido una parte de la doctrina<sup>17</sup>.

En el caso de las entidades del orden nacional, se requiere en su orden aprobación del Gobierno Nacional, Departamental o Municipal según lo establece el artículo 341 del Código de Procedimiento Civil.

---

<sup>17</sup> Colección Breviarios Legislativos, Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos, Conciliación, Arbitramento y Amigable Composición, Editorial Ieyer Pág. 63.



Se predica de la transacción que como negocio jurídico es principal, bilateral, oneroso, conmutativo y consensual:

- Principal pues tiene fines y vida propias no dependiendo de otro.
- Bilateral porque las partes se hacen recíprocas concesiones.
- Oneroso porque hay cargas para las dos.
- Conmutativo porque teóricamente se cree que la prestación de una es equivalente a la prestación de otra.

**3.1.8 Efectos de la transacción.** La transacción tiene efectos de cosa juzgada, al tenor de lo dispuesto por el artículo 2483 del Código de Procedimiento Civil.

## **3.2 SOLUCIÓN MEDIADA: AMIGABLE COMPOSICIÓN**

### **3.2.1 Concepto**

**“La amigable composición: por medio de este método, la Ley 446 establece que dos o más particulares delegan en un tercero, denominado amigable componedor, la facultad de precisar, con fuerza vinculante, al Estado, las partes y la forma de cumplimiento de un negocio jurídico particular.”<sup>18</sup>**

Ha sido denominada una forma de heterocomposición, pues al suponer la intervención del tercero resuelve el conflicto bajo el esquema de la adjudicación judicial. Claro está, que este Mecanismo sólo puede utilizarse para dirimir conflictos susceptibles de ser solucionados.

---

<sup>18</sup> [www.laleycolombiana.com](http://www.laleycolombiana.com)



**3.2.2 Normas reguladoras.** Esta figura tiene reconocimiento expreso en el decreto 2279 de 1989, y en el artículo 4 numeral 9 de la ley 80, ley 446 de 1998, ley 23 de 1991, artículo 116 y recientemente en la ley 640 de 2001.

**3.2.3 Procedimientos.** Establece el Decreto 2279 de 1989, que cuando hay voluntad de someterse a este Mecanismo, tal acuerdo se consigna por escrito en el que se debe indicar:

- a) El nombre, domicilio y dirección de las partes,
- b) Las cuestiones objeto de composición,
- c) El nombre o nombres de los amigables componedores, o el nombre o nombres de quien debe designarlos, y
- d) El término para cumplir el encargo que no puede ser superior a treinta días.

Consideramos importante precisar que los amigables componedores no requieren las calidades de árbitros, pueden ser uno o varios, sin que implique que estos se encuentren sometidos a seguir un procedimiento.

La decisión del amigable componedor obliga a las partes. Podrá ser:

- En derecho,
- En conciencia o
- En carácter técnico.

**3.2.4 Consecuencias.** Como la decisión del amigable o amigables componedores no es homologada por parte de Estado, ella apenas tiene la condición de un acuerdo negocial no más judicial, cuyo incumplimiento permite a la parte perjudicada invocar la ejecución o la resolución o rescisión, cualquiera con indemnización de perjuicios.



**3.2.5 Desarrollo práctico.** Aunque la ley 23 de 1991 en el Art. 116 se refiere nuevamente a la figura y como dijimos la ley 80 la reconoce expresamente.

**3.2.6 Regulación en la ley 446 de 1998.** El artículo 130 de la ley la define:

*“Un mecanismo de solución de conflictos, por medio del cual dos o más particulares delegan en un tercero, denominado amigable componedor, la facultad de precisar, con fuerza vinculante para ellas el estado, las partes y la forma de cumplimiento de un negocio jurídico particular. El amigable componedor podrá ser singular o plural.”*

**3.2.7 Diferencias y semejanzas con la conciliación.**

**Semejanzas:**

- Las dos figuras son mecanismos para solucionar conflictos.
- Recae sobre casos susceptibles de transacción y debe celebrarse por personas capaces de transigir o de disponer del derecho que se discute.

**Diferencias:**

- En la conciliación solamente hay un conciliador.
  - En la amigable pueden ser varios.
- Cualquier persona puede ser componedor, si demuestra conocimiento en la materia.
  - En la conciliación sola lo puede ser el ente o funcionario público.



- El componedor toma decisiones respecto del acuerdo.
- El conciliador simplemente observa.
  
- En la Amigable Composición se tiene un efecto jurídico contractual.
- En la conciliación la decisión hace tránsito a cosa juzgada.
  
- Si el acuerdo de la Amigable Composición, se incumple se pueden ejercer acciones ordinarias.
- Si se incumple el Acuerdo Conciliatorio, se pueden iniciar acciones ejecutivas.

### 3.3 SOLUCIÓN MEDIADA: LA CONCILIACIÓN

#### 3.1.1 Concepto.

**a) Etimología.** Etimológicamente proviene de la palabra "**Conciliare**", voz latina que quiere decir componer, ajustar los ánimos de quienes están opuestos entre sí. También se afirma que el verbo proviene del latín "**Conciliato**", que significa composición en ánimos en diferencia<sup>19</sup>.

Conciliar significa el avenimiento de intereses contrapuestos de dos o más personas, que sostienen posiciones distintas.

**b) Antecedentes históricos.** La Conciliación, como toda institución procesal ha sufrido una evolución progresiva y se viene perfeccionando como una forma más eficaz de término a un conflicto de intereses, promovido o por promoverse.

- **DERECHO ROMANO:** La Ley de las XII Tablas, donde lo que convienen las partes tiene una fuerza obligatoria. Comentando el Derecho Romano, **Cicerón**

---

<sup>19</sup> Según el Novísimo Diccionario de la lengua, en sentido gramatical.



trata de las ventajas de transacción, recomendando la avenencia de los que son parte en la controversia, hasta sacrificar algo del propio derecho, lo que consideró liberal y provechoso.

- **Antigua China.** Encontramos la mediación, como el mejor medio para resolver las desavenencias; ya que según Confucio, la persuasión moral y el acuerdo de las partes era uno de los mejores medios para lograr una solución óptima, sin recurrir a la coacción. La mediación alcanzó una gran importancia en la autodeterminación y en la solución de los diferentes conflictos de intereses<sup>20</sup>.
- **Japón.** La conciliación ha estado muy arraigada, así como la mediación para la solución de las desavenencias personales, y que fueron aprobados en la legislación antes de la Segunda Guerra Mundial.
- **África.** Se observa la costumbre reunir en Asambleas o Juntas de vecinos, como uno de los medios de dar solución a las desavenencias en la comunidad. Estas Asambleas o Juntas de Vecinos se caracterizaban, por que cualquier interesado o vecino podía convocarla, donde una persona de mayor consideración o autoridad, actuaba como mediador, a fin de ayudar a resolver los conflictos de las personas interesadas, como un medio de cooperación con la colectividad. En estos casos se aceptaba la conciliación, como un medio de solución de los conflictos, pero sin acudir al Juez y tampoco existían sanciones.

Desde que el hombre vive en sociedad, se recurrió a la mediación, donde los jefes de familias patriarcales o matriarcales ofrecían su sapiencia, para dar solución a los conflictos surgidos entre los miembros de su familia.

---

<sup>20</sup> CONFUCIO (C. 551 – 479 a.C) Filósofo chino, creador de confucianismo. Analects of confucius. Traducido por Arthur Waley. New York. Harper Collins. Obras “los cinco clásicos” y “los cuatros libros”.



- **España:** Como antecedente de la conciliación tenemos, una Instrucción o comunicación dirigida a los corregidores de 15 de mayo de 1788, donde se les ordena que eviten, en cuanto de ellos dependiera y les fuera posible, los pleitos procurando la avenencias entre las partes, con el fin de que compusieran amistosa y voluntariamente. Para lograr esta finalidad los funcionarios debían recurrir a la persuasión y no dando por terminado, su intento sino después de emplear todos los medios persuasivos cuando encontrasen completamente irreconciliables y muy enconados los ánimos de los litigantes.

En la ley de 3 de junio de 1821, en España, se estableció que los alcaldes debían presidir los juicios llamados de conciliación; trámite indispensable y obligatorio para iniciar todo proceso y con este carácter pasó a la ley de Enjuiciamiento Civil de 1855, correspondiendo su aplicación a los jueces de paz.

- **Revolución francesa.** Precisamente, en esta época fue donde la Conciliación se generalizó; ya que en dicha revolución por medio de la ley del **24 de agosto de 1790**, se estableció, que no se admitiría demanda alguna sin previo intento de conciliación, que a estas conciliaciones no podía concurrir curiales o apoderados. El Código de Procedimiento Civil Napoleónico, conservó la conciliación como obligatoria.
- **Colombia.** Como antecedente histórico de la conciliación, encontramos que el primer Presidente de la República que propuso la solución amigable de los conflictos, fue Francisco de Paula Santander en 1834. Desde entonces, la figura ha tenido un desarrollo legislativo importante<sup>21</sup>, lo cual ha hecho a Colombia una pionera de la conciliación en Latinoamérica.

---

<sup>21</sup> Leyes: Ley 23 de 1991 - Ley 446 de 1998. - Ley 640 de 2001.

Decretos: Decreto 1214 de 2000 - Decreto 2511 de 1998 - Decreto 1908 de 2000 - Decreto 2168 de 2000 - Decreto 2771 de 2001 - Decreto 0024 de 2001 - Decreto 0030 de 2002

Resoluciones: Resolución 1399 de 2003 - Resolución 018 de 2003 - Resolución 0841 de 2002 - Resolución 0299 de 2002 - Resolución 0198 de 2002 - Resolución 256 de 2001 - Resolución 745 de 2001



**c) Concepto.** Es un mecanismo mediante el cual las partes tienen la posibilidad de solucionar sus diferencias a través de un acuerdo, con ayuda de un tercero neutral y calificado, denominado conciliador, y puede ser judicial o prejudicial. Este tercero siempre será una institución pública o funcionario público, pues la conciliación es una función pública.

De igual manera, la H. Corte Constitucional en sentencia c-160/99<sup>22</sup>, ha sostenido que la conciliación es:

***“... es una institución en virtud de la cual se persigue un interés público, mediante la solución negociada de un conflicto jurídico entre partes, con la intervención de un funcionario estatal, perteneciente a la rama judicial o a la administración, y excepcionalmente de particulares.***

***Como caracteres esenciales que informan la conciliación se destacan los siguientes:***

***Es un instrumento de autocomposición de un conflicto, por la voluntad concertada o el consenso de las partes.***

***La conciliación constituye una actividad preventiva, en la medida en que busca la solución del conflicto antes de acudir a la vía procesal o durante el trámite del proceso, en cuyo caso no se llega al resultado final normal de aquél, que es la sentencia. En este último evento, se constituye en una causal de terminación anormal del proceso.***

---

<sup>22</sup> Sentencia C – 160 / 99 H. Corte Constitucional, Magistrado Ponente Antonio Barrera Carbonell.

*La conciliación no tiene en estricto sentido el carácter de actividad judicial ni da lugar a un proceso jurisdiccional, porque el conciliador, autoridad administrativa o judicial, o particular, no intervienen para imponer a las partes la solución del conflicto en virtud de una decisión autónoma e innovadora.*

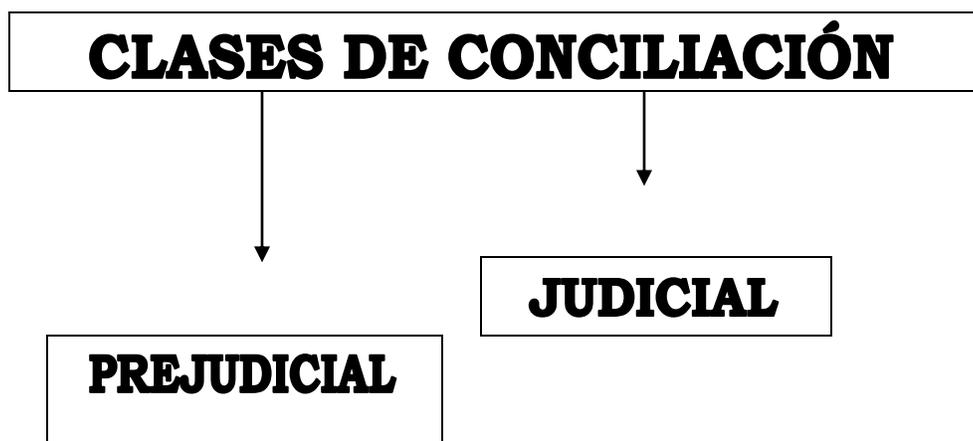
*La conciliación es un mecanismo útil para la solución de los conflictos.*

*La conciliación tiene un ámbito que se extiende a todos aquellos conflictos susceptibles, en principio, de ser negociados, o en relación con personas cuya capacidad de transacción no se encuentre limitada por el ordenamiento jurídico.*

*La conciliación es el resultado de una actuación que se encuentra reglada por el legislador”.*

Existen dos clases de conciliación la judicial y la extrajudicial.

Figura 2.





La ley 640 de 5 de enero de 2001, define cuando ella es judicial y cuando prejudicial, dice al respecto:

**Artículo 3°. Clases.** “La conciliación podrá ser judicial si se realiza dentro de un proceso judicial, o extrajudicial, si se realiza antes o por fuera de un proceso judicial.

“La conciliación extrajudicial se denominará en derecho cuando se realice a través de los conciliadores de centros de conciliación o ante autoridades en cumplimiento de funciones conciliatorias; y en equidad cuando se realice ante conciliadores en equidad”.

Las conciliaciones se pueden realizar ante los centros de conciliación o ante los procuradores delegados que es cuando se adelanta ante el Ministerio Público.

**Asuntos sobre los que puede versar la conciliación.** Sobre aquellos que sean susceptibles de transacción o desistimiento.

- Sobre los que tengan **carácter particular**, es decir, que afecten los derechos de una persona o grupo de personas.
- Sobre los que sean de **contenido patrimonial**, lo cual implica que el hecho, acto, operación o actuación administrativa de que trate cause un desmedro en el patrimonio de una persona, que pueda ser valorado económicamente.
- Sobre los conflictos que conozca o pueda conocer la jurisdicción de lo contencioso administrativo o a través de las acciones de que tratan los artículos 84, 85 y 86 del Código. Contencioso Administrativo.



1. **Conflictos de carácter tributario** (parágrafo 2º. Artículo 70 de la Ley 446 de 1998).
2. **Nulidad simple:** No podrá adelantarse la conciliación en los casos en que el asunto verse exclusivamente sobre la legalidad del acto, pues resulta evidente que no tiene un contenido patrimonial que pueda ser discutido por las partes para lograr un acuerdo. Los eventos de que conoce la jurisdicción en el ejercicio de esta acción apuntan, en realidad, a la definición de la seguridad jurídica del ordenamiento.
3. **Procesos ejecutivos:** En los procesos ejecutivos derivados de los contratos estatales (artículo 75 de la Ley 80 de 1993); la conciliación sólo será viable si se hubieren propuesto excepciones de mérito (artículo 70 de la Ley 446 de 1998).

### **Cuando se puede solicitar**

- Cuando no procediere la vía gubernativa o cuando ésta estuviere agotada:

Así lo dispone el artículo 81 de la Ley 446 de 1998. La conciliación administrativa prejudicial sólo tendrá lugar cuando no procediere la vía gubernativa o cuando estas estuviesen agotadas.

- **Agotamiento:** La vía gubernativa se agotará cuando contra los actos administrativos no procedieren ningún recurso, cuando los recursos interpuestos se hayan decidido o cuando el acto administrativo quede en firme porque no se interpusieron los recursos de reposición o de queja. (Artículo 63 del CCA).



- **Cuando no se han incoado las acciones de los artículos 85, 86 y 87 CCA. (artículo 80 de la Ley 446 de 1998):**

No será procedente si ya se presentó demanda ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa por los hechos que se discutirían en la conciliación.

- Cuando la correspondiente acción no ha caducado:

Como la ocurrencia de la caducidad impediría al particular afectado el ejercicio de la acción pertinente, frente a la solicitud de conciliación los representantes de las entidades deberán hacer previamente el correspondiente conteo o cálculo de dicho término, que se encuentra regulado en el artículo 44 de la Ley 446 de 1998<sup>23</sup>, con el fin de determinar si, por ese primer aspecto, la conciliación es viable o no.

La de nulidad y restablecimiento del derecho: caduca en cuatro meses contados desde la publicación, notificación, comunicación o ejecución del acto; sin embargo, los actos que reconozcan prestaciones periódicas no caducarán.

La de reparación directa: En dos años desde el día siguiente al acaecimiento del hecho, omisión u operación administrativa.

Controversias contractuales: En dos años desde el día siguiente a la ocurrencia de los motivos de hecho o de derecho que le sirvan de fundamento (existen términos especiales para algunos contratos, los cuales se encuentran expresamente consagrados en el citado artículo 44).

---

<sup>23</sup> ART 136.—Modificado. LEY 446/98, ART 44. Caducidad de las acciones.



Ahora bien, La ley 640/01, se ocupó de manera especial y concreta en su capítulo V, de la Conciliación Contencioso Administrativa y a modo de ejemplo determinó que en materia de lo Contencioso Administrativo, ella solo puede ventilarse ante el Ministerio Público, dice el artículo 23 de dicha ley:

**“Conciliación extrajudicial en materia de lo contencioso administrativo. Las conciliaciones extrajudiciales en materia de lo contencioso administrativo sólo podrán ser adelantadas ante los Agentes del Ministerio Público asignados a esta jurisdicción y ante los conciliadores de los centros de conciliación autorizados para conciliar en esta materia”.**

Introduce frente al auto aprobatorio también una condición y es la de no ser consultado, recordemos que en la justicia administrativa las sentencias condenatorias en primera instancia, que no sean apeladas, deberán ser remitidas al Consejo de Estado, para consulta, principio este en aras de garantizar aún más un fallo adecuado y en derecho, pero no sucede lo mismo en la materia de la conciliación prejudicial. Establece el artículo 24 de la ley 640/01:

**“Aprobación judicial de conciliaciones extrajudiciales en materia de lo contencioso administrativo. Las actas que contengan conciliaciones extrajudiciales en materia de lo contencioso administrativo se remitirán a más tardar dentro de los tres (3) días siguientes al de su celebración, al Juez o Corporación que fuere competente para conocer de la acción judicial respectiva, a efecto de que imparta su aprobación o improbación. El auto aprobatorio no será consultable”.**

**3.3.2 Conciliación prejudicial ante los procuradores delegados.** Existen dos clases de conciliación prejudicial:



1. La que se adelanta ante los agentes del Ministerio Público.
  2. Se adelanta ante los Centros de Conciliación autorizados por el gobierno.
- **Ante funcionario público.** La conciliación prejudicial se presenta ante el Agente del Ministerio Público asignado por el Juez o Corporación que fuere competente para conocer de las acciones de nulidad. Reparación directa y controversias contractuales.

Para este efecto, son agentes del Ministerio público:

- Los Procuradores Delegados en lo Contencioso.
- Los Procuradores en lo judicial que ejerzan sus funciones ante el Consejo de Estado y los Tribunales Administrativos, respectivamente (artículo 4º. del D. 173 de 1993).

En el evento que existan varios funcionarios competentes, la solicitud debe presentarse a la oficina de reparto para que se asigne el caso a quien corresponda.

- **Ante centros de conciliación.** La Conciliación podrá surtirse válidamente ante un Centro de Conciliación autorizado por el Gobierno (artículo 77 de la Ley 446). La Ley 446 de 1998, establece que la conciliación prejudicial será ***institucional*** cuando se realice en los Centros de Conciliación.

El Gobierno está obligado a expedir el reglamento para la categorización de dichos centros. Únicamente los centros de primera categoría podrán adelantar la Conciliación Contencioso Administrativa y para ello, deben cumplir con los requisitos exigidos por la Ley 446 de 1998, Art. 91 y siguientes.



En esta modalidad la ley 640 introdujo un apoyo sustancial al manejo probatorio, el cual en origen de la ley 23 de 1991, no era tan preciso y exigente, como si lo es hoy en día en materia probatoria. Ese aporte se encuentra contenido en el artículo 25 que reglamenta lo siguiente;

**“Pruebas en la conciliación extrajudicial. Durante la celebración de la audiencia de conciliación extrajudicial en asuntos de lo contencioso administrativo los interesados podrán aportar las pruebas que estimen pertinentes. Con todo, el conciliador podrá solicitar que se alleguen nuevas pruebas o se complementen las presentadas por las partes con el fin de establecer los presupuestos de hecho y de derecho para la conformación del acuerdo conciliatorio.**

**Las pruebas tendrán que aportarse dentro de los veinte (20) días calendario siguiente a su solicitud. Este trámite no dará lugar a la ampliación del término de suspensión de la caducidad de la acción previsto en la ley.**

**Si agotada la oportunidad para aportar las pruebas según lo previsto en el inciso anterior, la parte requerida no ha aportado las solicitadas, se entenderá que no se logró el acuerdo”.**

También establece un término perentorio al conciliador para que remita el acta de conciliación a aprobación dice la norma artículo 24:

**“Aprobación judicial de conciliaciones extrajudiciales en materia de lo contencioso administrativo. Las actas que contengan conciliaciones extrajudiciales en materia de lo contencioso**



**administrativo se remitirán a más tardar dentro de los tres (3) días siguientes al de su celebración...”**

### **3.3.3 Normas reguladoras.**

- **LEY 23 DE 1991**
- **DECRETO 2651 DE 1998**
- **LEY 446 DE 1998.** Artículo 104 reguló y es la que se encuentra vigente, en gran parte los contenidos de la Ley 23 de 1993, establece por ejemplo, que la Conciliación Prejudicial, será institucional cuando se realicen los Centro de Conciliación y determina que el gobierno nacional reglamentará la materia. Igualmente regula los aspectos referidos a la competencia en sus artículos 36 a 43, incorporados al Código Contencioso Administrativo (artículos 128 a 134 E.
- **DECRETO 1214 DE 2000**
- **LEY 640 DE 2001.-** por la cual se modifican normas relativas a la conciliación y se dictan otras disposiciones

Ahora bien, es importante señalar aquí, que la conciliación prejudicial, prácticamente se ha convertido en obligatoria con fundamento en la ley 640 de 2001, medida que entró a regir a partir del 5 de enero de 2000, pues la misma ha consagrado en su capítulo X, **el requisito de procedibilidad**, que en otras materias ya se ha introducido en Colombia, por ejemplo en la acción de cumplimiento, ley 393 de 1997. Establece la ley 640 de 2001, al respecto;



**“Artículo 35. Requisito de procedibilidad. En los asuntos susceptibles de conciliación, la conciliación extrajudicial en derecho es requisito de procedibilidad para acudir ante las jurisdicciones civil, contencioso administrativa, laboral y de familia, de conformidad con lo previsto en la presente ley para cada una de estas áreas”.**

Aquí es importante resaltar el principio de gratuidad de la conciliación prejudicial y que a ella se puede recurrir incluso sin apoderado, salvo en materia de lo contenciosos administrativo que se tiene que hacer a través de abogado. Consagra además el artículo que:

**“Realizada la audiencia sin que se haya logrado acuerdo conciliatorio total o parcial, se prescindirá de la conciliación prevista en el artículo 101 del Código de Procedimiento Civil o de la oportunidad de conciliación que las normas aplicables contemplen como obligatoria en el trámite del proceso, salvo cuando el demandante solicite su celebración.**

**El requisito de procedibilidad se entenderá cumplido cuando se efectúe la audiencia de conciliación sin que se logre el acuerdo, o cuando vencido el término previsto en el inciso 1° del artículo 20 de esta ley la audiencia no se hubiere celebrado por cualquier causa; en este último evento se podrá acudir directamente a la jurisdicción con la sola presentación de la solicitud de conciliación.**

**Con todo, podrá acudirse directamente a la jurisdicción cuando bajo la gravedad del juramento, que se entenderá prestado con la presentación de la demanda, se manifieste que se ignora el**



**domicilio, el lugar de habitación y el lugar de trabajo del demandado, o que este se encuentra ausente y no se conoce su paradero.**

**Cuando en el proceso de que se trate, y se quiera solicitar el decreto y la práctica de medidas cautelares, se podrá acudir directamente a la jurisdicción. De lo contrario, tendrá que intentarse la conciliación extrajudicial en derecho como requisito de procedibilidad, de conformidad con lo previsto en la presente ley.... “**

Consecuente con dicha normatividad, ha surgido una nueva causal de rechazo de la demanda contemplada en el artículo 36 que dice:

**“Rechazo de la demanda. La ausencia del requisito de procedibilidad de que trata esta ley, dará lugar al rechazo de plano de la demanda”**

En lo Contencioso Administrativo este requisito, quedó para las acciones de reparación directa y la que verse sobre conflictos contractuales dice el artículo 37 de la mencionada ley:

**“Requisito de procedibilidad en asuntos de lo contencioso administrativo.**

**Antes de incoar cualquiera de las acciones previstas en los artículos 86 y 87 del Código Contencioso Administrativo, las partes, individual o conjuntamente, deberán formular solicitud de conciliación extrajudicial, si el asunto de que se trate es conciliable. La solicitud se acompañará de la copia de la petición**



**de conciliación enviada a la entidad o al particular, según el caso, y de las pruebas que fundamenten las pretensiones.”**

**Parágrafo 2°. Cuando se exija cumplir el requisito de procedibilidad en materia de lo contencioso administrativo, si el acuerdo conciliatorio es improbadado por el Juez o Magistrado, el término de caducidad suspendido por la presentación de la solicitud de conciliación se reanudará a partir del día siguiente hábil al de la ejecutoria de la providencia correspondiente.**

**La conciliación extrajudicial en derecho como requisito de procedibilidad suplirá la vía gubernativa cuando la ley la exija”.**

Como se debe adelantar la conciliación prejudicial previa a la demanda, es indudable que hoy por hoy, tanto en los centros de arbitraje y el Ministerio Público, es donde abundan estos procesos, por lo que en este punto vale la pena resumir apartes de la investigación efectuada por Pedro Antonio Molina Sierra.<sup>24</sup>

La Ley 640 de 2001 que reglamenta la conciliación, prevé mecanismos y las formas de conciliar con el Estado, la capacitación a los conciliadores, así como la categorización de los Centros de Conciliación.

La Ley 640 de 2001 lo que hizo fue crear trabas en cuanto a los acuerdos con la administración pública que hacen perder el interés en la figura, pues establecieron demasiados formalismos que en resumen hacen mejor demandar ante lo contencioso administrativo, que conciliar.

---

<sup>24</sup> Ámbito Jurídico, Bogotá del 6 al 19 de agosto de 2001, página 10 y 11.



Lo que hace falta es mentalidad de los abogados para conciliar, debido a que las universidades preparan litigantes y no juristas dispuestos a dialogar y conciliar. No obstante las diferencias doctrinales, coinciden en afirmar que la ley previó que el juez fuera quien aprobara los acuerdos con el Estado y en crear la obligación de conciliar antes de presentar una demanda ante lo contencioso administrativo, lo cual hace perder el interés en la conciliación y el objetivo de la ley, el cual era descongestionar los despachos judiciales.

Nosotros, consideramos que la Conciliación en materia de lo Contencioso Administrativo ha servido para descongestionar los procesos judiciales en esta Jurisdicción, pues aunque es cierto que no todos llegan a un acuerdo conciliatorio, también es cierto que ha aliviado de manera importante la carga de procesos que se manejan en lo Contencioso, ha disminuido gradualmente.

En relación con los beneficios económicos de la conciliación, la figura ha permitido el ahorro en instancias prejudiciales.

**“solamente ante los tribunales administrativos del país, el ahorro en los últimos 4 años de una suma cercana a los trescientos cincuenta y seis mil millones de pesos. El ahorro para la Nación gracias a la conciliación en instancias judiciales, se ha aproximado a la suma de novecientos siete mil doscientos quince millones. No obstante los beneficios económicos anteriormente descrito, solamente el 10% de las reclamaciones en contra del Estado son conciliadas, lo cual ha obligado a que se destinen sumas importantes dentro del presupuesto de la Nación, al pago de millonarias indemnizaciones, las cuales pudieron haber sido conciliadas por sumas muy inferiores”<sup>25</sup>.**

---

<sup>25</sup> *Ámbito jurídico*, Bogotá del 6 al 19 de agosto de 2001, p. 104



En nuestro país, la entidad encargada de controlar y regular los centros de conciliación, es el Ministerio de Justicia y de Derecho<sup>26</sup> a través de la Dirección de Centros de Conciliación, Arbitraje y Amigable Composición. Dicho control se manifiesta en el diseño, control y vigilancia de los centros de conciliación existentes en nuestro país.

Las políticas del Ministerio, son desarrolladas principalmente a través de la capacitación de aquellas personas que serán conciliadores, dentro del marco de la Ley 640 de 2001. Los frentes en los cuales se enfoca el Ministerio son:

- a. Comités de Conciliación;
- b. Centros de Conciliación y Arbitraje;
- c. Categorización de los Centros de Conciliación y arbitraje.

### **3.3.4 Comités de Conciliación.-**

Para proteger los intereses del Estado, el gobierno expidió el Decreto 1214 de 2000, el cual ordenó la creación de los Comités de Conciliación al interior de las entidades del Estado, para que se encargaran de estudiar las reclamaciones judiciales que fueran susceptibles de ser negociadas.

Según este Decreto, los comités lo conforman el Director de la entidad pública, el ordenador del gasto, el jefe de la oficina jurídica y dos funcionarios de dirección de la entidad.

El Comité debe sesionar cada 3 meses y cada 6, debe rendir informe a la Dirección Nacional de sus logros.

---

<sup>26</sup> [www.mininteriorjusticia.gov.co](http://www.mininteriorjusticia.gov.co)



Las funciones del Comité son:

- 1) Formular y ejecutar políticas de prevención del daño
- 2) Estudiar los procesos susceptibles de ser conciliados.
- 3) Seleccionar los abogados que representarán a la nación.
- 4) Impulsar las acciones de repetición en contra de los funcionarios públicos.

**3.3.5 Centros de Conciliación y Arbitraje.** El Ministerio de Justicia<sup>27</sup> mediante la Resolución 800 de 2000, invitó a las personas jurídicas sin ánimo de lucro, a los Consultorios Jurídicos de las Facultades de Derecho, a las facultades de ciencias sociales y humanas, y a los organismos o personas jurídicas facultadas por la ley, para crear Centros de Conciliación y Arbitraje.

**3.3.6 Categorización de los Centros de Conciliación y Arbitraje.** Los Centros se han dividido en centros de 1ª y 2ª categoría. En la actualidad, sólo hay 40 centros de 1ª categoría, para los cuales se exige:

1. Que el Centro esté ubicado en capital de departamento o en un municipio cabecera de distrito judicial.
2. Que el Centro haya acreditado el ejercicio de su actividad por un término no inferior a dos años.
3. Conformar una lista de conciliadores para asuntos contenciosos administrativos, y,
4. No haber sido sancionado el centro durante los últimos tres años.

En cuanto a estadísticas de la conciliación, en los siguientes cuadros presentamos un resumen que hablan de los beneficios de la figura, para el año de 2002:

---

<sup>27</sup> Hoy Ministerio de Interior, Justicia y Derecho.

**Tabla 1. Conciliaciones ante Tribunales**

<b>Tribunales</b>	<b>Solicitadas</b>	<b>Con acuerdo</b>	<b>Sin acuerdo</b>	<b>Efectividad</b>
Bogotá	3114	1072	475	41.38%
Atlántico	322	136	185	41.91%
Santander	471	332	120	71.39%
Valle	978	445	348	47.17%
Bolívar	1011	565	90	56.96%
Tolima	324	189	108	57.94%
Antioquia	601	363	170	60.40%
Huila	352	216	72	61.36%
Nariño	641	171	299	27.30%
Cauca	411	281	171	68.30%
Magdalena	400	178	133	44.50%
Boyacá	606	250	138	41.25%
Meta	1081	703	143	68.50%
<b>Total*</b>	<b>10312</b>	<b>4901</b>	<b>2452</b>	<b>52.95%</b>

Fuente: Procuraduría 1<sup>a</sup> Delegada ante el Consejo de Estado.

**Tabla 2. Dineros pagados en conciliaciones judiciales**

<b>Año</b>	<b>Pretensión</b>	<b>Acuerdo</b>	<b>Ahorro</b>
1996	20.049	764	19.285
1997	81.126	16.526	64.600
1998	61.736	28.440	33.296
1999	751.758	10.909	740.849
2000	71.272	22.087	49.185
<b>Total*</b>	<b>985.941</b>	<b>78.726</b>	<b>907.215</b>

\*Cifras en millones de pesos.



Fuente: Procuraduría 1ª Delegada ante el Consejo de Estado.

**Tabla 3. Pago de sentencias y conciliaciones**

<b>Año</b>	<b>Costo</b>
1996	267.962
1997	341.500
1998	229.872
1999	189.017
<b>Total*</b>	<b>1.028.351</b>

\*Cifras en millones de pesos.

Fuente: Procuraduría 1ª Delegada ante el Consejo de Estado.

**3.3.7 Conciliación judicial.** La conciliación judicial es el mecanismo mediante el cual las partes, en el curso de un proceso, entre otros el contencioso administrativo, tienen la posibilidad de solucionar sus diferencias a través de un acuerdo que se surte ante el Juez o Magistrado de conocimiento.

La solicitud de conciliación judicial se deberá presentar ante el Juez o Magistrado que esté conociendo el proceso, quien decidirá sobre la celebración de la audiencia y procederá a citar las partes que deben concurrir a través de sus apoderados.

Aquí también introdujo la ley 640 una ayuda fundamental al juez pero en el campo de lo Contencioso Administrativo, al posibilitarle, decretar pruebas de oficio que le permitan ver la realidad del acuerdo.

Indica el artículo 26 de la mencionada ley;

**“Pruebas en la conciliación judicial. En desarrollo de la audiencia de conciliación judicial en asuntos de lo contencioso**



**administrativo, el Juez o Magistrado, de oficio, o a petición del Ministerio Público, podrá decretar las pruebas necesarias para establecer los presupuestos de hecho y de derecho del acuerdo conciliatorio. Las pruebas se practicarán dentro de los treinta (30) días siguientes a la audiencia de conciliación.**

**3.3.8 Condiciones para solicitarla.** La conciliación deberá presentarse en los procesos en que no se haya proferido sentencia de primera o única instancia, antes de proferirse el fallo. No obstante, aunque no se encuentre concluida la etapa probatoria, la ley permite que las partes de común acuerdo soliciten su celebración en cualquier estado del proceso.

En la segunda instancia, la audiencia de conciliación podrá ser promovida por cualquiera de las partes antes de que se profiera el fallo. En todo caso, habrá por lo menos una oportunidad de conciliación.

Aunque es claro que la práctica de las pruebas que se hayan solicitado por las partes le da mayor claridad al sustento de los asuntos que se deben en los procesos. Con esto, no es necesario que las partes esperen hasta la etapa probatoria para solicitarle al juez la citación a la audiencia de conciliación.

Para solicitar la conciliación judicial, la parte deberá presentar un memorial dirigido al Juez en el que manifieste su interés en conciliar con base en los hechos que se discuten en el proceso.

Si el apoderado es quien va a solicitar la conciliación, puede optar por exponer en la misma petición las razones en las que fundamenta su ánimo conciliatorio y las pretensiones que podrían ser objeto de acuerdo, o hacer tal exposición directamente en la audiencia de conciliación.



**3.3.9 Audiencia de conciliación.** Una vez citada la audiencia, el Juez instará a las partes para que concilien sus diferencias; si no lo hicieren, deberá proponer entonces la fórmula que estime justa sin que ello signifique prejuzgamiento.

Resulta evidente que el papel que cumple el juez en toda la etapa conciliatoria es fundamental: no sólo debe citar de oficio a la audiencia cuando se considere conveniente o las partes no la hayan solicitado, sino que además es su obligación acercar a las partes para que lleguen a un acuerdo, proponiendo incluso alternativas para solucionar el conflicto.

El incumplimiento de este deber, constituirá falta sancionable para el juez, de acuerdo con el régimen disciplinario. Es importante que se tenga en cuenta que la obligación que tiene el Juez está determinada por la legalidad, es decir, que si encuentra que una conciliación estaría por fuera del orden jurídico no podría proponer fórmulas ni provocar un acuerdo pues estaría violando sus deberes como funcionario judicial.

El juez, como director del proceso podrá decretar el aplazamiento de la audiencia de conciliación o su división en sesiones, si así lo considera pertinente. Las partes, igualmente, podrán solicitar la suspensión de la audiencia cuando lo consideré necesario, como en el caso en que se haya llegado a un acuerdo para cuya refrendación requieran autorización de la parte.

Cabe anotar que es obligatoria la asistencia e intervención del agente del Ministerio Público en la audiencia de conciliación.

En cuanto a la inasistencia de alguna de las partes o de ambas a la audiencia de conciliación, a falta de disposición especial en la Ley 446 de 1998, se aplican las reglas generales contenidas en el artículo 101 del Código de Procedimiento Civil.



Es importante resaltar aquí el avance que introdujo la expedición y vigencia de la ley 640 de 2001, al consagrar dos facultades al juez que no traía la ley 446 de 1998 y son las contenidas en el artículo 43 sobre la oficiosidad del juez y la facultad de formular propuesta. Al tenor de la norma en mención, dispone:

**“Artículo 43. Oportunidad para la audiencia de conciliación judicial. Las partes, de común acuerdo, podrán solicitar que se realice audiencia de conciliación en cualquier etapa de los procesos. Con todo, el juez, de oficio, podrá citar a audiencia.**

**En la audiencia el juez instará a las partes para que concilien sus diferencias; si no lo hicieren, deberá proponer la fórmula que estime justa sin que ello signifique prejuzgamiento. El incumplimiento de este deber constituirá falta sancionable de conformidad con el régimen disciplinario. Si las partes llegan a un acuerdo el juez lo aprobará, si lo encuentra conforme a la ley, mediante su suscripción en el acta de conciliación.**

**Si la conciliación recae sobre la totalidad del litigio, el juez dictará un auto declarando terminado el proceso, en caso contrario, el proceso continuará respecto de lo no conciliado”.**

### **3.3.10 Conclusión del procedimiento conciliatorio**

- **Acuerdo total cuando existe demanda.** Se dice que hay acuerdo total cuando las partes llegan a un acuerdo final que dirime sus controversias. El Juez lo aprueba mediante la suscripción del acta de conciliación, si lo encuentra conforme a la ley.



Si el acuerdo versa sobre la totalidad del litigio, el Juez dictará un auto dando por terminado el proceso.

- **Acuerdo parcial cuando existe demanda.** Si el juez encuentra que se llegó a un arreglo ajustado a la ley sobre uno o varios de los asuntos que se debaten judicialmente, aprobará el acuerdo de conciliación parcial y el proceso continuará para solucionar lo no conciliado.

Lo recomendable es que, en la medida de lo posible, las partes intenten acuerdos que versen sobre la totalidad del litigio pues de lo contrario, si se logra un acuerdo parcial, además de que no se estaría contribuyendo a la descongestión de los despachos judiciales, podría resultar una contradicción entre la cosa juzgada del acta de conciliación y la de la sentencia que pone fin al litigio sobre la parte no conciliada.

- **No acuerdo.** En este evento, el proceso continuará su curso hasta la Sentencia.

La Jurisprudencia del H. Consejo de Estado ha sostenido, que Dentro de la audiencia de conciliación pueden convenirse fórmulas de arreglo diferentes a los inicialmente planteadas, siempre y cuando tengan relación directa con el propósito de la convocatoria<sup>28</sup>:

**“...Señala el artículo 70 de la Ley 446 de 1998 (56 del Decreto 1818 de 1998) que podrán conciliar total o parcialmente, en las etapas prejudicial o judicial, las personas jurídicas de derecho**

---

<sup>28</sup> CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION TERCERA. Consejero ponente: RICARDO HOYOS DUQUE Bogotá, D.C., catorce (14) de junio de dos mil uno(2001). Radicación número: 07001-23-31-000-2000-0098-01(18486) Actor: Miller José Chaparro Noa Demandado: MUNICIPIO DE ARAUCA



público, a través de sus representantes legales o por conducto de apoderado, sobre conflictos de carácter particular y contenido económico de que conozca o pueda conocer la jurisdicción de lo contencioso administrativo a través de las acciones previstas en los artículos 85, 86 y 87 del C.C.A., previa solicitud al Agente del Ministerio Público competente (art. 80 *Ibidem*)..... Si bien es cierto la audiencia de conciliación tiene como objeto que en ella las partes resuelvan las diferencias y lleguen en lo posible a un acuerdo con respecto al asunto planteado por la convocante, ello no significa que dentro de la audiencia no pueda convenirse una fórmula diferente siempre y cuando tenga relación directa con el propósito de la convocatoria.....resuelvan en lo posible en forma ágil, rápida y directa por cualquiera de los mecanismos de solución señalados por el artículo 68 de la Ley 80 de 1993 (conciliación, amigable composición o transacción)”.

**3.3.11 Recursos.** Contra los autos que aprueben o imprueben los acuerdos de conciliación proceden los recursos de apelación si el asunto es de doble instancia y de reposición si es de única.

Dicho auto corresponde a la Sala, Sección o Subsección de que forme parte el Magistrado que actúe como sustanciador.

El procedimiento entonces es el siguiente:

- a. El juez de conocimiento aprueba o imprueba el acuerdo de conciliación.
- b. Si el acuerdo es aprobado por la Sala, Sección o Subsección quedará ejecutoriado, prestará mérito ejecutivo y tendrá efectos de cosa juzgada.



- c. El acuerdo debe ser estudiado por la Sala, Sección o Subsección de que forme parte el Magistrado que conoció el proceso.
- d. Si el acuerdo no es aprobado, procederán entonces los respectivos recursos (reposición en procesos de única instancia y apelación en los de doble instancia).

A diferencia de las partes demandante y demandado, que sólo tienen la facultad de apelar el auto que imprueba el acuerdo, el agente del Ministerio Público puede interponer el recurso de apelación contra el auto probatorio o improbatario de la conciliación.

La autoridad judicial improbará el acuerdo conciliatorio cuando no se hayan presentado las pruebas necesarias, sea violatorio de la ley o resulte lesivo para el patrimonio público.

**3.3.12 Acción de repetición contra el servidor público.** Siendo un país azotado por numerosos vicios, como la ineficiencia de los servidores públicos, su poco o nulo interés en el manejo de los intereses del Estado, ha sido necesario el que la legislación contemple que cuando se presuma que el daño fue causado como consecuencia del actuar doloso o gravemente culposo de un servidor o ex servidor público, la entidad pública tiene dos alternativas:

**Llamarlo en garantía en la demanda**, es decir dentro del término de fijación en lista –que en otras palabras se constituiría en un ejercicio anticipado de la acción de repetición, o demandarlo en acción de repetición –mediante su ejercicio autónomo– luego de que la entidad concilie en el proceso o cuando resulte condenada.



Si el funcionario es vinculado al proceso y aprueba y acepta el acuerdo conciliatorio, al tener del artículo 105 de la Ley 446 de 1998, la entidad debe repetir contra él, por las sumas que pagó en desarrollo de la conciliación y el proceso se dará por terminado.

Si por el contrario, el servidor o ex servidor público da su consentimiento al acuerdo conciliatorio, el proceso continuará entre la entidad y el tercero vinculado o llamado en garantía.

Ahora bien, si la Administración concilia el perjuicio causado por una actuación administrativa originada en la culpa grave o el dolo de un funcionario o ex funcionario que no fue vinculado al proceso y que, por tanto, tampoco participó en la audiencia de conciliación, la entidad deberá ejercer autónomamente **la acción de repetición**, mediante la presentación de la respectiva demanda, con el fin de que se establezca y declare eventualmente su responsabilidad patrimonial y, de esta manera, la entidad pueda recuperar parcial o totalmente lo pagado en la conciliación.

La Constitución Política proscribe las penas irredimibles, como porque la tasación desmesurada de las pretensiones termina haciendo inocua la acción de repetición y restándole legitimidad y poder de constreñimiento a su ejercicio: no tendría sentido que la entidad desgastara la jurisdicción promoviendo un proceso del que resulte una decisión que el condenado no esté en capacidad de acatar. Se debe tener presente que los efectos de la acción de repetición son, en lo fundamental, de contenido patrimonial.

Ahora bien, la entidad pública en la audiencia de conciliación podrá expresamente desistir de su pretensión de llamamiento, si lo estima razonable; evento en el cual terminará el proceso de su totalidad.



Si ello no ocurre de esta manera, y se logra el acuerdo conciliatorio, el proceso deberá continuar entre la entidad pública, ya como actora de su pretensión, y el llamado como parte demandada.

Juega en la anterior definición, que aquí se hace, el principio de la economía procesal<sup>29</sup>, pues el mismo se vería afectado si se le exigiera a la Administración, luego de la conciliación, la presentación de una demanda autónoma de repetición, perdiendo así los esfuerzos hechos por las partes y el mismo llamado en el proceso inicial

Debe hacerse énfasis en que la acción de repetición es un deber y no una facultad de la Entidad Pública, tal como lo establece el inciso segundo del artículo 90 de la Constitución Política, al determinar que **“... en el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños (antijurídicos), que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquel deberá repetir contra éste”**.

Si lo pagado por una conciliación es resultado de la reparación del daño causado por la conducta dolosa o gravemente culposa de un funcionario de la Administración y ésta no procede a cobrarle lo que legalmente debe, sufriría un desmedro patrimonial porque, con el acuerdo conciliatorio, asume una carga que en últimas no le corresponde.

---

<sup>29</sup> C.C.A. ART 3º—Principios orientadores. Las actuaciones administrativas se desarrollarán con arreglo a los principios de economía, celeridad, eficacia, imparcialidad, publicidad y contradicción y, en general, conforme a las normas de esta parte primera.

En virtud del principio de economía, se tendrá en cuenta que las normas de procedimiento se utilicen para agilizar las decisiones, que los procedimientos se adelanten en el menor tiempo y con la menor cantidad de gastos de quienes intervienen en ellos, que no se exijan más documentos y copias que los estrictamente necesarios, ni autenticaciones ni notas de presentación personal sino cuando la ley lo ordene en forma expresa.



Por otro lado, es indudable que la inactividad de la Administración en lo que tiene que ver con la acción de repetición termina por patrocinar conductas irresponsables en los servidores públicos que observan cómo sus faltas no tienen consecuencia negativas, rompiendo además un principio fundamental del derecho según el cual “el que cause daño a otro está obligado a indemnizar”.

En esta acción no se requiere el requisito de procedibilidad, que hoy exige la ley 640 de 2001.

### **3.4 SOLUCIÓN COACTIVA: EL ARBITRAJE**

**3.4.1 Concepto.** La Ley 446 de 1998 define que el arbitraje es “un mecanismo por medio del cual las partes involucradas en un conflicto de carácter transigible, defieren su solución a un tribunal arbitral, el cual queda transitoriamente investido de la facultad de administrar justicia, profiriendo una decisión denominada laudo arbitral”.

El Arbitraje es un **“Procedimiento por el cual las personas naturales pueden someterse, previo convenio, a la decisión de uno o varios mediadores las cuestiones litigiosas, surgidas o que puedan surgir, en materia de su libre disposición conforme a Derecho”<sup>30</sup>**

El arbitraje es un modo de solución del conflicto que surge de acuerdo entre las partes por el cual un tercero ajeno a ellas y desprovisto de la condición de órgano judicial y que además actúa con arreglo al mandato recibido resuelve la controversia.

---

<sup>30</sup> Enciclopedia microsoft. 2001. Encarta. "arbitraje", pág. 1.



- **Características del Arbitraje:**

1. Es una institución jurídica destinada a resolver conflictos sean individuales, colectivos, jurídicos o de intereses.
2. Su peculiaridad reside en la intervención de un tercero, por acuerdo de las partes, cuya decisión se impone.
3. En virtud de un conjunto arbitral previo a la constitución de la junta arbitral o del árbitro único las partes adhieren de antemano al resultado de la actuación del o los árbitros, esto es, al laudo arbitral.

De las anteriores definiciones se pueden extraer dos conclusiones fundamentales:

1. El arbitraje es una forma de **heterocomposición**, en tanto que supone la intervención de un tercero que solucione el conflicto;
2. **El conflicto debe ser de carácter transigible**, es decir, tiene que versar sobre asuntos que involucren relaciones de contenido patrimonial.

**En materia administrativa:** El arbitraje procede para dirimir controversias contractuales, o de actos, actuaciones, operaciones o hechos de la administración.

El arbitraje puede ser en conciencia o en derecho, y si no se dice se entenderá lo último. En general las reglas sobre el procedimiento el lugar de funcionamiento y la forma de sus actos está rituado en la ley.



### 3.4.2 Breve historia del arbitraje.

**Roma:** En un principio, el Derecho Romano no aceptaba que se pactara un acuerdo arbitral, es decir, no reconocía los acuerdos para solventar las controversias futuras, sino sólo los presentes. Los tribunales romanos no podían ejecutar el laudo que se pudiera llegar a dictar. Posteriormente, con Justiniano fue cuando un laudo pudo ser ejecutado, a condición de que la ejecución fuese aceptada por escrito o que transcurrieran diez días sin oposición.<sup>31</sup>

**Alemania:** Después de que el imperio romano cayó, en Alemania se formó un sistema que se caracterizaba por la no existencia de nacionalidades, así como la no escritura del derecho.

La forma en que resolvían los conflictos, era conforme al derecho común no legislado. Por otra parte, debido a que el comercio representaba para ellos una actividad de gran importancia, los comerciantes podían resolver por ellos mismos sus controversias.

En las viejas leyes germanas, se reconocían los acuerdos arbitrales para litigios futuros, pero con la recepción del Derecho romano, éstas fueron desplazadas. Durante los siglos VII y VIII, la figura arbitral prácticamente desapareció. Sin embargo, con los Códigos Bávaro y el de Prusia, se volvió a permitir. Pero a pesar de ello, las restricciones fueron removidas completamente hasta el Código de Procedimientos Civiles de 1877, en que se autorizó el acuerdo para litigios futuros, e incluso se autorizaba para designar a los árbitros.

---

<sup>31</sup> SILVA, Jorge Alberto. Arbitraje Comercial Internacional. Perezniecto Editores. México, 1994. Págs. 433..



**Inglaterra:** En 1698, el Parlamento inglés, aprobó la primera ley sobre arbitraje en la cual se disponía unilateralmente que ninguna de las partes debería revocar el acuerdo arbitral. Con lo que se trató de fortalecer al proceso arbitral. Sin embargo, no se estableció en la ley, la prohibición a las partes para revocar el nombramiento de árbitro.

En 1854, con The common law procedure act, se estableció que los tribunales judiciales deberían sobreseer cualquier procedimiento que impidiera la ejecución del acuerdo arbitral, asimismo le dio a los tribunales la facultad de designar árbitros cuando hubiese fallado el designado por las partes.

A pesar de esto, se consideraba imposible resolver los problemas por medio del arbitraje, por una parte porque los jueces cobraban por los conflictos que resolvían, y reconocer el arbitraje era como alentar a la competencia. Con la ley de 1889, se le dio efectos totales al acuerdo arbitral, para litigios futuros y por supuesto para resolver los litigios que ya habían surgido. De esta forma, tenemos que Inglaterra, se ha caracterizado por ser un punto importante para el arbitraje a nivel internacional<sup>32</sup>.

**Estados Unidos De América:** Debido a que las reglas del arbitraje, se consideran como procesales; éste casi no fue empleado. Y por lo tanto, la posibilidad de revocar el acuerdo arbitral era permisible, manteniéndose vigente hasta 1920, pero sólo para los acuerdos relativos a los litigios presentes. Con la ley de Arbitraje de 1926, se consolidó cabalmente, el arbitraje a nivel interno.

---

<sup>32</sup> SILVA, *Op. Cit.*



En la actualidad, en este país, se tiene al arbitraje a dos niveles: el primero de ellos regulado bajo las normas del common law, el cual se encarga de solventar los problemas internos; y el segundo, que se basa en la codificación y hace referencia al nivel internacional.

**Francia:** Con el Código Napoleónico de Procedimientos Civiles (desde que éste fue elaborado hasta 1925), exigió que el convenio arbitral precisara el objeto litigioso, así como los nombres de los árbitros, limitando la validez y existencia del convenio únicamente a los litigios presentes y excluyendo los futuros. Ejemplo de ello, se demuestra en el Código de Comercio, en donde sólo se permitían litigios sobre seguros marítimos.

No fue sino hasta diciembre de 1925, que el arbitraje se reconoció para litigios futuros. Por otra parte, debido a que los requisitos no eran considerados como parte del proceso arbitral, los acuerdos extranjeros fueron reconocidos sin alterar el orden público.

**España:** En este país, particularmente, se pueden observar las diferentes legislaciones que han tratado el tema del arbitraje en distintas épocas. Así, algunas de estas legislaciones son las Leyes de Toro, las Siete Partidas, la Nueva y Novísima Recopilación.

Así pues, durante la época feudal fue propicio el juicio arbitral, lo anterior en razón de que los señores feudales preferían someterse a las decisiones arbitrales que recurrir a la corte. Sin embargo, cuando la autoridad del rey y la de su corte de justicia fueron aceptadas uniformemente, los casos de arbitraje resultaron menos frecuentes, en medida tal que cerca del año 1964, se resolvió que los laudos arbitrales extranjeros no podían ser objeto de reconocimiento.

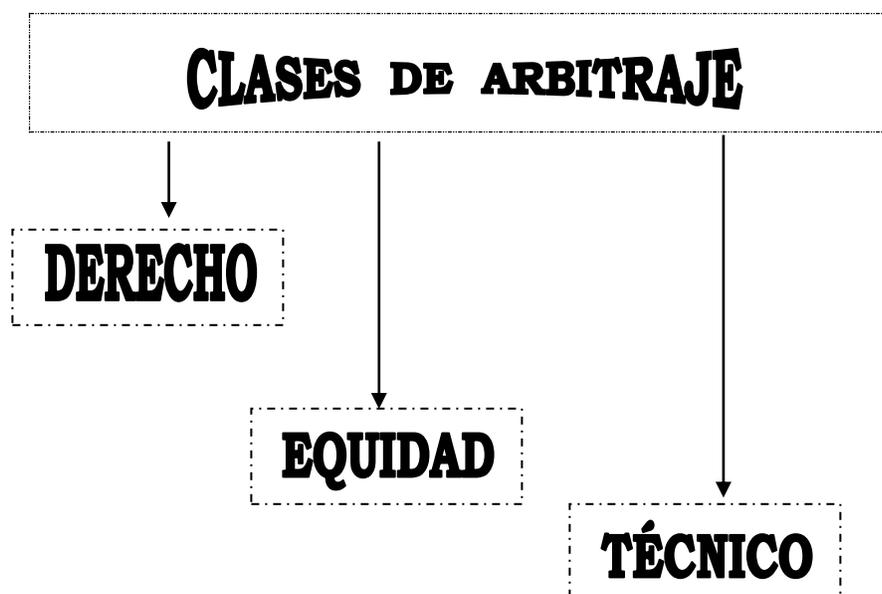
**Latinoamérica:** Realmente fue muy poco el interés manifestado por esta figura, sin embargo en algunos países se continuó con la vigencia de los consulados, tal es el caso de Lima, Buenos Aires, Caracas, La Habana y Santiago de Chile.

En cuanto a Brasil, en 1917, la figura del arbitraje fue regulada en el Código Civil, empero de acuerdo con la Suprema Corte los convenios para litigios futuros no eran válidos. El acuerdo que se firme sólo sirve para que a futuro se pacte el acuerdo arbitral. El acuerdo que se firme sólo sirve para que a futuro se pacte el acuerdo arbitral.

El Código de Procedimientos Civiles de Argentina, contenía una disposición similar a la francesa, por lo que el acuerdo para litigios futuros también era inválido. La reforma de 1981, exige que al surgir el litigio las partes deberán otorgar el compromiso. Por otra parte, el arbitraje en la zona norte, a últimas fechas ha cobrado mayor importancia, en especial con el Tratado de Libre Comercio.

### 3.4.3 Modalidades o clases de arbitraje.

Figura. 3





La Ley 446 de 1998 dispone que el arbitraje puede ser en derecho, en equidad o técnico.

También se llega a él, a través del:

1. Compromiso;
2. La Cláusula Compromisoria,;
3. Ó por imposición de la ley<sup>33</sup>.

La cláusula compromisoria es parte del negocio celebrado, y en ella se prevé la solución arbitral de todas o algunas de las controversias posibles, que se presenten durante la ejecución del contrato.

Se diferencia del compromiso porque es abstracta, es decir, que la cláusula compromisoria abarca temas concretos. En él se determinan los asuntos sobre los cuales va a versar la controversia que deben solucionar los árbitros. Se pacta al celebrar el contrato en una adición o modificación de éste, tiene una característica especial y es que se pacta siempre antes de presentarse el conflicto.

Por lo tanto, **el compromiso es el acuerdo en virtud del cual las partes deciden someter un conflicto de naturaleza concreta a la solución de árbitros.**

Siendo entonces el arbitraje un verdadero negocio jurídico, debe también estar acompañado de los presupuestos de validez propios de él como:

---

<sup>33</sup> Ejemplo de este último es el que regula los contratos de consultoría en Argentina



CAPACIDAD,  
CONSENTIMIENTO,  
OBJETO Y  
CAUSA LÍCITA.



**ART. 1502 C-C**

Es así que, quien la celebra por cuenta de otro, debe tener autorización expresa. Igualmente los representantes legales deben tener dicha facultad en los estatutos, u obtenerla de la Junta de socios o de la asamblea. Los mandatarios especiales deben hacerse autorizar.

No obstante lo anterior, hay una intervención de los jueces, en algunos casos donde hay cláusula compromisoria, al efecto se dan cinco hipótesis, que son:

- a) Cuando se acude a la jurisdicción por parte del agraviado y la otra no propone excepción.
- b) Cuando estando regulada en el contrato una situación por el compromiso o una cláusula compromisoria se pretende la nulidad de actos administrativos dictados con ocasión del contrato.
- c) Cuando se demande la nulidad de la cláusula compromisoria.
- d) Cuando se trata de demandas de reconvención por hechos, acciones u omisiones ocurridos con ocasión del contrato, que se acumulan a demandas de actos administrativos.

El arbitraje es entonces ***una verdadera decisión judicial***, tiene fuerza coactiva y por eso ella se puede reclamar en ejecución, cuando las partes no se avienen a cumplirla.



El arbitraje es **solemne**, no sólo en el pacto de compromiso o cláusula compromisoria sino en su procedimiento. Del primero porque debe constar por escrito; y del segundo porque está completamente protocolizado en la ley procesal.

### **Requisitos para la validez del acuerdo compromisorio:**

El artículo 98 de la ley 23 que sustituyó el artículo 5 del decreto 2.279 de 1989, exige que el acuerdo de compromiso conste por escrito y exprese por lo menos:

1. Nombre y domicilio de las partes
2. Diferencias o conflictos objeto de arbitraje
3. Nombre del árbitro o árbitros o en su defecto la fórmula para nombrarlos.
4. Si se trata de sustituir la competencia de un juez ordinario sobre un proceso en curso decirlo con precisión, y detallando si aspira a ampliar o restringir las pretensiones de aquel.

Debe ser **expresa** porque no se puede suponer sino que tiene que haberse pactado de manera que no deje duda, ya que se trata de una solución excepcional. Si así no se hiciera, ha de entenderse que las partes se someten a los jueces ordinarios.

• **Arbitraje técnico.** Es el arbitraje especializado o técnico, pues en él, se somete el asunto a expertos en ciencia o arte. Tiene como propósito dirimir diferencias que se presenten en un campo puramente técnico o artístico y que tengan consecuencias patrimoniales durante la ejecución del contrato. Puede mencionarse como ejemplo de él, la materia de petróleos, materias como comercio internacional, etc.



Se consagró por primera vez en el artículo 46 del decreto 2.279 de 1989 y se ratificó en el artículo 115 de la ley 23, la que remite a los usos y costumbres imperantes sobre el particular.

En el Estatuto de Contratación Estatal colombiano, es decir, en la Ley 80/93, los artículos 67 y 74, reglamentan la materia y autoriza someter las diferencias de carácter exclusivamente técnico al criterio de expertos designados por ellos, o al parecer de un organismo consultivo del gobierno, o una asociación profesional o a una universidad aceptada por el Estado.

- **Arbitraje internacional.** El artículo 70 de la ley 80/93, reglamenta que en los contratos estatales podrán incluirse la cláusula compromisoria a fin de someter a la decisión de árbitros, las distintas diferencias que pueden surgir por razón de la celebración del contrato y de su ejecución, desarrollo, terminación o liquidación.

El arbitramento será en derecho, los árbitros serán tres, a menos que las partes decidan acudir a un árbitro único. En las controversias de menor cuantía habrá un solo árbitro.

La designación, requerimiento, constitución y funcionamiento del tribunal de arbitramento se regirá por las normas vigentes sobre la materia.

Y, en los contratos con personas extranjeras y en los que incluyan funcionamiento a largo plazo, sistemas de pago mediante la explotación del objeto construido u operación de bienes para la prestación de un servicio público, podrá pactarse que las diferencias surgidas del contrato sean sometidas a la decisión de un tribunal de arbitramento designado por un organismo internacional.



Vemos entonces que ha contemplado el arbitraje internacional, desplazando la solución en un organismo internacional. No obstante, deben darse una serie de condiciones, como son:

- El contratista sea una persona extranjera
- El contrato debe incluir financiamiento a largo plazo o sistema de pago mediante la explotación del objeto construido (concesión de obra pública) o la operación de bienes para la prestación de un servicio público.
- El tribunal de arbitramento debe ser designado por un organismo internacional.

Esta disposición fue modificada por el artículo 4º de la Ley 315 de 1996, que establece **“cuando el asunto objeto del pacto arbitral vincule claramente los intereses de un estado y las partes lo hayan convenido expresamente....”** quedando así las condiciones:

- El contratista puede ser una persona extranjera o una persona nacional
- Puede pactarse en contratos en los que se prevea financiamiento a largo plazo, y sistemas de pago mediante la explotación del bien u operación de bienes para la celebración de un servicio público.
- El tribunal debe ser internacional.

Mientras que la ley 80 contemplaba esta posibilidad cuando el contratista era un extranjero, la ley 315 inusualmente amplió a un nacional llevando a la simpática autorización según la cual un conflicto entre una entidad pública y un nacional colombiano se dirime ante un tribunal extraño al país.

La ley 80 lo permitía en contratos donde se diera cualquiera de estas posibilidades: financiamiento a largo plazo, sistemas de pago mediante la explotación u operación de bienes destinados al servicio público utilizando como conjunción una coma y una u, y separando este subconjunto con una disyuntiva y,



del predicado en los contratos con persona extranjeras; la ley 315 pareciere exigir que se den simultáneamente tres factores: el financiamiento a largo plazo el sistema de pago mediante explotación y la operación de bienes para servicio público.

Se hace necesario entonces mirar las diferencias contenidas en la Ley 80, que habla de un tribunal de arbitramento designado por un organismo internacional y la ley 315 de 1996 se refiere es a un tribunal arbitra. La primera de ellas, explica qué entiende por Tribunal internacional de arbitraje precisando que:

a) Las partes deben tener en el momento de celebración del pacto arbitral domicilio en estados diferentes. Si tomamos al pié de la letra esta expresión quiere decir que no basta que el contratista sea una persona nacional, sino que ella debe tener su domicilio fuera de Colombia, para cumplir con esta condición.

Encontrando entonces que sólo tendrían acceso a esta clase de justicia, las personas naturales residentes en el exterior, en efecto, un natural colombiano que celebre un contrato con el Estado y resida en Colombia, en la regulación del artículo 1o. de la ley 315, no podría pactar este arbitraje. En la misma condición se encontraría la persona jurídica, siempre que sea nacional, porque ella para tener la condición de tal debe tener su domicilio dentro del país.

Pareciera que quienes redactaron la modificación al artículo 70 de la ley 80 tuvieron en mente no sujetarse a la justicia colombiana, común o arbitral, para resolver las controversias que surjan con ocasión de contratos de concesión que se surtan después de una licitación pública internacional particularmente los de las grandes obras públicas del sistema vial.

**El arbitraje común.** El artículo 116 de la Constitución Política, determina que los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar



justicia. Siendo ella la decisión coactiva del conflicto por parte de particulares a quienes se les ha atribuido jurisdicción.

Sobre esta clase de arbitraje han surgido diferencias cuando algunos doctrinantes afirma que no pueden conocer de ejecución de condenas.

Así pareciera entenderse de la lectura del artículo 96 de la ley 23 cuando prevé la posibilidad de someter a árbitros las controversias en razón de contratos de arrendamiento, pero imponiendo la presencia de la justicia ordinaria cuando se trate de la ejecución de las condenas.

El arbitraje común a su vez, ha sido clasificado según su manejo:

1. Institucional,
2. Independiente y
3. Legal.

- **Institucional:** Es aquel que se realiza a través de los Centros de Arbitramento o arbitraje.

El mismo tiene sus propios procedimientos ya establecidos. De esta manera el interesado debe presentar su demanda con la solicitud de convocatoria y el Centro designa los árbitros de lista previamente elaborada y conformada, salvo que las partes de común acuerdo nombren los árbitros.

Las partes se someten allí a las tarifas del Centro de Conciliación.

En nuestro país, este mecanismo comenzó a desarrollarse con amplitud a través de los Centros de Arbitrajes de las Cámaras de Comercio, así como, las asociaciones de ingenieros o Sociedad Colombiana de Ingenieros han creado su



propio Centro de Arbitraje, atendiendo los requisitos mínimos establecidos, como son: de cien miembros y dos años de experiencia según lo previsto en el artículo 91 de la ley 23 que repite lo dicho a propósito de los centros de conciliación.

**Fundamentación jurídica del Arbitramento Institucional:** La ley 23 de marzo 21 de 1991, el decreto 2.651 de 1991, ley 287 de 1996. Esta última prorrogó la vigencia del citado decreto, ley 192 de 1995.

- **Independiente:** Es aquel en que las partes acuerdan de manera autónoma, las reglas y procedimientos que van a aplicar a la solución de su conflicto.

De esta manera serán las partes las que indicarán, el trámite a seguir por el Tribunal pero sujetándose a las normas que regulan la materia.

No requiere la elaboración de demandas ni la intervención de centro de arbitraje, ellos mismos instalarán sus árbitros y establecerán sus honorarios.

- **Legal:** Cuando no exista estipulación de las partes sobre la clase de arbitraje y en esto deberán acogerse entonces a lo que la ley establezca en sus procedimientos.

**3.4.4 Plazos para decidir en el tribunal arbitral.** Ahora bien, los Tribunales tienen plazos perentorios y cortos, para adoptar la decisión definitiva y sobre ello se ha pronunciado la Corte Constitucional sobre la constitucionalidad del ordinal 4 del artículo 70 de la ley 80 de 1993, en cuanto autoriza los árbitros para ampliar el término de juzgamiento.

Igualmente, se han dado casos que han permitido concluir, qué acciones tiene quien es demandado en Tribunal Arbitral y considera que ese conflicto no es competencia del mismo.



Las acciones que pueden pretenderse ante el Tribunal de Arbitramento son las mismas que corresponden ante la Jurisdicción Ordinaria, debiendo proponer en primer lugar, la excepción correspondiente ante el propio tribunal y en su fracaso, deberá proponerse un conflicto de jurisdicciones positivo para que un juez ordinario reclame el conocimiento del asunto, y si este no resultare, como no hay un mecanismo judicial distinto que permita corregir el abuso, habrá que acudir a la tutela.

**3.4.5 Asuntos susceptibles de arbitramento.** Son susceptibles de ser condicionados a un procedimiento arbitral:

- Las controversias susceptibles de transacción, es decir, los litigios de carácter particular y contenido patrimonial que surjan entre personas capaces de transigir.
- Los conflictos sobre contratos de arrendamiento, en cuanto a su existencia, interpretación, desarrollo o terminación. Con respecto a este punto, la Ley 446 de 1998 dispone en su artículo 114 que se pueden llevar a la justicia arbitral tales asuntos, condicionando que la ejecución de las condenas impuestas en los laudos arbitrales se deberá tramitar ante la justicia ordinaria.

El arbitraje es improcedente en tratándose de los conflictos surgidos de las relaciones de familia, por cuanto ella constituye el núcleo esencial de la sociedad y frente a la ejecución de los laudos arbitrales y de las obligaciones impuestas mediante una sentencia.

**3.4.6 Pacto arbitral.** Es definido por el artículo 115 de la Ley 446 de 1998:

***“ Por medio del pacto arbitral, que comprende la cláusula compromisoria y el compromiso, las partes se obligan a someter sus diferencias a la decisión***

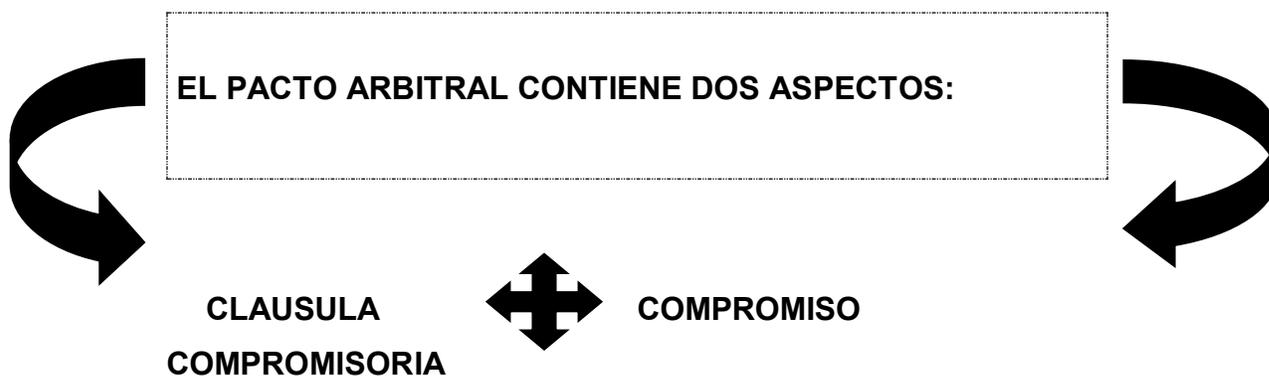
***de un tribunal arbitral, renunciando a hacer valer sus pretensiones ante los jueces”.***

Se concluye entonces, que el arbitramento se está originando en la decisión voluntaria y autónoma de no llevar a la jurisdicción ordinaria, las controversias que surjan de un negocio jurídico, para someterlas a la decisión de uno o varios árbitros.

Este negocio jurídico que incluye el pacto arbitral también tiene unos presupuestos de validez que cumplir y son:

- La capacidad de las partes.
- El poder de disposición.
- La idoneidad del objeto.

**Figura 4.**



**3.4.7 Cláusula compromisoria.** Implica la existencia del pacto contenida en el contrato, negocio jurídico, o documento anexo a éste. Las partes allí, se obligan a someter sus diferencias a la decisión de un tribunal arbitral, renunciando a hacer valer sus pretensiones ante los jueces. Se ha considerado como una expresión de la autonomía que se determina previamente en el contrato con las controversias que serían objeto de arbitramento, sea referida a alguna o algunas en particular,



so pena de que se presuma su extensión a todas las que puedan surgir de la relación contractual.

Es un negocio jurídico de carácter solemne, quiere decir que debe constar en un escrito, ya sea en documento privado, en escritura pública y que sea claro en su expresión.

- **El compromiso.** Es también un negocio jurídico en que las partes involucradas en un conflicto presente conviene resolverlo a través de un tribunal arbitral.

No requiere que esté precedido de cláusula compromisoria, pero es solemne, es decir, debe constar por escrito y atendiendo las exigencias del artículo 117 de la Ley 446 de 1998.

**3.4.8 Tramite prearbitral.** Conforme con lo dispuesto por el Decreto 2651 de 1991 y las modificaciones introducidas por la Ley 446 de 1998 en sus numerales 3º y 4º, los pasos para la integración del Tribunal de Arbitramento necesarios son los siguientes:

- a. La solicitud de convocatoria se dirigirá por cualquiera de las partes o por ambas al centro de arbitraje acordado y, a falta de éste, a uno del lugar del domicilio de la otra parte; y si tuviera varios domicilios, a cualquiera de ellos a elección de quien convoca el tribunal. Si el centro de conciliación rechaza la solicitud – por razones de competencia – el Ministerio de Justicia y del Derecho indicará a qué centro le corresponde. El representante de la entidad podrá presentar la solicitud de convocatoria solo o de común acuerdo con la otra parte.
- b. Cuando las partes acuerdan quienes serán los árbitros y estos no aceptan, el director del centro los citará personalmente o por telegrama para que se



- pronuncien en el término de cinco (5) días. El silencio se entenderá como rechazo.
- c. Aunque las partes pueden elegir a los árbitros, también podrán delegar en un tercero la designación; en este evento, el centro de arbitraje requerirá al delegado para que en el término de cinco (5) días haga la designación y su silencio se entenderá como rechazo.
  - d. Hecha la designación se procederá como lo indica el numeral anterior y si no se da la aceptación, el centro designará los árbitros. Es recomendable que las partes designen el árbitro para que posteriormente no se presenten diferencia.
  - e. Si los árbitros no aceptan o si las partes no han nombrado los árbitros, el centro las citará a audiencia para que hagan la designación total o parcial de los mismos. El centro hará las designaciones que no hagan las partes.
  - f. Antes de la instalación del tribunal, las partes de común acuerdo pueden reemplazar total o parcialmente a los árbitros. El número de árbitros será siempre impar y si no se indica su número serán tres (3), salvo en asuntos de menor cuantía, caso en el cual será uno (1) solo (artículo 118 de la Ley 446 de 1998).

**3.4.9 Laudo arbitral.** Se llama a la decisión que toman los árbitros cuando termina el proceso y produce los mismos efectos que una sentencia. No requiere homologación judicial y de su ejecución conoce la justicia ordinaria. Como en toda sentencia existe un mecanismo para ir en contra de ella, denominado recurso de anulación. El mismo debe ser interpuesto dentro de los cinco (5) días siguientes a la notificación del laudo y ante el presidente del Tribunal Arbitral.

El Decreto 1818 de 1998 en su artículo 173 determina cuales son las causales por las cuales se puede interponer el recurso, ellas son taxativas y son:



- a. Nulidad absoluta del pacto arbitral proveniente de objeto o causa ilícitas.
- b. No haberse constituido el tribunal en legal forma. Para evitar la ocurrencia de esta causal tal circunstancia debe ser alegada en la primera audiencia de trámite.
- c. No haberse practicado las pruebas necesarias para tomar la decisión.
- d. Cuando los árbitros dejan precluir el término para expedir el laudo.
- e. Cuando el árbitro falla en conciencia debiendo hacerlo en derecho, siempre que esta circunstancia aparezca manifiesta en el laudo.
- f. Cuando la parte resolutive del laudo contenga errores aritméticos o disposiciones contradictorias, con la condición de que se hayan alegado oportunamente ante el tribunal de arbitramento.
- g. Cuando se ha violado el principio de congruencia en el laudo, porque se pronunció sobre puntos que no se sometieron a la decisión de los árbitros o darse más de lo pedido, es decir, porque el árbitro falla extra o ultra petita.
- h. Cuando no se decide sobre cuestiones sujetas al arbitramento.

### **3.5 SOLUCIÓN JUDICIAL: SOLUCIÓN COACTIVA**

**3.5.1 Concepto.** Es el cobro de las deudas fiscales, producto de fallos con responsabilidad fiscal ejecutoriados, resoluciones por multas impuestas por las contralorías, las pólizas de seguros y demás garantías a favor de las entidades públicas que se integren a fallos con responsabilidad fiscal.



Estos son exigibles mediante un proceso que busca el resarcimiento de los daños ocasionados al patrimonio público a través del pago de una indemnización pecuniaria que compense el daño y perjuicio causado.

**Ejercicio de la jurisdicción coactiva.** El Honorable Consejo de Estado en la sentencia radicada con el número 2613 de 1989 sección cuarta, determina que el ejercicio de la Jurisdicción Coactiva se desarrolla a través de la persona que, conservando su condición de funcionario administrativo, ejerce funciones de juez, que es tanto como jurisdicción, conforme lo autoriza el artículo 561 del Código de Procedimiento Civil; el funcionario ejecutor, que esta autorizado para utilizar el nombre de juez debe actuar como tal y en ningún momento es el representante de la entidad ejecutora.

**3.5.2 Acciones por hechos precontractuales.** Son aquellas que se originan previo a la celebración del contrato y cuando ellos se dirigen en contra del Estado, se denominan en la jurisdicción administrativa de reparación directa.

Los tratadistas le han denominado responsabilidad cuasidelictual pues consideran que la misma surge previa al desarrollo del contrato y no es consecuencia de su ejecución. Pero si se discute sobre la naturaleza de ésta responsabilidad. Para otros es contractual, pues afirman que tiene algún tipo de relación causal con el futuro contrato.

En la contratación directa ocurre lo mismo que en el de los particulares, donde la aceptación de la oferta no es incumplimiento del negocio y por ello atendiendo las disposiciones de la ley 80 de 1993, que a continuación se transcriben rige para ellas la ley comercial.

Frente a los contratos entre particulares que admiten la consensualidad, habrá responsabilidad por rompimiento de la oferta.



De esta manera hay que remitirse en los aspectos previos al contrato a la normatividad del artículo 13 de la ley 80 de 1993, que determinó:

***“ Los contratos que celebren las entidades a que se refiere el artículo 2 del presente estatuto se regirán por las disposiciones comerciales y civiles pertinente, salvo en las materias particularmente reguladas en esta ley.”***

Esta remisión que hace la ley 80 en su mandato 13 obliga a su aplicación, sin tener en cuenta la calidad de las partes, pues, no existiendo normas sobre la oferta en la ley especial, hay lugar a aplicar los imperativos del estatuto comercial, comprendiendo desde las invitaciones hasta las ofertas.

Una de las manifestaciones propias de hechos precontractuales puede identificarse o señalarse como ejemplo de la responsabilidad precontractual cuando la entidad estatal suspende de manera abrupta los procedimientos iniciados con el fin de celebrar el contrato.

Frente a la jurisdicción y a la competencia el Consejo de Estado ha manifestado que es competente el juez administrativo aun en los casos que se demanda por hechos precontractuales, a Empresas Industriales y Comerciales del Estado. El juez administrativo tiene jurisdicción para conocer de todas las acciones contra el Estado propiamente contractuales.

Una vez celebrado el contrato el conocimiento se extiende hasta los procesos de responsabilidad que se adelanten contra entidades, a las que se juzga en éste campo, acciones de reparación directa por hechos precontractuales, con tal que la materia del litigio tenga relación así sea mediata, con un contrato



En igual circunstancia se encuentra el particular, persona natural o jurídica que se abstiene de suscribir el contrato, allí la administración deberá proferir un acto administrativo que declare el siniestro y con fundamento en ella hacer efectiva la póliza de cumplimiento.

**3.5.3 Acciones por actos precontractuales.** Los actos precontractuales serán de conocimiento del juez administrativo cuando lo produce el Estado, única Institución que legalmente está legitimada para ello, pues su actuación y sus decisiones se condensan en ellos. A modo de ejemplo, encontramos: la adjudicación del contrato o la de declaratoria de desierta, que será de nulidad con restablecimiento del derecho, diferencia.

Pero cuando es un particular el que determina en su decisión la escogencia supuestamente equivocada, pero oponible a los otros la acción contra esa decisión es de responsabilidad, a diferencia de la acción contra el Estado que será de nulidad con restablecimiento del derecho, diferencia.

En el decreto 222 y en la legislación anterior se acogía la tesis de los actos separables del contrato, esto para diferenciarlos de los denominados actos contractuales, ósea aquellos que surgían en desarrollo del contrato, como la declaratoria de multas, incumplimiento, caducidad.

A su vez se estableció que los actos separables de los contratos eran se definían como tales: los pliegos, la apertura de la licitación y la adjudicación de la misma También se aclaró que siendo un acto separable la competencia era del juez del lugar donde se profería el acto y no la del juez donde debía cumplirse el contrato.

En esta no es necesario demandar la nulidad del contrato, que su caducidad era de cuatro meses y la acción la de nulidad. Con ocasión de la expedición de la ley 80, los doctrinantes han adoptado el criterio de abandonar la anterior tesis,



diciéndose que aquellos son simples actos administrativos, que se distinguen porque le son autónomos al contrato y han determinado que sólo son demandables en la acción de nulidad: el que califique en el registro de proponentes, el que adjudique y el que declare desierta la licitación pública, pues han considerado que los demás actos aún cuando son preparatorios al contrato como la resolución por la cual se aprueban los términos de referencia o los pliegos de condiciones sólo se pueden demandar una vez suscrito el contrato y es lógico pues la discusión versará sobre lo allí contenido

En efecto, la ley 80 de 1993 artículo 77 inciso 2o. determinó:

***“Los actos administrativos que se produzcan con motivo u ocasión de la actividad contractual sólo serán susceptibles de recurso de reposición y del ejercicio de la acción contractual, de acuerdo con las reglas del Código Contencioso Administrativo.”***

***Parágrafo 1|. - El acto de adjudicación no tendrá recursos por la vía gubernativa. Este podrá impugnarse mediante el ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, según las reglas del código contencioso administrativo.”***

De lo anteriormente transcrito se desprende que la ley 80 ha hecho una clasificación de los actos del contrato, determinando que unos son separables y otros contractuales y por lo tanto demandables mediante la acción contractual.

Y, que son demandables en acción de nulidad y restablecimiento las situaciones planteadas en los artículos 22.5, de la impugnación de la clasificación y calificación de los inscritos; 77 parágrafo 1º, de la adjudicación; 50 incisos 1 y final, de la responsabilidad de las entidades del Estado.



Continúa igual la acción y la caducidad, por lo que el acto se debe impugnar en acción de nulidad con restablecimiento, dentro de los cuatro meses siguientes a su notificación o comunicación, conforme en lo establecido en el Código Contencioso Administrativo.

No obstante lo anterior si surgió una discusión previa, para determinar que sección del tribunal conocería de esta acción y fue subsanada. La conclusión fue radicar el conocimiento en la sección tercera en atención a que ellas tenían relación con el contrato, cuestión que se resolvió en el Consejo de Estado.

Siendo tan reciente las problemáticas que surgen en desarrollo de la ley 80 son muchas las situaciones que han ido siendo objeto de discusión entre ellas por ejemplo se encuentra la de si es posible juntar en la misma demanda la acción de nulidad del acto de adjudicación y del contrato.

Esto ha sido aceptado pero allí surge la problemática de resolver el término de caducidad, pues en la primera es de cuatro meses y en la segunda de dos años y según la jurisprudencia del Consejo de Estado se determina que la caducidad es de dos años y seis meses en atención a que las partes cuentan con cuatro meses para liquidar de común acuerdo el contrato y la administración dos meses más para liquidarlo unilateralmente.

Concluyendo para este aspecto que hay una acumulación formal de demandas y que la acumulación se cuenta independientemente. Con esto se impide que se revivan términos. Pues si el accionante no demanda el acto de adjudicación dentro de los cuatro meses, el acto estaría vigente, manteniéndose la legalidad del mismo y como consecuencia sería imposible legalmente declarar la nulidad del contrato.



No obstante si cabe la acción de nulidad del contrato en el término de los dos años, pero cuando ello ocurra por causas que se funden en el contrato mismo.

**3.5.4 Acciones de nulidad del contrato.** Cuando se declara la nulidad del contrato como consecuencia del acto de adjudicación, los doctrinantes han afirmado que este tipo de responsabilidad, la que se genera por nulidad del contrato es precontractual, porque se desaparece el contrato. Es decir se ha provocado por la acción previa de la entidad estatal, no con ocasión al desarrollo del contrato.

El artículo 45 de la ley 80 de 1993, contempla la figura de la nulidad absoluta del contrato y determina:

***“La nulidad absoluta podrá ser alegada por las partes, por el agente del Ministerio Público, por cualquier persona o declarada de oficio, y no susceptible de saneamiento por ratificación.***

***En los casos previstos en los numerales 1|, 2|, y 4| del artículo anterior, el jefe o representante legal de la entidad respectiva deberá dar por terminado el contrato mediante acto administrativo debidamente motivado y ordenará su liquidación en el estado en que se encuentre.”***

Esta posibilidad de dar por terminado el contrato por nulidad incita, que tiene el Estado es implícito a todo contrato, aún aquellos donde no existen facultades exorbitantes, y es una razón más para considerar la unificación del régimen de los contratos entorno al derecho administrativo.



Se trata aquí de la nulidad del propio contrato, aducida por uno de los celebrantes o por ambos, la nulidad demandada por un tercero ajeno al mismo, es diferente y de ella conoce la justicia contenciosa. La nulidad del contrato es diferente de la acción de nulidad prevista en el Código Contencioso Administrativo.

La acción de nulidad de éste último ordenamiento trata de los actos administrativo unilaterales. La contenida en la compilación privada trata de los contratos. Aquella es una acción pública que tiene cualquier ciudadano y que no está sometida a términos de caducidad.

La nulidad es la sanción legal que se impone a los actos viciados por circunstancias que la ley prohíbe.

La nulidad del contrato establecida en el artículo 45, es conocida como la nulidad sustancial.

Frente de las causales de nulidad de los contratos que celebre el Estado, la ley 80 de 1993 hace una combinación de las causales de nulidad de los contratos previstas en los códigos privados, y las previstas en la ley contenciosa para los actos administrativos.

En efecto, cuando el artículo 44.2 remite a las disposiciones de derecho imperativo, está prescribiendo la aplicación de las causales de nulidad de los contratos contempladas en los artículos 1.740 y 1.741 del Código Civil y artículos 898, 899 y 900 del Código de Comercio.

También nuestro Código Contencioso contempla como causales de nulidad, el abuso de poder y la desviación de poder, causales reconocidas para enervar los actos administrativos, y en consecuencia procede la nulidad del contrato por la nulidad de los actos administrativos, que le han servido de sustento.



Cierta parte de la Doctrina sostiene que lo anterior, no puede tenerse como una regla inexorable y cita como ejemplo el siguiente caso:

Si un Municipio requiere la construcción de una vía pública, que es indispensable para el desarrollo de su casco urbano, y sin declarar el terreno de utilidad pública, ni proceder a una negociación previa, procede primero de hecho, ocupando la franja de terreno, y luego compele bajo amenaza de expropiación, al propietario a venderlo, éste último podría decir que la venta deviene nula en tanto que no se cumplieron los procedimientos administrativos, que darían lugar a una demanda de nulidad absoluta, del contrato, y por ende a una restitución de los terrenos, cosa que no puede hacerse porque está allí en juego el interés común que logró satisfacer sus metas, aunque por vía irregular. Es así como, el contrato puede anularse basándose en las causales previstas para los negocios, y con fundamento en las consagradas para los actos. Algunas de estas últimas, previstas expresamente, otras logradas por la consecuencia necesaria que conlleva la fulminación del acto unilateral que lo soporta.

Ahora bien, la competencia se determina no solo en razón de la materia sino que tiene una vigencia limitada en el tiempo.

Cuando se trata de contratos que se celebran por quien no tiene competencia para ello, mas que nulo, resulta ser inoponible a la parte que se quiere oponer.

En general, se predica de los contratos que ellos tienen un efecto relativo que se circunscribe a las partes que lo han celebrado. Principio que se rompe, cuando se celebra por cuenta de otro, o cuando se dice que se obra por cuenta ajena.

Así mismo, dicho efecto relativo de los contratos no impide que el contrato pueda oponerse a terceros, que están obligados a respetar los efectos jurídicos del



mismo, a partir del momento en que éste se registre si requiere tal solemnidad o a partir de la fecha cierta del documento que lo contenga en caso contrario.

Y aun es posible que no-solo sea oponible sino que afecte a los terceros, que así ven como el contrato no solo les es oponible, sino que además influye en la órbita de su patrimonio.

Si alguien celebra un contrato diciéndose a nombre de otro, o su representante sin serlo, ese contrato resulta ser inoponible al Estado, afectando solo la órbita de quien lo celebró, y siendo que manteniéndose plenamente válido y con efectos entre quienes lo acordaron, no compromete el patrimonio público.

Este diferente tratamiento de la competencia enfrente de actos y enfrente de contratos, nos lleva a preguntar cuál es el camino que prima enfrente de un contrato que consagre ésta hipótesis, respondiéndonos que la conclusión es la de la validez, con inoponibilidad y no la de la nulidad en razón de la especialidad de la materia, esto es, en razón de tratarse de materia de contratos.

**3.5.5 Acciones con ocasión del contrato.** La otra Acción surgida con ocasión de los contratos, es la que se da frente a la suscripción del contrato, que forman el contencioso contractual, siendo titulares de la acción, las personas que hayan sido afectadas por: hechos, actos o por el propio contrato.

En ellas y en ánimo a que la acción contractual no sea nugatoria, se permite:

- a) Solicitar medidas preventivas sobre el patrimonio del deudor, con el fin de evitar la insolvencia del contratista.

Para la Entidad estatal, por su naturaleza pública esta medida no opera.



La exigibilidad de la obligación antes del plazo por liquidación administrativa, concurso o insolvencia del deudor o la reclamación para que se mejoren las cauciones debido a la poca cobertura de las garantías, en especial cuando no proceda declarar la caducidad del contrato.

Para esta situación en concreto debe el accionante remitirse por vacío a las normas del Código de Procedimiento Civil artículo 427.

b) Medidas encaminadas a constituir en mora al contratista y el reconocimiento de documentos igual que al Estado.

c) Medidas restablecedoras del patrimonio del deudor que igual que las signadas en el ordinal a) solo caben contra el contratista particular, como la acción pauliana, la de simulación, la de nulidad de contratos celebrados con terceros, y la revocatoria consagrada en la ley 222 de 1995, artículo 183 .

También las acciones contra contratos adicionales que modifican los términos iniciales del contrato variando el objeto, el precio o el plazo.

**3.5.6 Acciones por hechos en ejecución del contrato.** Son aquellas que se pueden iniciar con ocasión de acciones en desarrollo del contrato, sean por acción o por omisión de una cualquiera de las partes, constituyendo un hecho con consecuencias jurídicas.

Estos hechos deben ocurrir una vez suscrito el contrato y anteriores a su liquidación, conforme a la precisión del artículo 60 último inciso de la ley 80/93.

Por la importancia que reviste la figura del incumplimiento del contrato, consideramos importante entrar a desarrollar todo lo relacionado con las diferencias de ella con las de Restablecimiento del Derecho.



En la de incumplimiento del contrato se dan los siguientes presupuestos:

- La caducidad es de dos años.
- En la de nulidad y restablecimiento es de cuatro meses.
- El Consejo de Estado ha sostenido que tal caducidad se cuenta desde el fenecimiento del contrato si no hay lugar a liquidación y en caso contrario desde ésta porque:
  - ✓ Pueden darse con ocasión de incumplimiento de obligaciones o de cargas. Son obligaciones las conductas exigibles del deudor como prestaciones principales acordadas son cargas las conductas exigidas del acreedor que facilitan al deudor el cumplimiento de sus obligaciones.
  - ✓ Frente a las partes contratantes, si el contratista es un consorcio y desea demandar al Estado, no es necesario que demanden los integrantes del consorcio puede demandar uno de ellos las acreencias en su favor, o los dos generando un litis consorcio facultativo. Pero si esa el estado el que demanda puede reclamársele a todos o a uno cualquiera de ellos.

En esta acción se pueden reclamar aspectos relativos:

- a. *Obras extras*, es decir, aquellas que no están previstas en el contrato, que no son previsibles pero que en desarrollo del objeto contractual guardan una relación tan estrecha y directa con el objeto contractual que de no realizarse el objeto del contrato no se podría cumplir a cabalidad.
- b. Estas deben cumplir con la condición de ser requeridas y ser ejecutadas a solicitud de la entidad contratante.



- c. El pago de cuenta de actas de obras parciales, principales o de ajuste.
- d. Las acciones resolutorias del contrato, como consecuencia de un hecho relevante, es decir deben ser circunstancia apremiantes no se trata de incumplimientos parciales o no definitivos.

Cuando sea el particular el que demande el incumplimiento, este debe ocasionarle o impedirle la ejecución del contrato.

- e. Cuando el contratante demanda el incumplimiento de la administración, en los casos en que ésta previamente ha terminado el contrato unilateralmente alegando

**3.5.7 Las acciones ejecutivas y abreviadas, por hechos.** A diferencia de las acciones cognoscitivas, las ejecutivas siempre tienen su fuente inmediata en el contrato y por consiguiente, no pueden ser ni pre ni pos contractuales. En realidad cuando se demanda la ejecución del contrato se está invocando como fuente de derecho éste, y se supone su validez.

Las acciones ejecutivas en derecho común siempre tienen su razón de ser en hechos omisivos de cualquiera de los contratantes. En realidad cuando uno de los dos tiene obligaciones a su favor que el otro incumple y adicionalmente ellas están contenidas en documentos que provengan del deudor y constituyen plena prueba contra él de **obligaciones, expresas, claras y actualmente exigibles**, pueden ser ejecutadas.

En derecho común, hipótesis que es válida para el derecho de los contratos del Estado, pueden darse las siguientes hipótesis:

A cumple	B incumple	A tiene acciones
A incumple	B cumple	B tiene acciones
A cumple	B cumple	No hay conflicto
A incumple	B incumple simultaneo	Incumplimiento

Los dos pueden reclamar :

A incumple primero que

B. que igualmente incumple después,  
incumplimiento A-B. B tiene acción

En derecho privado, quien cumple frente al incumplido, o quien incumple después por reacción, con la salvedad que el incumplimiento de la otra parte debe ser significativo, tiene derecho a ejercer cualquiera de las acciones alternativas de ejecución, rompimiento y la autónoma o acumulativa de indemnización. En otras palabras, el contratista cumplido tiene derecho a reclamar:

- Reclamar la ejecución del contrato con indemnización de perjuicios, si lo primero es aún posible.
- Reclamar la resolución de los contratos que la admiten junto con la indemnización de perjuicios.
- Reclamar la rescisión cuando ella es la admisible, junto con los perjuicios
- Reclamar la indemnización por inejecución, ejecución defectuosa o retardo.



- Proponer la excepción de incumplimiento del otro (unilateral)

Se agrega que el ejercicio de la acción resolutoria no enerva la acción ejecutiva o viceversa.

La resolutoria es procedente, aún después de proferida sentencia en que se ordene el cumplimiento de la obligación.

Consideramos importante tener presente que la resolución sola procede cuando es significativo el interés del demandante en lo incumplido dejando a los jueces la calificación del incumplimiento.

Ya indicamos cómo éste régimen tenía una excepción en materia de contratación administrativa, por el diferente tratamiento que daba la ley a las dos partes intervinientes, dándole a uno facultades de auto tutela y obligando a la otra a acudir a acción indemnizatoria, razón por la cual los jueces administrativos no conocían de éstas acciones.

No se trataba pues, de un capricho legislativo sino de una razón que tocaba la esencia de la materia contractual.

Al decidirse la ley 80 de 1993, por la unificación del juez del contrato no fue explícita en afirmar, si en adelante, las partes contratantes podían acudir judicialmente por las vías acostumbradas del derecho privado o si por el contrario solo podían hacerlo por la de los contratos administrativos como se explicó supra.



No se trata simplemente de responder si los contratantes pueden exigir la ejecución de las obligaciones a cargo de la otra parte, supuesto que dimana del carácter obligante de la ley, más bien si pueden acudir al juez, en busca de su ejecución coactiva.

En realidad el problema frente a los procesos ejecutivos y a los demás tipos de acciones que enseguida vamos a considerar no es simplemente si el texto del artículo 75 de la ley 80 trasladó a los jueces administrativos esta función, sino además, si modificó el régimen de las acciones aplicables a los contratos estatales, sometiéndolos en adelante, al existente hasta febrero de 1993, para los contratos de derecho privado entre particulares o en los que participaba el Estado, o si por el contrario, tal unificación se proveyó bajo la salvaguardia de las acciones posibles en los contratos de derecho administrativo o en los contratos de derecho privado donde se pactase la cláusula de caducidad, en otras palabras: si al adscribirle al juez contencioso el legislador quiso, unificar el régimen de las acciones contractuales bajo el derecho público o bajo el derecho privado.

Es claro que un contratante puede reclamar del otro el respeto a los compromisos adquiridos con el contrato y por ello tiene derecho a que se le pague.

Pero cuestión distinta es afirmar, que en caso de renuencia, y previa constitución en mora, puede acudir ante el juez.

No cabe duda que esa posibilidad es positiva cuando el sujeto pasivo de la coacción es el particular, porque él no puede oponer razón alguna para inhibirla.

Aunque hay voces que afirmen lo contrario, esto es, que ninguno de los dos tiene acción ejecutiva, tanto solo indemnizatoria, porque siendo acreedores, y existiendo

---



obligaciones de índole económica que deben ser cumplidas, su incumplimiento trae consigo un derecho exclusivo a reparación. Cuando se trata de ejecutar coactivamente al Estado por incumplimiento de las obligaciones acordadas en el contrato, jurisprudencia y doctrina han coincidido en que ello es posible.

La Corte Constitucional ha sostenido:

**"... no existe una justificación objetiva y razonable para que únicamente se puedan satisfacer los títulos que constan en una sentencia y no los demás que provienen del Estado deudor y que configuran una obligación clara, expresa y actualmente exigible. Tanto valor tiene el crédito que se reconoce en una sentencia como el que crea el propio estado a través de los modos o formas de actuación administrativa que regula la ley."**

De igual manera, una parte de la doctrina<sup>34</sup> establece que:

**"Una vez perfeccionado el contrato como se ha visto, surge el vínculo obligacional recíproco, el mutuo deber de lo expresamente pactado y todas sus consecuencias ... el contrato del Estado determina, pues, el nacimiento de obligaciones de índole económica que deben ser cumplidas por los órganos de la administración y si así no lo hiciesen la conculcación de pacto llevará aparejada la obligación de indemnizar los daños y perjuicios al particular lesionado; del mismo modo, el particular contrae unas obligaciones específicas frente al ente público, cuyo olvido genera de idéntica forma, daños y perjuicios en favor de**

---

<sup>34</sup> MORALES RESTREPO, Didier. Estatuto de Contratación Administrativo, 109. Ed. Santa fe de Bogotá, Leyer, 2004. 438 p. RIASCOS GÓMEZ, libardo Orlando. Régimen de contratos estatales en Colombia.



**éste. En suma, que el contrato es ante todo fuente de obligaciones y los derechos que nacen del mismo son un efecto residual"**<sup>35</sup>

El Consejo de Estado ha asentido que cuando el artículo 75 de la ley 80 habla de procesos de ejecución se está refiriendo al cobro ejecutivo de los **"créditos que tengan origen directo o indirecto en todos los negocios estatales"**, sin hacer distinción del ejecutante o del ejecutado.

Pero luego ha admitido la posibilidad de iniciar procesos ejecutivos siempre que se tratase de obligaciones en favor del Estado O cuando, siendo el Estado el acreedor y ejecutado, las obligaciones constan en sentencias.

Lo primeramente indicado es avalado por la doctrina, al afirmar que el artículo 75 de la mencionada ley 80, trasladó la jurisdicción para conocer de los procesos ejecutivos de la justicia ordinaria a la especializada

Esta al interpretar el artículo 75 y encontrar, con acierto, que se unificó el juez del contrato, aceptó implícitamente la modificación del régimen de las acciones, dando por aceptado sin discusión, que la unificación de los contratos se hizo bajo la sombra del derecho privado, en éste aspecto, convirtiendo al Estado en un igual del contratista.

---

<sup>35</sup> "Doctrina del Estado" Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1977, Pág. 373



A nuestro juicio la ley 80 de 1993, solamente cambió la competencia de los procesos pero no modificó el criterio según el cual al Estado no se le puede ejecutar.

Hoy como ayer solo se puede ejecutar al Estado, con fundamento en una sentencia judicial o en un acto administrativo, solo que cambia el juez que lo es el Contencioso Administrativo.

Estas son las razones que nos permite defenderlo:

a) No modificó la ley 80 de 1993, las normas sobre competencia del Código Contencioso Administrativo y particularmente el régimen de las acciones que es tan caro a él, como que corresponde a su estructura medular. Mantuvo la existencia de cuatro clases de acciones: La de nulidad, la de nulidad con restablecimiento, la de reparación y la contractual, bajo el entendimiento que ésta última engloba las acciones declarativas y particular y específicamente la acción indemnizatoria nacida del incumplimiento de las obligaciones a cargo de cualquiera de las partes celebrantes de un contrato de tracto sucesivo, donde tradicionalmente se le proporcionó al plazo de elemento esencial, cuyo vencimiento fulminaba el contrato ope legis.

Como no consideró necesario modificar el régimen de las acciones, no adoptó para sí el Código Contencioso Administrativo el lenguaje del Código Civil de acciones ordinarias por oposición a ejecutivas, o el lenguaje del Código de Procedimiento Civil de procesos declarativos por oposición a procesos de ejecución, sino que mantuvo su distinción tradicional.

---

E 1997,  
C-354-97



b) No modificó la ley 80 de 1993, los procedimientos previstos en el mismo Código Contencioso Administrativo, porque consideró que aquello no eran indispensable ya que en su sentir, el juez conocería exclusivamente de procesos ordinarios de carácter indemnizatorio, y excepcionalmente de acciones ejecutivas nacidas de sentencias.

La jurisprudencia, forzada por las circunstancias ha tenido que asumir el conocimiento de procesos ejecutivos entendiendo que la ley 80 no solo cambió la competencia en materia contractual sino que reformó en ésta parte de los procedimientos, en el Código Contencioso Administrativo como lo hizo con las acciones.

c) La tesis que nosotros estamos criticando coloca en un pie de igualdad el interés del particular con el del Estado pues le permite aquél reclamar el pago de su deuda, sin tener en cuenta los intereses públicos.

Al concederle acción ejecutiva al particular, por sus acreencias, se transgreden normas cardinales de derecho público:

d) El artículo 3.2. de la ley 80 que habla de la condición de auxiliar y subordinado que tiene el contratista. Si éste puede demandar del Estado el cobro de sus acreencias, deja de ser un subordinado y se pierde el desequilibrio entre partes propios del contrato estatal para pasar a una igualdad entre las mismas.

De la misma manera el Estado pierde la condición de director del contrato que le reconoce el artículo 4.1. de la ley 80, para convertirse en un igual que no puede oponer su interés al del otro celebrante.

---



Se olvidan las disposiciones sobre materias presupuestales que obligan a no desviar los recursos, permitiéndose, con la sola limitación de los dieciocho (18) meses, que el Estado sea ejecutado para el cobro de las obligaciones nacidas del contrato.

f) Al admitir que la Jurisdicción Contenciosa Administrativa conoce de acciones ejecutivas, conforme al proceso del mismo nombre, surge la duda sobre la caducidad de la acción. ¿Será que se aplican los dos años del Código Contencioso o los 10 años del Código Civil? Si se aceptare esto último, el contratista tendría dos años para reclamar en acción indemnizatoria por vía ordinaria y diez años para hacerlo por vía ejecutiva.

e) El criterio que se impugna, que el juez obligue a la administración a realizar la solución de una obligación, el cumplimiento de un acuerdo contractual implica de alguna manera darle a aquél una facultad de coadministración que supone romper la necesaria independencia de las ramas del poder público en perjuicio de quien tiene la representación popular directa.

Una afirmación de ésta naturaleza no está huérfana de defensores en la doctrina y en la jurisprudencia. Es así como el tratadista, Ignacio Monedero sobre el particular sostiene:

**"Imposibilidad de ejecución de la obligación sobre los bienes del Estado. Esta regla fundamental aparece consagrada en el artículo 44 de la ley general de presupuesto y su aplicación constituye un severo correctivo de la estructura de la obligación civil que está basada en el cumplimiento voluntario, o bien el cumplimiento coactivo amparado en el poder judicial. La responsabilidad universal del deudor figura definida en el**



**artículo 1.911 Código Civil Español cuando dice: 'Del cumplimiento de las obligaciones responde el deudor con todos sus bienes presentes y futuros.' pues bien, por lo que se refiere al Estado, solo responde de sus obligaciones en la medida autorizada por la ley de presupuestos"**

En el mismo sentido, e incluso más, como que extiende esta inmunidad a todos los contratos del Estado, pues, en su país se mantiene la diferencia de contratos administrativos y contratos de derecho privado, Eduardo García, sostiene:

**"... resulta que en la ejecución de sus contratos de derecho privado la administración dispone de las mismas prerrogativas fundamentales que en los contratos administrativos: inmunidad respecto a las vías ejecutivas ordinarias, privilegio de la decisión previa, prescripción cuatridenal, y hasta cabe que se reserve potestativamente poderes de modificación unilateral o de rescisión del contrato. Con ello resulta que la diferencia entre los contratos administrativos y los contratos de derecho privado de la administración es ciertamente mucho menos grande que la que existe entre éstos últimos y los contratos particulares o inter-privatos"**

Ello con la salvedad que éste último es precisamente calificado entre quienes defienden la privatización de los contratos del Estado.



Se mantiene la prohibición de embargar bienes o rentas de las entidades territoriales o de los establecimientos públicos en atención a que tienen una destinación específica.

Se ha planteado últimamente la posibilidad de demandar a la administración con fundamento en títulos valores asignándole la competencia a los jueces administrativos, alegando para ello que tales documentos tienen una relación causal con éstos. Esta tesis tiene el propósito de unificar el juez del contrato, pero se tropieza con las dificultades siguientes:

Si se toma por cierto que el título no pierde su condición de contractual se mantendría la prohibición de demandar al Estado por las obligaciones nacidas del contrato como ya se explicó. Se divide aquí la acción cambiaria, según que demanda quien fue parte en la relación original o no, y por tanto cambia el juez que conocerá de la misma.

Convirtiéndose así en acción del juez administrativo en unos casos la directa y en otros la de regreso.

Si el título en virtud a su carácter autonómico se separa de él, la competencia no sería del juez administrativo, pues, el artículo 75 de la ley 80 no lo regularía.

Cosa diferente resulta ser la acción ejecutiva nacida de un contrato y la acción cambiaria derivada de un título valor.

La acción cambiaria es aquella que se le concede al beneficiario de un título valor para que contra su presentación, reclame el derecho en él incorporado.

Cuando se discutió el procedimiento para ejercerla, los redactores del Código de Comercio consideraron conveniente asimilarla a la acción ejecutiva quirografaria y



así lo dijeron. Sin embargo, el ejercicio de la acción cambiaria tiene algunas normas que la diferencian de la acción ejecutiva:

El valor que se puede reclamar en acción cambiaria se determina por la ley y comprende no solo el importe del título y sus intereses moratorios comerciales, sino igualmente los gastos de cobranza y transferencia, a diferencia del proceso común donde solo pueden reclamarse capital e intereses.

En la acción cambiaria, el ejecutado sólo puede proponer alguna de las excepciones previstas en el artículo 784 del Código de Comercio, de modo taxativo y no cualquier defensa que tuviere. En los ejecutivos se puede alegar cualquier defensa.

La acción cambiaria puede ejercitarse contra el último tenedor o contra cualquiera de los signatarios de la cadena que precedan al ejecutante, y no solamente contra el deudor original, como ocurre frente a las obligaciones, pues en derecho ordinario, la asunción acumulativa de la deuda requiere pacto expreso.

La acción cambiaria a diferencia de la acción ejecutiva está sometida no solo a la prescripción sino a caducidad, por falta de presentación o levantamiento del protesto, cuando esto sea necesario, dentro del tiempo signado para uno y otro, requisitos que son ajenos a la naturaleza de los demás títulos de ejecución.

En el mismo orden de ideas, la caducidad de la acción contractual es de dos años, la prescripción de la acción cambiaria varía según el título que se quiera cobrar.

En el proceso ejecutivo común y corriente se pueden pedir medidas previas al mandamiento de pago, como son el requerimiento para constituir en mora al deudor o el reconocimiento previo del título y el trámite del respectivo incidente de tacha de falsedad, cuestiones que jamás se presentan en la acción cambiaria.



Todo esto para resaltar la diferencia que existe entre una acción cambiaria y una acción ejecutiva común.

La denominación de acción ejecutiva por oposición a cambiaria es materia que permite definir las autónomamente. En una se pretende la solución de una obligación, donde el acreedor pide protección al juez para que se coaccione legítimamente al deudor; mientras que en la otra, se quiere ejercer un derecho incorporado en un bien, en una cosa de carácter mercantil.

Cuando la ley 80 adscribió a la Jurisdicción Contenciosa la competencia para conocer de las acciones contractuales, asignó las nacidas de los contratos que generan obligaciones de toda naturaleza a cargo del particular, y las indemnizatorias a cargo del Estado. Nunca se imaginó se extendiera tal competencia a las acciones cambiarias que tienen su fuente, en el ejercicio de un derecho contenido en un título autónomo.

Interpretación ésta que encuentra otro estribo, en la observación que el derecho mercantil ha querido conservar puro su universo, regulando las materias que le son lindantes. Por vía de ejemplo, nótese que el derecho de los seguros y el de las entidades financieras, es materia propia y exclusiva del código comercial, con independencia que las entidades que intermedian en tales mercados, puedan tener la condición de estatales.

Razón para concluir que las acciones cambiarias, no pueden ser gestionadas en esta jurisdicción, porque es materia exclusiva de la rama de los comerciantes.

En virtud de la autonomía del título valor, éste tiene una vida propia y absolutamente independiente del negocio jurídico que lo originó, regulándose autónomamente en materia sustancial y procesal del derecho administrativo.



Defender lo contrario, esto es, decir que la acción cambiaria directa es contractual y la acción de regreso no, nos llevaría a entender que unos casos el proceso ejecutivo derivado del impago de un título valor corresponde al juez contencioso y en otros al juez administrativo fraccionando la acción cambiaria.

Si el beneficiario demandante hubiera endosado el título antes de su vencimiento, el nuevo tenedor no podría acudir al juez contencioso siendo que está ejerciendo la misma acción de su endosante, antiguo tenedor porque el no tiene una relación contractual con el deudor.

En conclusión, una es la acción ejecutiva contractual y otra es la acción cambiaria, uno es el derecho administrativo y otro el derecho mercantil.

El traslado de procesos ejecutivos a la Jurisdicción Contenciosa no solo está limitado por el seriado de documentos que prestan mérito ejecutivo, que como defendemos no fue modificado para nada por la ley 80, sino que se restringe a los contratos estatales, correspondiéndole en los demás casos a la Jurisdicción Coactiva en cuanto fuere posible, o al juez ordinario en los que se excepcionan de auto tutela según el artículo 64 del código de la materia

De esa manera si la Administración decide ejecutar a un urbanizador para que protocolice en la notaria del lugar, la cesión de áreas de uso público, el cumplimiento coactivo de ese acto corresponde al juez civil del circuito.

Ahora bien, la unificación de los contratos del Estado llevó consigo a que se entendiera que había que aplicar indiscriminadamente el derecho privado, y la aplicación del derecho privado permitió entender que aquél patrocinaba la igualdad de los intereses individuales y comunitarios, como si principios como el abuso del derecho y la función social y la propiedad no fuera materia abonada del



derecho civil; y lo mas grave permitió entender, que había desaparecido el tradicional desequilibrio en los contratos del Estado.

**3.5.8 Acciones por actos contractuales unilaterales.** Estas como las anteriores se refieren a la ejecución del contrato pero a diferencias de ellas aquí hay un acto administrativo de por medio. Tratase aquí de la producción de actos administrativos, esto es, manifestaciones de voluntad con efectos jurídicos de carácter obligatorio que tienen como sujeto productor a la parte estatal del contrato.

En principio, el titular de la posibilidad de demandar es el contratista y aquí debe reclamarse la nulidad del acto administrativo con la consiguiente reparación. Decimos que en principio, porque la administración, tiene acciones con fundamento en los actos administrativos que se produzcan durante la etapa de ejecución del contrato.

Los actos demandables en esta categoría son los que se profieren después de la suscripción del contrato y fundamentalmente son el ejercicio de facultades excepcionales o la liquidación del contrato, pero caben dentro de la categoría cualquier tipo de actos.

Estas acciones son semejantes en su forma a las de restablecimiento, solo que se distinguen de ella porque suponen la existencia de un contrato previo que es fuente de la controversia y que las partes invocan en su amparo. Antes que el Consejo de Estado decidiera generar la categoría de acciones contractuales se clasificaban como tales.



El Consejo de Estado, considera que éste tipo de acuerdos es un contrato y no un convenio, y extiende la condición de contractual a la relación del asegurador con el beneficiario.

En sentido contrario ha entendido que no lo son las controversias derivadas de hechos, que relacionan a los mismos sujetos a propósito de la ejecución de un contrato de seguro.

Quizá por esa razón se entiende que no se amplía el efecto de la inhabilidad derivada de la declaración de rescisión administrativa del contrato (caducidad) al asegurador, pero que sí afecta al contratista incumplido.

Esta acción como las que le preceden tiene una caducidad de dos años.

Se discute si en ellas se aplica o no el principio *iuria novit curia*. El Consejo ha dicho que en estos casos por tratarse de una acción contractual, a pesar que se demandan actos administrativos no hay necesidad de formular cargos ni acertar en ellos. Sin embargo, creemos nosotros que amparados esos actos administrativos en la presunción de legalidad o en la presunción de veracidad es indispensable desvirtuarlas a lo largo del proceso y que por tanto aquí la restricción correspondiente cabe: la justicia es doblemente rogada.

Los dos últimos ordinales nos llevan a plantear igual número de problemas. Si se acumula en acción contractual pretensiones por hechos y pretensiones de nulidad de actos es posible que el juez aplique frente a unas el principio *iuria novit curia* y frente a las otras exija el acierto en los cargos que se presente, distinguiendo la acumulación formal de las pretensiones, para efectos de su exigencia procesal, aunque las dos son de orden contractual.

---



Si se acumulan como es posible pretensiones de carácter contractual con pretensiones contra actos previos al contrato, como en el caso que se demande la nulidad del acto de adjudicación y la nulidad del contrato mismo, donde los términos de caducidad son diferentes, el Consejo ha entendido en principio que, se amplía el término de la acción de restablecimiento al de la contractual.

En contra de ello pensamos que siendo acumulables, y sometiéndolas al procedimiento contractual a cada una de ellas habrá que contarle la caducidad en forma autónoma, restringiendo la posibilidad de hacerlo a los primeros cuatro meses, transcurridos los cuales solo podrá demandarse el contrato.

Sin embargo, si se acumulan actos administrativos preparatorios (v/gr. los pliegos de condiciones), y la acción de nulidad del contrato, la caducidad es de dos años, por que estos no son demandables separadamente.

Puede ocurrir que proferido un Acto Administrativo la parte pública del contrato quiera proceder a su ejecución. No se trata aquí de demandar la nulidad del acto sino de proceder a su cumplimiento.

En vigencia del decreto 222 de 1983 los actos administrativos que se produjeran con ocasión del contrato, tenían el privilegio de la autotutela, en virtud del cual, la propia autoridad podía obligar a su cumplimiento coactivo.

**3.5.9 Acciones por actos contractuales bilaterales.** Todo lo dicho hasta aquí se refiere a actos unilaterales dictados por la administración en ejecución del contrato, pero también es claro que pueden demandarse actos bilaterales, como cuando los contratantes liquidan bilateralmente el contrato.



En ese caso cabe impugnarlos por la vía de nulidad, alegando alguna de las causales que fulminan los negocios en derecho privado, pues es claro que no cabe afirmar el desvío de poder o la falsa motivación.

**3.5.10 Hechos postcontractuales.** El artículo 60 de la ley 80 dice que el contrato se extingue con la liquidación. De acuerdo con ello, las acciones que cualquiera de las partes intenten con ocasión de hacer vigente la garantía de estabilidad de obra o la calidad de bien o servicio, o la prohibición de repuestos o accesorios o la repetición de salarios, prestaciones o indemnizaciones de carácter laboral o civil, o la estabilidad de la obra, son originadas por hechos posteriores al contrato y que tienen su fuente en la liquidación del mismo.

Esta responsabilidad por hechos así se diga que el contrato no existe tiene un origen mediato en el mismo y a nuestro juicio es una responsabilidad de carácter contractual demandable por esta vía.

Hay que distinguir el vencimiento del plazo del contrato con la terminación del contrato y hay que distinguir la liquidación del contrato con su extinción. Respecto de lo primero es indudable que en el caso de los contratos sometidos a modalidades, la ocurrencia de esta, modifica los términos de la relación negocial, pero no la fulmina, como tuvimos ocasión de afirmarlo en artículo previo.

Igualmente la liquidación del contrato no trae consigo su fulminación como algunos quieren hacer aparecer, para sustituirla a cambio por una relación extracontractual en la que son sujetos pasivos el contratista y su garante, surgida de aquella diligencia, sino que se mantiene para servir de causa a unas nuevas obligaciones que surgen con el cumplimiento de las acordadas principalmente.



Si ello fuese así, y la liquidación trajera consigo la terminación del contrato, la responsabilidad del contratista en ningún caso podría extenderse más allá del término de la garantía y desaparecería definitivamente con ella.

Pero además, en casos donde se liquide el contrato, con referencia a la obligación principal, no cabría exigir responsabilidad al contratista por obligaciones acordadas para regir después de ésta liquidación como la de garantizar el funcionamiento de los equipos, responder por la estabilidad de la obra o asegurar la venta de repuestos por un tiempo definido del contrato.

Por ello se dice referido al contrato de obra pero en afirmación que es útil para extenderla a todos los contratos que: **"El contrato de obra concluye con el cumplimiento de las obligaciones recíprocas"**

Agregándose que ello da lugar a una diligencia de recepción de la obra, a una previa de verificación de la misma y al surgimiento de un período de garantía, dentro del cual el contratista debe reparar los defectos o vicios que puedan manifestarse en la misma y que pueden ser intrínsecos a su construcción

Es por esa razón que frente a un contrato de obra, donde existía una liquidación y una recepción definitiva de la misma el Consejo de Estado concluyó que el constructor y el interventor debían responder por la el defecto, aún después de vencida la garantía prestada por la compañía de Seguros.

Si no lo entendiéramos de esta manera, tendríamos otra categoría independiente de acciones.

---



**3.5.11 Actos postcontractuales.** Es posible que la Administración produzca actos con posterioridad a la terminación del contrato como cuando liquida el contrato después de fenecido el plazo que la ley le concede para hacerlo o cuando hace efectiva la garantía y declara ocurrido el siniestro.

Se trata de verdaderas acciones contractuales porque tienen origen en el contrato y no pueden existir ni entenderse sin él.

Ello nos permite entender como el plazo no tiene la función esencial que ha querido otorgársele, y que expresamente mencionaba el decreto 222 en el artículo 60, sino que apenas es una modalidad que bien puede pactarse o no pactarse.

**3.5.12 Hechos extra contractuales relacionados con el contrato.** Existen una series de hipótesis donde para buscar una solución de justicia que facilite dificultades que se presentan durante la ejecución de los contratos o en el desarrollo de los mismos.

Como el decreto 222 de 1983, decía que los contratos no podían ejecutarse hasta tanto no se cumpliera con los requisitos para su perfeccionamiento, todo hecho de cumplimiento se entendía extracontractual. Cuando el contratista realizaba obras o prestaba servicios en ejecución de un contrato no perfeccionado, la administración no podía invocar el acuerdo para pagar.

Igualmente cuando en ejecución de un contrato perfeccionado el contratista realizaba obras o prestaba servicios que se salían del objeto convenido, aquello se entendía como extracontractual. En tales casos, se acudió al estatuto del enriquecimiento sin causa:



**Concepto.** Lo hay cuando una persona sin justa causa se enriquece a expensas de otro según los términos del artículo 831 del Código de Comercio.

El no está regulado expresamente en el Código Civil pero la jurisprudencia lo ha encontrado implícito en los artículos 1.747, 2.120, 2.243, 2.310 y 2.343 del mismo ordenamiento. Código de Comercio art. 831

**Utilidad.** En virtud a que concede una acción subsidiaria in rem verso aparentemente es ajeno a las relaciones contractuales, pero, él ha servido para solucionar problemas que surgen con contratos no perfeccionados que realmente conllevan un empobrecimiento de los administrados en beneficio de la administración.

**Diferencias.** Se diferencia de la nulidad absoluta donde el objeto ilícito impide repetir, cuando se hace a sabiendas (art.1.741 del Código Civil), o de los casos en los que el no perfeccionamiento del contrato, se debe a culpa de la administración, donde la fuente de la indemnización es el hecho de ésta. No se olvide que la ley 80 impone como regla general el deber de indemnizar cuando el contrato es nulo.

Se distingue finalmente de aquellos donde el empobrecimiento tiene su fuente en el obrar culposo del propio actor: entonces no habrá acción. Ejemplo quien realiza obra o presta servicio a sabiendas que no le ha sido contratado por la administración.

**Elementos.** Son elementos de enriquecimiento: un enriquecimiento del demandado, que puede consistir en que se le haya evitado una erogación; un empobrecimiento del demandante, una correlación entre los dos, una ausencia de causa justa y finalmente que no se tenga otra acción para reclamar.



Por enriquecimiento se entiende -al decir de Diez Picasso- toda ventaja, utilidad o provecho, que una persona haya recibido, y se discute sí el debe ser siempre netamente patrimonial

Ese enriquecimiento puede producirse por una no disminución patrimonial o por un aumento del mismo

Una explicación más detallada del fenómeno no corresponde a una nota de esta naturaleza, y por ello nos abstenemos de extendernos.

A la tesis del Consejo de Estado conviene hacerle dos anotaciones, que no desmerecen la inteligencia de la solución acordada:

a) En realidad no se trata de una acción subsidiaria, porque se está ejerciendo a través de éste instituto la de reparación directa que es una acción principal contemplada en el Código Contencioso Administrativo. Más bien podría decirse que en este caso el emprobecimiento sin causa es una fuente subsidiaria de obligaciones, que se puede reclamar a través de la acción de reparación directa.

b) En el caso particular del contrato de obra el artículo 739 del Código Civil consagra una acción en favor de quien construye en suelo ajeno, o en favor del dueño del terreno contra quien construye en él, acción a través de la cual podría eventualmente solucionarse los problemas que se presente con ocasión del contrato de obra pública.

**3.5.13 La unificación del derecho de la responsabilidad.** Hasta aquí hemos estudiado por lo menos intentado, un primer acercamiento a la problemática de las acciones relativas a contratos, que como vimos engloban acciones de los distintos tipos reconocidos en el Código Contencioso Administrativo.



Tal panorama complejo contrasta con la propuesta doctrinal de unificar las acciones de responsabilidad, sin distinguir si ellas tienen su origen en una relación contractual o no, y si se trata de reclamar contra actos administrativos o contra hechos.

Y en este mismo orden de ideas cabe preguntarse si hoy es posible, interpretar una demanda donde se alega la existencia de un contrato, concluyéndose que no, pero que es dable condenar por reparación directa, en virtud a un enriquecimiento que no tiene causa.

Lo primero que se pregunta el intérprete es si el poder del juez llega hasta el de modificar el contenido intrínseco de las pretensiones, o su fractura, entendiendo que las consecuenciales son principales e independientes de las iniciales que se niega.

Cierto es que el artículo 228 de la Constitución Política le impone al juez la aplicación preferente del derecho sustancial, pero la cuestión se traslada a responder que es derecho sustancial?

Será que acaso ello significa dar una solución justa, con desconocimiento de la ley procesal?

El problema no es fácil de resolver y a nuestro juicio juegan en la solución del mismo tres disposiciones de rango superior: la norma que arriba se invocó, el artículo 230 sobre sometimiento a la ley y el art. 29 sobre debido proceso

---



Se podrá llegar entonces a una solución justa siempre que no se atente contra las dos garantías constitucionales que se reseñan finalmente; el debido proceso y la legalidad de las decisiones judiciales.

Los límites de una y de otra, y de la tercera, el cómo y el cuándo del contrapeso de ellas, las irá señalando la jurisprudencia en estos próximos años de desarrollo de la carta política.

Por lo pronto el Consejo ha decidido en este camino al desatar favorablemente las pretensiones de un actor, que reclamando el incumplimiento de un contrato, y la consecuencial condena por suma días, sólo están sometidos al imperio de la ley.

**"La equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial. Constitución Política. Artículo 228. La Administración de Justicia es función pública. Sus decisiones son independientes. Las actuaciones serán públicas y permanentes con las excepciones que establezca la ley y en ellas prevalecerá el derecho sustancial. Los términos procesales se observarán con diligencia y su incumplimiento será sancionado. Su funcionamiento será desconcentrado y autónomo."**

**Artículo 29. El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas.**



**"Nadie podrá ser juzgado sino conforme a las 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.**

**"En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable.**

**"Toda persona se presume inocente mientras no se le haya declarado judicialmente culpable. Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento; a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas; a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra; a impugnar la sentencia condenatoria, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho.**

**"Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso."**



#### **4. APLICACIÓN DE LOS MECANISMOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS CONTENIDOS EN LA LEY 80 DE 1993, POR PARTE DE LA ADMINISTRACIÓN MUNICIPAL DE BUCARAMANGA.**

Básicamente, cuando decidimos entrar a desarrollar el tema de la presente monografía consideramos que precisamente su importancia radicaba entre otras, en determinar si lo que se encuentra establecido en la normatividad se aplica o por el contrario, simplemente queda en el papel.

Es así como, tomamos como patrones referenciales, la ciudad de Bucaramanga y en específico, con este capítulo resaltaremos si en efecto la Conciliación se utilizó para el año inmediatamente anterior, es decir, para el año de 2003, en tratándose de la Conciliación Prejudicial de conocimiento por parte de las dos Procuradurías Judiciales en Asuntos Administrativos.

Encontramos que verdaderamente los casos a conciliar no fueron demasiados y para una mejor clarificación de los mismos, anexamos el presente cuadro explicativo, en el que se evidencia que referente con la Procuraduría 16 en lo Judicial en Asuntos Administrativos en total se presentaron 14 procesos para el año de dos mil tres (2003) siendo el Municipio de Bucaramanga demandado, en donde solo 4 llegaron a Acuerdo Conciliatorio, es decir, que los restantes 10, no se dio el mencionado acuerdo.

Ahora bien, en la Procuraduría 17 en lo Judicial en Asuntos Administrativos para el año inmediatamente anterior, se presentaron 10 Conciliaciones Prejudiciales, siendo que en ninguna se llegó al referido Acuerdo Conciliatorio.



Lo que en últimas tenemos, es que para el dos mil tres (2003) en la ciudad de Bucaramanga se presentaron en total 24 Conciliaciones, de las que sólo cuatro de ellas hubo Acuerdo y en las restantes veinte no.

Consideramos importante destacar que en los casos en los cuales se logro llegar a un acuerdo conciliatorio, este obedeció a que las partes involucradas dirimieron sus diferencias las cuales consistían principalmente de carácter económico siendo esta la regla general.

Tal como lo observaremos en los siguientes análisis gráfico:

**Tabla 4. Análisis casuístico.**

<b>PROCURADURIA</b>	<b>DEMANDANTE</b>	<b>NO</b>	<b>SI</b>	<b>TOTAL GENERAL</b>
<b>Procuraduría 16</b>	<b>Asoc. Niños de Papel</b>		<b>1</b>	<b>1</b>
	<b>Atlético Bucaramanga</b>	<b>1</b>		<b>1</b>
	<b>Estela del Rosario Ruiz</b>	<b>1</b>		<b>1</b>
	<b>Ester Jaimes Orduz</b>	<b>1</b>		<b>1</b>
	<b>Fabio Mejia Castellanos</b>	<b>1</b>		<b>1</b>
	<b>Faustino Rueda</b>	<b>1</b>		<b>1</b>
	<b>Gerardo Bernal Gamboa</b>	<b>1</b>		<b>1</b>
	<b>Ivan Alfredo Ortiz</b>			<b>1</b>
	<b>Margarita Goyeneche</b>	<b>2</b>	<b>1</b>	<b>3</b>
	<b>Oscar Eduardo Guerra</b>			<b>1</b>
	<b>Raul Suarez Tarazona</b>	<b>1</b>		<b>1</b>
	<b>San Andresito</b>	<b>1</b>		<b>1</b>

<b>Total Procuraduría 16</b>		<b>10</b>	<b>4</b>	<b>14</b>
<b>Procuraduría 17</b>	<b>Alfonso Jerez y otros</b>	<b>1</b>		<b>1</b>
	<b>Coopvivor</b>	<b>1</b>		<b>1</b>
	<b>Eduardo Pedraza</b>	<b>1</b>		<b>1</b>
	<b>Eliseo Velazco</b>	<b>1</b>		<b>1</b>
	<b>Ernesto Ramírez</b>	<b>1</b>		<b>1</b>
	<b>José Fernando Villatel</b>	<b>1</b>		<b>1</b>
	<b>Mario Calan</b>	<b>1</b>		<b>1</b>
	<b>Norma Comunicaciones s.a</b>	<b>1</b>		<b>1</b>
	<b>Silvia Bermúdez Gómez</b>	<b>1</b>		<b>1</b>
	<b>William Gil Cubides</b>	<b>1</b>		<b>1</b>
<b>Total Procuraduría 17</b>		<b>10</b>		<b>10</b>
<b>TOTAL</b>		<b>20</b>	<b>4</b>	<b>24</b>

Gráfica 1.

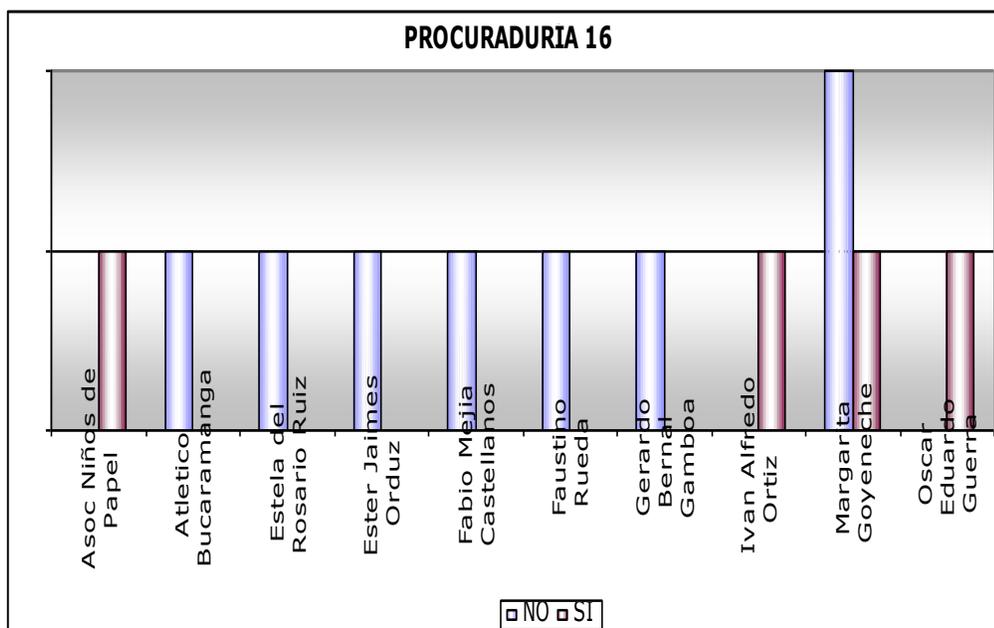
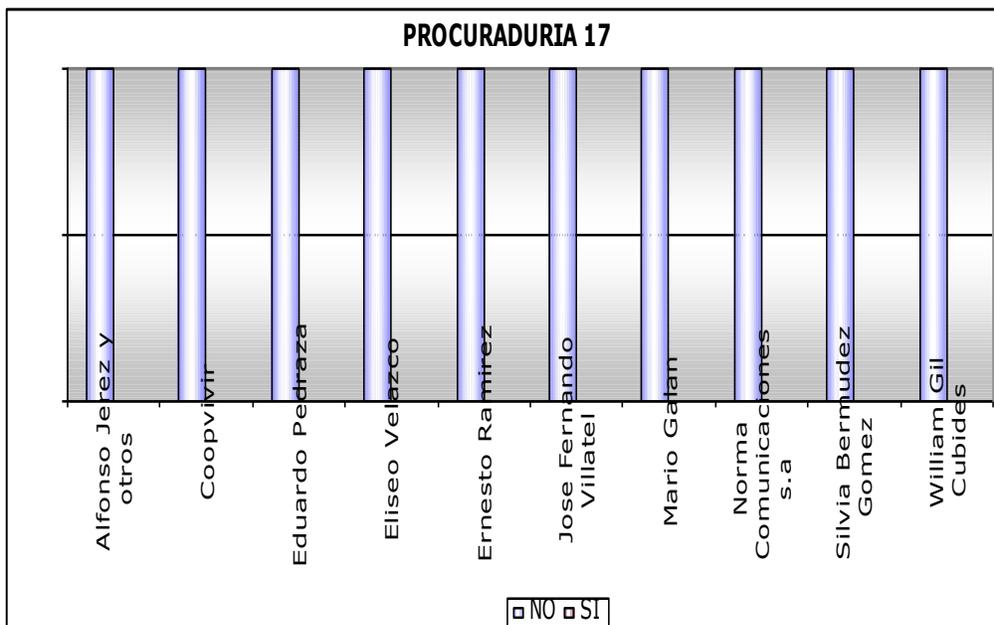


Gráfico 2.



#### 4.1 ACTA DE CONCILIACIÓN EXTRAJUDICIAL N° 143-03

**Lugar y fecha:** Bucaramanga, treinta de Septiembre de dos mil tres (2003)

**PARTES:** UNIVERSIDAD ABIERTA A DISTANCIA –UNAD- (PETICIONARIO) Y EL MUNICIPIO DE BUCARAMANGA -SECRETARIA DE EDUCACIÓN MUNICIPAL-

**APODERADOS:** Dr. OBERT ALEJANDRO ORTIZ RODRÍGUEZ Y LA Dra. KARINA TATAIANA REYES ANAYA.

**ASUNTO:** Finiquitar el pago de lo adeudado del contrato mencionado en la solicitud de conciliación producto de la suscripción del acta parcial del cuarto pago el cual no fue cancelado oportunamente a al universidad como esta plenamente enunciado en la narración de los hechos y pretensiones debidamente comunicado en su oportunidad al Municipio de Bucaramanga –Secretaria de Educación-. La



universidad le reitera su voluntad de dar solución a este inconveniente bien sea a través de este trámite o cualquier otro trámite y continuar con la buena cooperación que hemos tenido las dos instituciones. “contestación por parte del Municipio de Bucaramanga –Secretaría de Educación-; como apoderada de la Secretaría de Educación Municipal de Bucaramanga, me permito manifestar que la entidad que represento no tiene ánimo conciliatorio frente a la presente conciliación, toda vez que en comité se determinó que no es el medio expedito respecto de las pretensiones de la solicitud, dejamos así sentada nuestra posición. **Decisión:** El Despacho ante lo manifestado por la apoderada de la Secretaría de Educación Municipal, de no existir ánimo conciliatorio declara cerrada la etapa extrajudicial.

**Análisis:** El Municipio de Bucaramanga a través de su comité, decide no conciliar con la Universidad Abierta y a Distancia –UNAD-, con respecto al problema jurídico planteado, observamos que El Municipio De Bucaramanga por intermedio de su comité, decide no utilizar el mecanismo alternativo de la Conciliación, por no ser este el medio más expedito con respecto a las pretensiones del solicitante. Por lo tanto en este caso no se utilizan los Mecanismos Alternos Para Solución De Conflictos De Carácter Contractual contenidos en la Ley 80 de 1993.

#### **4.2 ACTA DE CONCILIACIÓN EXTRAJUDICIAL N°159-02**

**Lugar y fecha:** Bucaramanga, Siete de Marzo del Año Dos mil tres (2003)

**PARTES:** RENE RINCÓN RODRÍGUEZ, DEPARTAMENTO DE SANTANDER y EL MUNICIPIO DE BUCARAMANGA.

**APODERADOS:** Dra. ELSA BRIGGITI VERA VILLARREAL, Dr. IVAN ALFREDO ORTIZ ROIDRIGUEZ y LUIS FRANCISCO CASAS FARFAN.



**ASUNTO:** El objeto de la presente diligencia, consiste en que las entidades territoriales, como son el Departamento de Santander y el Municipio de Bucaramanga, tomaron en cuenta las diferencias que existen entre el cargo y las funciones desempeñadas por mi poderdante y las consecuencias económicas que significa, cuando fue nombrado para el cargo de auxiliar de servicios generales pero que en la realidad desde del año 1999 se desempeña en las funciones de celaduría por necesidad del servicio, situación que repercute en su desmejoramiento económico, porque el cargo de celador tiene una asignación salarial inferior al de auxiliar de servicios Generales. La situación antes manifestada debería ser corregida por los Arts. 36, 37, y 38 de la Ley 715 de 2001 que establece que la administración Nacional, Departamental y Municipal en forma conjunta deberán organizar las plantas de los cargos de los administrativos en las instituciones de Educación. El Departamento de Santander manifiesta a través de su apoderado que es improcedente acceder a la conciliación ya que en anterior oportunidad, específicamente en el acta N° 28 del 5 de Agosto de 2002 asumió el seguimiento de la directriz, en relación con las acciones de tutela instauradas en su contra por el concepto de nivelación salarial. El Municipio de Bucaramanga a través de su apoderado manifiesta que esta en el procedimiento de recepción del sector Educación y observa que los hechos que sustentan la pretensión de solicitante tienen que ver una relación jurídica que no involucra el Municipio de Bucaramanga, si no al Departamento de Santander, siendo en consecuencia evidente que ante la no existencia de propuesta por el ente seccional, el municipio tampoco hace ningún tipo de propuesta económica.

**Decisión:** El despacho en virtud de la manifestación de no conciliar por parte de entidades citadas, el despacho declara cerrada la Etapa Extrajudicial.

**Análisis:** En el presente caso, se manifiesta por parte de las dos entidades territoriales Departamento y Municipio de Santander, la falta del animo conciliatorio, tratándose de un caso particularmente sencillo, como lo es el



presente caso en el que el peticionario exige el cargo para el cual fue contratado ya que el que desempeña no lo es, afectando así su asignación salarial ya que el cargo desempeñado tiene asignado un salario inferior al que debería estar devengando si desempeñara el cargo inicial para el cual fue contratado.

Con base en lo anterior observamos que con respecto al problema jurídico planteado, no es viable en presente caso para las entidades territoriales como lo son el Departamento de Santander y el Municipio de Bucaramanga, utilizar los Mecanismos Alternativos Para la Solución de Conflictos de Carácter Contractual contenidos en la ley 80 de 1993; en desarrollo de la ejecución y control de la actividad contractual.

#### **4.3 ACTA DE AUDIENCIA DE CONCILIACIÓN EXTRAJUDICIAL N° 122-04**

**Lugar y fecha:** Bucaramanga, Quince del mes de Diciembre de Dos Mil Cuatro (2004).

**PARTES:** CAMARA DE COMERCIO DE BUCARAMANGA y EL MUNICIPIO DE BUCARAMANGA

**APODERADOS:** CARLOS ALFREDO URIBE CARVAJAL Y CARLOS MAURICIO SERRANO GUTIERREZ

**ASUNTO:** Teniendo en cuenta que se cito para el día de hoy en vista de llegar a un acuerdo conciliatorio con la Alcaldía Municipal de Bucaramanga y en espera de que el representante judicial de la Alcaldía haga alguna propuesta respecto al pago de las pretensiones, la parte se espera a oír la posición de la Alcaldía. El representante judicial de la Alcaldía manifiesta que se ratifica en lo ya expresado en el evento anterior, en el sentido de que el comité de conciliación decidió no conciliar esta petición y por lo tanto me ciño estrictamente a lo establecido en dicha del comité que ya fue aquí adjuntada. La parte peticionaria manifiesta que



en vista a lo ya expresado el representante del Municipio de Bucaramanga, es obvio que no existe ánimo conciliatorio, por lo tanto se considera que fue fallida esta diligencia y se procederá con el correspondiente cobro ejecutivo.

**Decisión:** El Despacho manifiesta que no existiendo ánimo conciliatorio por parte Municipio de Bucaramanga declara cerrada la etapa extrajudicial.

**ANÁLISIS:** En este caso se presentan las mismas características de los casos anteriores con respecto al problema jurídico planteado en esta monografía, tal parece que la política o el principio general del comité de conciliación del Municipio de Bucaramanga, es no llegar a ningún acuerdo conciliatorio, ni utilizar los mecanismos Alternos para la Solución de Conflictos de carácter Contractual en la ley 80 de 1993. Es más viable para el Municipio el ser demandados y llegar a un proceso judicial, que demandaría mucho mas tiempo y colaboraría a un mas con la congestión judicial presentada en los Tribunales Administrativos.



## 5. CONCLUSIONES

La contratación estatal, es sin lugar a dudas uno de los fines esenciales del estado al momento de operar y actuar como tal.

Los Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos contenidos en la ley 80 de 1993, son reconocidos minimamente por parte de los funcionarios del estado, por quienes tienen una controversia contractual en este caso los particulares al contratar con estado y no acuden a solucionar sus diferencia de una forma ágil, rápida y segura por medio de los mecanismos alternativos de solución de conflictos

Contractuales.

Dentro de los diferentes MASC establecidos en la ley 80 de 1993, el más utilizado por parte del Municipio de Bucaramanga es la conciliación Prejudicial; como se expreso anteriormente, se ve su aplicación en una forma paupérrima, ya que de quince mil (15.000) solicitudes de conciliación en el departamento de Santander, solamente llegan acuerdo un promedio de 10 conciliaciones, teniendo en cuenta que esta cifra viene siendo el 0.001 %; lo anterior realmente es una cifra alarmante, ya que los MASC contemplados en la ley, estipulados por el legislador para que los conflictos de origen contractual tengan una solución mas ágil, fácil y segura, están siendo totalmente desconocidos por el funcionario publico y por lo particulares que contratan con el estado.

No obstante, la precitada ley consagra diversos MASC, tales como la conciliación la amigable compocisión, la transacción y el Arbitramento; En Bucaramanga, a modo de ejemplo, el Municipio para solucionar sus conflictos no acudió para el año inmediatamente anterior, ni a la transacción, amigable composición, ni al



arbitramento.

A modo de Regla General, podemos decir que existe un desconocimiento claro por parte de los funcionarios públicos de los Mecanismos Alternativos de solución de conflictos contractuales contenidos en la ley 80 de 1993, también observamos que existe cierta temeridad del funcionario público al aplicar los MASC, ya que pueden llegar a ser sancionados disciplinariamente por aprobar acuerdos que no se encuentran acorde con el ordenamiento jurídico, o contravienen disposiciones legales, por esta razón prefieren no aplicarlos y evitarse problemas como pueden llegar a decir ciertos funcionarios.

Es importante resaltar que existe la necesidad de una brigada socio-jurídica por parte del estado, para que concientice, capacite e incentive la aplicación de los Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos contenidos en la ley 80 de 1993, por parte de los funcionarios públicos. Con base en estas brigadas se podría llegar a una descongestión judicial óptima y a un ahorro de miles de millones de pesos para el estado.

**“Es mejor un buen arreglo que un mal pleito”**



## BIBLIOGRAFÍA

**BUSTAMANTE Ledesma, Álvaro.** La responsabilidad Extracontractual del Estado, Editorial Leyer, 1ª Edición.

**CARDENAS Borrero, Tiberio. PÉREZ Colmenares, Ramiro. MORALES Restrepo, Didier.** Código Contencioso Administrativo Comentado. Octava Edición, 2000.

**ESTATUTO DE LA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA.** Editorial Estudios Fiscales, Madrid, 1977.

**MONEDERO; Ignacio:** “Doctrina del Contrato del Estado” Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1977.

**PENAGOS, Gustavo.** Código Contencioso Administrativo. Sexta edición. Ediciones Doctrina y ley. Bogotá, Colombia. 2001.

**PÉREZ SINIBATÉ, Luis Humberto.** Elementos de la responsabilidad extracontractual del Estado. Editorial Leyer. 2000.

**PUIG BRUTAU, José.** “Fundamentos de Derecho Civil”, Tomo II, Volumen II, Barcelona, Bosch, 1980.

**RICO PUERTA, Luis Alonso.** Teoría General y Práctica de la Contratación Estatal. Grupo Editorial. Grupo Editorial Leyer. 2000.



## **LEGISLACIÓN**

- Constitución política Nacional de 1991
- Código Civil
- Código de Procedimiento Civil
- Código de Comercio
- Código Contencioso Administrativo
- Ley 23 de 1991
- Ley 80 de 1.993
- Ley 222 de 1995
- Ley 270 de 1.996
- Ley 44 de 1.998
- Ley 640 de 2.001
- Decreto 2279 de 1989
- Decreto 2651 de 1.991
- Decreto 1818 de 1.998
- Decreto 2511 de 1.998
- Decreto 1214 de 2.000
- Decreto 2170 de 2.002

## **JURISPRUDENCIA**

- Corte Constitucional
- Consejo de Estado – Sala Plena – Sección Tercera

## **MEDIOS ELECTRÓNICOS**

[www.roma2002tripod.com/trabajos.monografía/transacción](http://www.roma2002tripod.com/trabajos.monografía/transacción)

[www.minjusticia.gov.co/jurisprudencia/concejodeEstado](http://www.minjusticia.gov.co/jurisprudencia/concejodeEstado)

[www.enclopediaMicrosoft2001.Encarta."arbitraje"](http://www.enclopediaMicrosoft2001.Encarta.) Pág., 1.