

Controversias actuales en contratación pública

Joaquín Vélez Navarro
Santiago Fajardo Peña
(edición académica)

Para citar este libro:

<https://doi.org/10.51573/Andes.9789587989571.9789587989595>

CONTROVERSIAS ACTUALES
EN CONTRATACIÓN PÚBLICA

COLECCIÓN ESTUDIOS ACADÉMICOS

La colección Estudios Académicos, creada en el año 2010, se especializa en publicar textos que buscan la renovación de la literatura jurídica colombiana a partir de la profundización en temas y debates de actualidad en la educación jurídica. A través de sus publicaciones, la colección promueve e incentiva desde una perspectiva interdisciplinar el interés de explorar nuevos campos en la investigación jurídica por parte de académicos y profesionales del derecho.

Dos objetivos caracterizan esta colección. En primer lugar, ofrece una alternativa de actualización mediante la renovación de preguntas teóricas y metodológicas sobre debates y transformaciones contemporáneos en el derecho. En este sentido, la colección constituye un referente de actualización para la pedagogía con enfoque investigativo porque acerca el ejercicio de la profesión y la academia a los cambios en el derecho a partir de marcos que no solo explican sus aspectos centrales, sino que promueven la incidencia en los mismos. En segundo lugar, busca propiciar diálogos y tender puentes entre las subdisciplinas del derecho para explicar problemas y tensiones cuya complejidad exige aproximaciones críticas e innovadoras.

COMITÉ EDITORIAL

Diana Durán Smela, Carolina Moreno Velásquez, Ana María Muñoz Segura, Andrea Celemín, Gustavo Quintero Navas, Miguel Malagón Pinzón, Henrik López Sterup (director de la colección).

CONTROVERSIAS ACTUALES
EN CONTRATACIÓN PÚBLICA

Joaquín Vélez Navarro
Santiago Fajardo Peña
(edición académica)



Universidad de
los Andes
Colombia

Facultad
de Derecho

Nombres: Vélez Navarro, Joaquín, edición académica, autor. | Fajardo Peña, Santiago, edición académica, autor.

Título: Controversias actuales en contratación pública / Joaquín Vélez Navarro, Santiago Fajardo Peña (edición académica)

Descripción: Bogotá : Universidad de los Andes, Facultad de Derecho, Ediciones Uniandes, 2026. | xv, 448 páginas ; 17 x 24 cm. | Estudios académicos

Identificadores: ISBN 978-958-798-957-1 (rústica) | 978-958-798-958-8 (e-book) | 978-958-798-959-5 (e-pub)

Materias: Contratos públicos – Legislación – Colombia

Clasificación: CDD 346.023–dc23

SBUA

Primera edición: marzo del 2026

- © Joaquín Vélez Navarro y Santiago Fajardo Peña, edición académica
© Pamela Alarcón Arias, María Lucía Amador Mesa, Antonio Alejandro Barreto Moreno, Juan Israel Casallas Romero, Miguel Ignacio Castro Muñoz, Yenny Andrea Celemín Caicedo, Catalina Echeverri Gallego, Camilo Forero Barrera, David Andrés Gómez Fajardo, Paula Méndez González, Mateo Mendoza Álvarez, Víctor Manuel Negret Velasco, Carlos Enrique Perdomo Guerrero, María Camila Pineda Pérez, Juan Carlos Quiñones Guzmán, Ana María Ruiz Rivadeneira, Ramiro Saavedra Becerra, Carlos Francisco Saavedra Roa, José Roberto Sáchica Méndez, Paola Silva Bermúdez, Santiago Vernaza Civetta
© Universidad de los Andes, Facultad de Derecho

Ediciones Uniandes

Carrera 1.ª n.º 18A-12, bloque Tm

Bogotá, D. C., Colombia

Teléfono: 601 339 4949, ext. 2133

<http://ediciones.uniandes.edu.co>

ediciones@uniandes.edu.co

ISBN: 978-958-798-957-1

ISBN e-book: 978-958-798-958-8

ISBN epub: 978-958-798-959-5

DOI: <https://doi.org/10.51573/Andes.9789587989571.9789587989595>

Corrección de estilo: Martha Méndez

Diagramación: Samanta Sabogal

Impresión:

Xpress Estudio Gráfico y Digital S. A. S.

Carrera 69H n.º 77-40

Bogotá, D. C., Colombia

Teléfono: 601 794 2107

Impreso en Colombia – *Printed in Colombia*

Este libro cuenta con el aval de la Facultad de Derecho y fue sometido a evaluación de pares académicos.

Universidad de los Andes | Vigilada Mineducación. Reconocimiento como universidad: Decreto 1297 del 30 de mayo de 1964. Reconocimiento de personería jurídica: Resolución 28 del 23 de febrero de 1949, Minjusticia. Acreditación institucional de alta calidad, 10 años: Resolución 000194 del 16 de enero del 2025, Mineducación.

Todos los derechos reservados. Esta publicación no puede ser reproducida ni en su todo ni en sus partes, ni registrada en o transmitida por un sistema de recuperación de información, en ninguna forma ni por ningún medio, sea mecánico, fotoquímico, electrónico, magnético, electro-óptico, por fotocopia o cualquier otro, sin el permiso previo por escrito de la editorial.

CONTENIDO

PRÓLOGO	XI
TRES DÉCADAS DE CONTROVERSIAS EN CONTRATACIÓN ESTATAL: NUEVAS DIMENSIONES DE DEBATES TRADICIONALES, DISCUSIONES EMERGENTES Y DESAFÍOS FUTUROS Joaquín Vélez Navarro y Santiago Fajardo Peña	1
CAPÍTULO 1. LOS ACTOS PRECONTRACTUALES DE LAS ENTIDADES ESTATALES NO SOMETIDAS AL RÉGIMEN GENERAL DE LA CONTRATACIÓN ESTATAL: ALEACIONES Y AMALGAMAS EN LA ARMONIZACIÓN DEL DERECHO PRIVADO Y DEL DERECHO PÚBLICO Antonio Alejandro Barreto Moreno y Yenny Andrea Celemín Caicedo	15
CAPÍTULO 2. RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS ACTOS EXPEDIDOS POR ENTIDADES PÚBLICAS CON RÉGIMEN ESPECIAL DE CONTRATACIÓN Ramiro Saavedra Becerra y Carlos Francisco Saavedra Roa	43
CAPÍTULO 3. TENSIONES ENTRE LAS REGLAS SOBRE LA ASIGNACIÓN Y LA COMPENSACIÓN DE LOS RIESGOS IMPREVISIBLES EN LA CONTRATACIÓN ESTATAL COLOMBIANA Santiago Vernaza Civetta	61
CAPÍTULO 4. LA FUERZA MAYOR Y LA TERMINACIÓN ANTICIPADA DE LOS CONTRATOS DE CONCESIÓN DE INFRAESTRUCTURA DE TRANSPORTE Camilo Forero Barrera	87
CAPÍTULO 5. EL FALSO LÍMITE CONSTITUCIONAL AL ARBITRAJE EN CONTRATACIÓN ESTATAL: LA NECESIDAD DE UN DEBATE PÚBLICO QUE ACLARE SU ALCANCE EN COLOMBIA Carlos Enrique Perdomo Guerrero y Ana María Ruiz Rivadeneira	127

<p>CAPÍTULO 6. LOS <i>DISPUTE BOARDS</i> EN LA PRÁCTICA INTERNACIONAL Y SU RELACIÓN CON EL AMIGABLE COMPONEDOR Y EL ARBITRAJE EN COLOMBIA Juan Carlos Quiñones Guzmán y María Camila Pineda Pérez</p>	165
<p>CAPÍTULO 7. PROTECCIÓN JURÍDICA A FINANCIADORES COMO TERCEROS DE BUENA FE EN LA EJECUCIÓN DE LOS CONTRATOS DE CONCESIÓN Y DE ASOCIACIÓN PÚBLICO-PRIVADA EN COLOMBIA Mateo Mendoza Álvarez y María Lucía Amador Mesa</p>	193
<p>CAPÍTULO 8. LAS DIFERENCIAS ENTRE LAS CLÁUSULAS <i>PAY-WHEN-PAID</i> Y EL PRINCIPIO DE TRANSPARENCIA EN EL DERECHO COLOMBIANO Miguel Ignacio Castro Muñoz y Víctor Manuel Negret Velasco</p>	223
<p>CAPÍTULO 9. CONTRATOS ESTATALES Y COMERCIALES CONEXOS: EL CASO DE LAS ASOCIACIONES PÚBLICO-PRIVADAS Y LOS SUBCONTRATOS DE CONSTRUCCIÓN <i>BACK TO BACK</i> Santiago Fajardo Peña</p>	249
<p>CAPÍTULO 10. RETOS SOCIOAMBIENTALES EN PROYECTOS ESTRATÉGICOS ESTATALES: CONSULTAS PREVIAS Y SUSPENSIÓN DE LA LICENCIA AMBIENTAL EN LA AMPLIACIÓN DE LA AUTOPISTA NORTE Juan Israel Casallas Romero</p>	285
<p>CAPÍTULO 11. EFECTOS COLATERALES DE LA LUCHA ANTICORRUPCIÓN POR MEDIO DE LA CONTRATACIÓN ESTATAL Joaquín Vélez Navarro</p>	305
<p>CAPÍTULO 12. LA RESPONSABILIDAD FISCAL Y DISCIPLINARIA DE LOS CONTRATISTAS DEL ESTADO David Andrés Gómez Fajardo</p>	329
<p>CAPÍTULO 13. EL <i>SOFT LAW</i> ADMINISTRATIVO EN LA COMPRA PÚBLICA: LA RESPONSABILIDAD DE LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS POR LA INOBSERVANCIA DE LOS INSTRUMENTOS NO VINCULANTES EMITIDOS POR COLOMBIA COMPRA EFICIENTE Antonio Alejandro Barreto Moreno</p>	351

CAPÍTULO 14. EL DELITO DE VIOLACIÓN AL RÉGIMEN DE INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES EN LA CONTRATACIÓN ESTATAL: REFLEXIONES SOBRE SU AMPLIACIÓN POR VÍA JURISPRUDENCIAL Pamela Alarcón Arias y Paola Silva Bermúdez	373
CAPÍTULO 15. EL CONTRATO ESTATAL Y EL ARBITRAJE DE INVERSIÓN Catalina Echeverri Gallego	395
CAPÍTULO 16. TRANSFORMACIÓN DIGITAL EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA: INTELIGENCIA ARTIFICIAL Y EL FUTURO DE LAS COMPRAS GUBERNAMENTALES Paula Méndez González	417
SOBRE LOS AUTORES	441

PRÓLOGO

Los métodos del conocimiento se han entendido como las maneras de adquirir información y comprender el universo y las formas en que gravitan sus elementos. Dentro del catálogo de tales técnicas se ha hablado del método científico, el empirismo, el racionalismo y la autoridad, entre otros más. Podría decirse, con igual sencillez y generalidad, que en ellos ha reposado el estudio del derecho y, con mayor o menor intensidad, su desarrollo y análisis se han impregnado de los destellos de aquellas teorías, en distintos momentos de la historia.

En algunas épocas se ha privilegiado el método científico, en el que prima la inclinación a seguir el camino de la investigación como base para adquirir el conocimiento, comprobar su certeza, refutar ideas y llegar a conclusiones que se estiman las más acertadas. En otros estadios se privilegia la observación, cuyo prisma enfocado en la colección de evidencias fácticas y experimentales conduce a la formulación de reglas y teorías, sin descartar el uso de la lógica o el razonamiento.

Estos métodos, sin duda, han marcado el estudio del derecho. En épocas recientes, las facultades se interesaban en la enseñanza de las fuentes, las bases, los fundamentos y los principios del derecho, diálogo que se sumergía en las divisiones tradicionales entre lo público y lo privado, lo que marcaba los linderos de un universo dual. Con esta plataforma, para formadores y aprendices, nada que no estuviera relacionado con ambos extremos importaba, por lo que la necesidad de complementar el conocimiento se apalancaba en lo que especialistas en otras ciencias pudieran aportar. En tal escenario, el trabajo colectivo que requería diversidad de disciplinas e instrucción se dejaba a los expertos en tales ciencias.

Hoy, el estudio del derecho es diferente; ya no solo interesan los principios y sus bases, o las teorías generales de cada rama, y se deja la especialidad a los especialistas y al estudio de caso. Los egresados de las facultades ya no se especializan, pues se gradúan con énfasis en un área, y al asumir los retos profesionales en un mercado atiborrado de facultades, antes que experimentar y sucumbir a las pasiones de las primeras prácticas profesionales, inician estudios por especialidades en etapas tempranas, sin que ello sea fruto de una real experiencia en el ejercicio del derecho. Así, se demandan especializaciones, maestrías y doctorados, y las universidades y los centros de estudio corresponden ávidamente a esos intereses.

Siguiendo esta dinámica, el estudio de una especialidad de forma casi simultánea a la terminación de la carrera genera, a su vez, una interrelación pronta y directa con otras dinámicas del Estado, lo que desemboca en que la producción académica tome nuevos perfiles de forma temprana. Ya no es cuestión de producir tratados en una materia, sino estudios especializados. Con las críticas que ello podría comportar, los beneficios son mayores, pues el estudio especializado del derecho ya no se recoge en los escritos interdisciplinarios que se llevan a un proceso judicial o a un arbitramento. Poder leer, comprender y sorprenderse de la complejidad y variedad de temas que deben enfrentar los abogados ya no es asunto reservado a quienes participan en las contiendas propias del litigio o estructuran un negocio complejo.

La amable invitación que me han cursado los profesores Joaquín Vélez Navarro y Santiago Fajardo Peña para prologar estos estudios sobre *Controversias actuales en contratación pública* concita en mí estas reflexiones iniciales. Al leer todos y cada uno de los ensayos que se recopilan en esta obra, el denominador común no solo es la clara pluma con la que fueron escritos, sino, precisamente, su especialidad, lo que demuestra que aquello que en otro tiempo simplemente se conocía como la contratación estatal es un asunto más complejo, que responde a las realidades y exigencias de un sistema normativo y de desarrollo estructural incrustado en las tareas del Estado, cuyo papel no se reduce a las labores que tradicionalmente le fueron asignadas, en las que el derecho y la jurisprudencia podían responder con soluciones normativas de principio, esto es, soportadas en reglas generales, de fácil y común entendimiento, sino que apremian sus disquisiciones ante la variedad de contextos en los que la contratación pública tiene protagonismo.

Este punto lleva a redescubrir la contratación estatal y su régimen, pues no podrá decirse que se limita a un compendio de reglas que gobiernan la tarea de los administradores públicos e impone a sus colaboradores conocerlas. El papel de la Administración en el marco de un Estado social de derecho es tan amplio como la libertad económica que propone la Constitución Política. En esta se acentúa el papel del Estado en la consecución de sus fines, y se permite su intervención en procura de ellos, a la vez que se acentúan los principios de iniciativa privada, libertad de empresa y libre competencia, lo que presenta de contera un cruce de intereses en los que el Estado no solo demanda bienes y servicios, y en la que los particulares superan la connotación de colaboradores.

La complejidad de las relaciones que nacen de este nuevo modelo exige estatutos normativos especializados, en los que, por ejemplo, nace y se proyecta la noción de la compra pública y las asociaciones público-privadas; en los que la presencia del derecho común y sus principios son tan necesarios como en otro tiempo lo eran los principios de la función administrativa.

Comparto la concepción que los profesores Vélez Navarro y Fajardo Peña tienen sobre el trabajo colectivo que vengo a presentar acerca de las nuevas dimensiones que confrontan el papel y quehacer de los operadores judiciales. La autonomía de la voluntad y el principio de legalidad se reescriben pues están destinados a vivir juntos, como elementos realizadores de los fines del Estado. Es aquí donde reside la apuesta de los operadores judiciales y las altas cortes para entender esa nueva dinámica e impulsar decisiones soportadas en fórmulas claras y seguras.

Con sobrada razón se argumenta que la mayor dificultad que se tiene hoy en día es configurar de manera adecuada el régimen jurídico del contrato estatal, pues este ya no se define únicamente a partir de la decisión del legislador. Me refiero en concreto al papel y la responsabilidad que las decisiones de las altas cortes y los tribunales de arbitramento tienen en la construcción de ese concepto, enfrentados a la necesidad de ofrecer soluciones y respuestas oportunas que lean las realidades de los contornos de la función pública y de negocio que afronta el Estado.

En la actualidad, podría afirmarse la falta de sincronía entre las realidades a las que se enfrenta el Estado en sus relaciones como agente de mercado, socio, copartícipe, contratante y proveedor de bienes y servicios, y las decisiones judiciales pues, sin duda, estas llegan cuando el entorno normativo en materia de contratación estatal ha cambiado, o es totalmente diferente.

Aquellos con quienes he tenido oportunidad de compartir mi experiencia como juez, luego de varios lustros en el ejercicio de la actividad profesional independiente, saben a lo que me refiero. A la pregunta en torno a las reflexiones sobre mi experiencia como juez, lo primero que he atinado a indicar es que la apuesta que se impone a las cortes y tribunales es dejar de ser los jueces del pasado, y dar el paso al presente, con la mira puesta en que las soluciones del conflicto sean actuales, a la par que construyan las bases de una nueva realidad, de la que es parte la visión contemporánea de la contratación estatal.

Reiteradamente me he preguntado dónde están las determinaciones judiciales que se refieren a los complejos esquemas contractuales de asociaciones público-privadas, a varios años de su incorporación en el sistema normativo colombiano. O por qué, casi treinta años después de que fue adoptada la Ley 142 de 1994, la jurisprudencia del Consejo de Estado hasta ahora se atreve a ofrecer un entendimiento novedoso, actual, del régimen especial de contratación de las empresas de servicios públicos domiciliarios. Algunos pensarán que ha sido a causa del necesario paso del tiempo, lo que ha permitido aquilatar los conceptos; otros consideramos que, sin soslayar las bondades que el tiempo y la experiencia ofrecen, el largo periodo transcurrido entre el momento en que surge el conflicto y cuando

el juez entra a decidirlo ha demorado la llegada de soluciones que debieron estar presentes muchos años atrás, pues en el derecho no se requieren determinaciones añejas, sino actuales, pues ello también es parte de una decisión justa.

Este desfase ha sido el detonante de que la legislación en materia de contratación estatal no lea de manera adecuada las causas y modificaciones que se imponen en la materia. Cambios que se reclaman porque el derecho administrativo se acerca y se confunde con las bases del derecho privado y, a su vez, sus nociones, conceptos y fundamentos se “*iuspublicitan*”.

La tarea legislativa y regulatoria en materia de contratación estatal en este escenario se ha entendido como la formulación constante de la mejor regla en la lucha contra la corrupción. De aquí que los intentos por compendiar un régimen único, especial y moderno en materia de contratación estatal sean nulos o inexistentes, o en el mejor de los casos se distraigan en la construcción de una normativa para compras públicas, que no son lo mismo, a pesar de la marcada tendencia a considerar lo contrario.

Así, el panorama para la formulación de nuevas bases y la lectura de los fenómenos negociales a los que se enfrenta el Estado son aún precarios, de manera que el trabajo de investigadores, practicantes y exmagistrados en la formulación de estudios, diagnósticos y análisis como los que compendia esta obra son de especial importancia.

Como indico en el capítulo introductorio, varios de los ensayos muestran esas dimensiones novedosas de los debates tradicionales en la contratación estatal, y responden con generosidad y amplitud a esos dos extremos que la acompañan: el de la autonomía de la voluntad y el de la legalidad.

Los lectores de esta obra podrán encontrar análisis críticos de las determinaciones del Consejo de Estado en puntos atinentes a los regímenes especiales, la arbitrabilidad en los conflictos que atañen al contrato estatal, el equilibrio económico, una propuesta para el estudio y la conceptualización de los riesgos imprevisibles, los mecanismos de remediación en contratos de concesión de infraestructura de transporte, y la proposición de la ampliación de los mecanismos alternativos de solución de conflictos a los *dispute boards*.

A la par de lo anterior, otros autores proponen abordar el análisis de asuntos en los que la contratación estatal se presenta como insumo o como escenario para la solución de variados aspectos de la Administración pública, o el actuar de los órganos de control disciplinario, fiscal y penal. Así se incursiona en forma moderna en temáticas asociadas a la eventual responsabilidad de las personas jurídicas, se ofrecen apuntes valiosos sobre el régimen de inhabilidades e incompatibilidades como punto de quiebre en la lucha contra la corrupción, se ahonda en

las nociones de gestor fiscal y la condición disciplinaria de los particulares cuando contratan con el Estado, sometidos todos ellos y en conjunción con los funcionarios públicos, se alude a los instrumentos del denominado *soft law*, cuyo concepto ha ingresado de manera vertiginosa y apresurada ante la pasividad del Congreso y los titulares de la potestad reglamentaria.

Ya en el campo de lo que los profesores Joaquín Vélez Navarro y Santiago Fajardo Peña denominan *desarrollos presentes y debates futuros*, esta obra no solo hace un planteamiento del papel de la inteligencia artificial y su eventual utilidad e influencia en la compra pública y la estructuración de procesos en materia de contratación estatal, sino también de aspectos vinculados a la interacción de los conflictos que son resueltos bajo el mecanismo del arbitraje de inversión, en los que el contrato estatal es un insumo para la solución del conflicto, pero se presenta alejado de las promesas y los acuerdos contenidos en los tratados de inversión y protección.

Debo reconocer que este acelerado resumen de los contenidos de la obra no le hace justicia al juicioso trabajo que sus autores les han dedicado. Sin embargo, deliberadamente y a mi acomodo, me ha permitido exponer la idea central que me motiva su presentación, y es la de reiterar que por medio de su lectura se harán evidentes las acaudaladas transformaciones a las que se enfrenta la contratación estatal, y como protagonista de esta, el contrato estatal, que reclama la pronta construcción de un nuevo concepto, cuyo régimen y naturaleza ya no dependen de una simple ecuación construida a partir del artículo 13 de la Ley 80 de 1993, y que responda, por demás, a las necesarias contribuciones que la jurisprudencia de las altas cortes, en especial del Consejo de Estado, está ofreciendo sobre esta materia.

José Roberto Sáchica Méndez
Consejero de Estado

TRES DÉCADAS DE CONTROVERSIAS EN CONTRATACIÓN ESTATAL: NUEVAS DIMENSIONES DE DEBATES TRADICIONALES, DISCUSIONES EMERGENTES Y DESAFÍOS FUTUROS*

Joaquín Vélez Navarro
Santiago Fajardo Peña

La Ley 80 de 1993 ya tiene una vigencia de más de tres décadas. Pasado este tiempo, pueden hacerse varios balances sobre su impacto. El primero es que algunos de los propósitos que motivaron su expedición no se han cumplido plenamente. Por ejemplo, la vocación universal de esta norma se ha visto debilitada por la proliferación de excepciones a su aplicación¹. De hecho, como lo han manifestado varios autores, la excepción parece ser la nueva regla². Otro balance es que algunas controversias que surgieron poco después de su promulgación no se han resuelto, sino que han adquirido nuevas dimensiones con el paso del tiempo.

Este libro explora algunas de estas controversias, revisitando sus orígenes y mostrando la trayectoria que han seguido hasta el presente. No obstante, el contenido no se limita a estos temas. También se examinan asuntos controversiales que, gracias a las reformas legislativas y a decisiones judiciales y arbitrales, han adquirido una relevancia que no tenían cuando se expidió la Ley 80 de 1993. Además, se estudian controversias que no se derivan directamente de cambios normativos o jurisprudenciales, sino de la manera en que se estructuran algunos de los proyectos públicos más significativos para el Estado colombiano. Asimismo, se analizan temas de gran actualidad que, en el futuro, probablemente

* Para citar la introducción: <https://doi.org/10.51573/Andes.9789587989571.9789587989595.0>

1 “La nueva ley pretende convertirse en el marco normativo de la actividad estatal en cuanto atañe a la contratación. Por ende, su estructura se caracteriza por definir y consagrar en forma sistematizada y ordenada las reglas y principios básicos que deben encaminar la realización y ejecución de todo contrato que celebre el Estado. No se trata, pues, de un ordenamiento de tendencia reguladora y casuística, lo cual entraba la actividad estatal como lo ha demostrado la experiencia. Solo recoge las normas fundamentales en materia contractual, cuyo adecuado acatamiento se erija en la única limitante de la autonomía de la voluntad, principio que debe guiar la contratación estatal.” (L. 80/1993, *Gaceta del Congreso* n.º 75, 23 de septiembre de 1992), Exposición de motivos.

2 Guillermo Sánchez Luque, “Constitucionalización de la contratación estatal: ¿remedio o enfermedad?”, en *Análisis de 25 años de aplicación de la Ley 80 de 1993*, compilado por Felipe de Vivero Arciniegas (Bogotá: Ediciones Uniandes, 2020), 272-281.

desatarán nuevas disputas. En resumen, el objetivo de este libro es ofrecer una visión panorámica de las controversias más importantes hoy en día en relación con la contratación estatal.

Para ofrecer esta visión panorámica, el libro se dividió conforme a la anterior clasificación. La primera parte aborda debates tradicionales que han adquirido nuevas dimensiones debido a recientes decisiones judiciales y arbitrales. La segunda, analiza asuntos controversiales que no se originan directamente en los principios y reglas jurídicas que regulan la contratación estatal, sino en la forma en que se estructuran y ejecutan algunos de los proyectos públicos más relevantes para el Estado colombiano. En la tercera parte, se exploran cuestiones que han cobrado importancia en tiempos recientes, impulsadas por reformas legislativas y el aumento de la inversión extranjera. Por último, se examinan temas emergentes cuyas implicaciones aún no están claras, pero que seguramente desatarán controversias y seguirán siendo de gran interés en el futuro cercano.

La orientación profesional de los autores se definió con el objetivo de ofrecer diversas perspectivas de análisis que enriquezcan los estudios presentados al lector. En la elaboración del libro participaron académicos que han centrado sus agendas investigativas en problemas y controversias relativos a la contratación estatal y al Sistema de Compra Pública. También contribuyeron abogados en ejercicio que trabajan en el sector privado y en instituciones multilaterales que financian proyectos ejecutados mediante contratos estatales, así como otros profesionales que representan a entidades públicas y a contratistas privados en distintas instancias de solución de controversias, tanto nacionales como internacionales. Además, se contó con la participación de servidores públicos, y antiguos y actuales funcionarios de la rama judicial, en la cual se han concebido muchas de las decisiones analizadas en estas páginas.

NUEVAS DIMENSIONES DE DEBATES TRADICIONALES

En la exposición de motivos de la Ley 80 de 1993 se pone en evidencia el intento de conciliar dos principios jurídicos: el de la autonomía de la voluntad, que permite diseñar procesos y contratos para satisfacer de manera eficiente los intereses de las partes involucradas en la operación económica; y el principio de legalidad, que a menudo justifica limitaciones a esa autonomía y ocasiona asimetrías en las relaciones jurídicas, no como resultado de acuerdos libres y voluntarios, sino como consecuencia de la creación de prerrogativas aceptadas por la necesidad de satisfacer el interés general.

Isaiah Berlin introdujo el concepto de verdades contradictorias, una invitación al escepticismo ante la noción de que los ideales humanos —como la libertad y la igualdad— y las aspiraciones individuales y colectivas pueden siempre congeniar sin que la realización de los unos impida la plena satisfacción de las otras³. Esta reflexión puede aplicarse también al contrato estatal, que parece atrapado entre dos vectores difíciles de conciliar: la libertad contractual y la autonomía negocial, por un lado, y el poder de imperio y el principio de legalidad, por el otro. No existe una solución única y definitiva para equilibrar estas fuerzas en tensión.

La dificultad para configurar rígidamente el régimen jurídico del contrato estatal explica por qué el debate sobre la aplicación del derecho público y el privado sigue siendo un tema inconcluso. El problema radica en la dosis de derecho público⁴. Recientemente, el Consejo de Estado ha reavivado este debate en dos sentencias de unificación jurisprudencial, donde se examina hasta qué punto están presentes el poder público y la función administrativa en la actividad contractual de una entidad estatal que no está sujeta a la Ley 80 de 1993.

Esta controversia se examina en dos capítulos que estudian dichos precedentes. Primero, en “Los actos precontractuales de las entidades estatales no sometidas al régimen general de la contratación estatal: aleaciones y amalgamas en la armonización del derecho privado y del derecho público”, Antonio Alejandro Barreto Moreno y Yenny Andrea Celemín Caicedo presentan el estado del arte en relación con la naturaleza de los actos precontractuales de las entidades estatales exentas del régimen de contratación estatal y examinan críticamente la más reciente jurisprudencia sobre este asunto. Los autores concluyen que después de la sentencia de unificación del Consejo de Estado, en la que se determina que estos actos no son administrativos, aún hay varios asuntos que quedan por resolver. En ese sentido, plantean que más que dar certeza y claridad sobre la materia, la sentencia plantea distintos retos de interpretación debido a las múltiples aclaraciones y salvamentos de voto frente a esta.

Por su parte, en su capítulo “Régimen jurídico de los actos expedidos por entidades públicas con régimen especial de contratación”, Ramiro Saavedra Becerra y Carlos Francisco Saavedra Roa realizan un análisis crítico de la sentencia de unificación en la que se determinó que los actos jurídicos expedidos por entidades que tienen un régimen exceptuado no se consideran actos administrativos,

3 Mario Vargas Llosa, “Prólogo. Un filósofo discreto”, en *El erizo y la zorra: Tolstoi y su visión de la historia*, por Isaiah Berlin (Bogotá: Ariel, 2016), 14.

4 Alejandro Venegas Franco, “Libertad y legalidad en el derecho administrativo”, en *Contratos estatales, t. 1*, editado por María Teresa Palacio Jaramillo (Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez/Universidad del Rosario, 2022).

sino actos contractuales, por lo que se rigen por las normas del derecho civil y comercial. Para los autores, la regla que crea dicha sentencia tiene algunas dificultades prácticas. Sin embargo, en el texto presentan soluciones que se encuentran en el derecho privado para garantizar una correcta aplicación del precedente analizado.

La Ley 80 de 1993 también consagró el principio de preservación del equilibrio económico del contrato estatal. ¿Impuso este marco legal el imperativo de la justicia contractual por encima de la seguridad en las transacciones? En realidad, el legislador priorizó otro aspecto: la continuidad del servicio público, que no debe interrumpirse debido a las dificultades que puedan surgir durante la ejecución del contrato⁵.

La aplicación de este principio produjo, sin embargo, una jurisprudencia inconsistente sobre su alcance y la impresión de que esta figura favorecía comportamientos oportunistas en la ejecución contractual. Esta situación alcanzó tal punto que en un proyecto de reforma integral del estatuto general de contratación de la Administración, liderado por la agencia Colombia Compra Eficiente, se propuso su eliminación⁶.

La Ley 1150 del 2007, que introdujo la obligación de tipificar, estimar y asignar los riesgos previsibles en el proceso de contratación, limitó la observancia indiscriminada de esta figura. Sin embargo, las controversias teóricas sobre su aplicación aún persisten, posiblemente debido a las diferentes inspiraciones normativas: la Ley 80 de 1993, con raíces en las tradiciones jurídicas española y francesa, y la Ley 1150 del 2007, que adopta enfoques provenientes del derecho anglosajón en cuanto a la distribución de riesgos contractuales⁷.

Dos capítulos del libro abordan esta tensión y los nuevos debates en torno al principio del mantenimiento del equilibrio económico del contrato. En “Tensiones entre las reglas sobre la asignación y la compensación de los riesgos imprevisibles en la contratación estatal colombiana”, Santiago Vernaza Civetta analiza

5 Libardo Rodríguez Rodríguez, *El equilibrio económico en los contratos públicos* (Bogotá: Temis, 2021), 30-34.

6 “Gorbaneff y Cabarcas analizaron la litigiosidad del Sistema de Compra Pública para el Departamento Nacional de Planeación, las causas de las condenas en contra de las entidades estatales, y la posible relación entre las características y tipologías de los negocios jurídicos con la litigiosidad. La conclusión es que el concepto de ecuación contractual y el consecuente principio del equilibrio económico incentiva el oportunismo del contratista y desincentiva su eficiencia, además de causar una distorsión en los efectos que debe producir la modalidad del pago prevista en el contrato o el tipo del contrato.” Agencia Nacional de Contratación Pública-Colombia Compra Eficiente, *Motivos del proyecto* (2016), https://operaciones.colombiacompra.gov.co/sites/cce_public/files/cce_documentos/20160620motivos.pdf.

7 José Luis Benavides, “Riesgos contractuales en la contratación estatal”, en *Contratación estatal. Estudios sobre la reforma del estatuto contractual. Ley 1150 del 2007*, compilado por Jaime Orlando Santofimio y José Luis Benavides (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2009), 463.

las diferentes interpretaciones que ha ofrecido la jurisprudencia del Consejo de Estado sobre cómo se debe compensar a los contratistas cuando se materializa un riesgo imprevisible durante la ejecución del contrato. La tesis central del capítulo es que la ocurrencia de un riesgo imprevisible debe considerarse un título jurídico autónomo que justifica la compensación del daño emergente ocasionado por dicho evento. Este planteamiento contrasta críticamente con algunas decisiones judiciales y arbitrales en las cuales se ha sostenido que, al materializarse un riesgo imprevisible, debe analizarse el balance económico global del contrato y que la compensación debe estar sujeta a la existencia de una situación de pérdida.

Por otra parte, en el capítulo “La fuerza mayor y la terminación anticipada de los contratos de concesión de infraestructura de transporte”, Camilo Forero Barretera analiza los más recientes laudos arbitrales expedidos en controversias relacionadas con la terminación anticipada de contratos de concesión de infraestructura de transporte. El autor plantea que en este tipo de contratos tanto la terminación anticipada por imposibilidad sobrevenida de ejecución como el restablecimiento del equilibrio económico del contrato deben definirse en función de la posibilidad de recuperar el capital invertido, teniendo en cuenta los mecanismos de financiación estructurada que estos proyectos requieren para su ejecución. Esta tesis desafía la comprensión más tradicional de la fuerza mayor y propone fórmulas jurídicas que se adapten a la naturaleza financiera de los contratos de concesión.

Otro debate clásico, pero con desarrollos recientes, es el de los mecanismos de solución de controversias en los contratos estatales. La Ley 80 de 1993 tomó una posición clara en este punto. Según su exposición de motivos, se buscó fortalecer el principio de autonomía de la voluntad, autorizando la aplicación de mecanismos ágiles y sencillos que permitieran solucionar directamente las discrepancias surgidas de la actividad contractual. Además, se buscó frenar lo que se denominó “un proceso lento pero persistente de jurisdiccionalización”⁸. Aunque este proceso parece haberse revertido en los últimos años, aún quedan vestigios de su influencia.

Uno de estos rezagos es la limitación a la arbitrabilidad de ciertos actos administrativos expedidos durante la ejecución del contrato estatal, el cual se consolidó tras la sentencia C-1436 del 2000 de la Corte Constitucional y fue reafirmado recientemente por el Consejo de Estado en una sentencia de unificación. Otro vestigio son las reservas hacia el uso de mecanismos de resolución de conflictos que no contaban con una base legal clara cuando se expidió la Ley 80 de 1993. Estos temas se analizan en dos capítulos del libro.

8 L. 80/1993. *Gaceta del Congreso* n.º 75, 23 de septiembre de 1992.

En su capítulo “El falso límite constitucional al arbitraje en contratación estatal: la necesidad de un debate público que aclare su alcance en Colombia”, Carlos Enrique Perdomo Guerrero y Ana María Ruiz Rivadeneira analizan la evolución y el estado actual del arbitraje en la contratación estatal en Colombia, con un enfoque particular sobre los actos administrativos contractuales. Para enmarcar su análisis, realizan un estudio comparativo del arbitraje en controversias contractuales con partes estatales en Francia, los Estados Unidos y Perú. A partir de una cuidadosa revisión de la jurisprudencia más reciente del Consejo de Estado, conjeturan que en la actualidad el arbitraje enfrenta nuevas restricciones en el ámbito de la contratación estatal. Finalmente, sostienen que el marco constitucional no impide una configuración más flexible del arbitraje y que, por lo tanto, la remoción de dichos límites debería decidirse en el foro legislativo.

Por otra parte, en el capítulo “Los *dispute boards* en la práctica internacional y su relación con el amigable componedor y el arbitraje en Colombia”, Juan Carlos Quiñones Guzmán y María Camila Pineda Pérez plantean que, para facilitar la resolución pronta y especializada de los conflictos surgidos durante la ejecución de contratos estatales para la provisión de infraestructura, se debería adoptar la figura de los *dispute boards*. Para justificar esta propuesta, los autores contrastan la naturaleza y el funcionamiento de esta figura con el arbitraje y la amigable composición. Igualmente, analizan la viabilidad jurídica de su incorporación en Colombia y las ventajas y los retos que esto implicaría.

LA ESTRUCTURACIÓN DE PROYECTOS PÚBLICOS Y SUS CONTROVERSIAS

La sofisticación en la estructuración de proyectos estratégicos para Colombia, en los que se utiliza el contrato estatal como instrumento para su ejecución, ha provocado nuevas discusiones jurídicas. Un ejemplo claro de esto se observa en las asociaciones público-privadas (APP), que se regularon mediante la Ley 1508 del 2012, destinadas a la provisión de bienes públicos, como carreteras y hospitales. Las complejas redes contractuales que se tejen para el desarrollo de estos proyectos, junto con la participación de múltiples actores —financiadores, patrocinadores, entidades estatales, subcontratistas y comunidades afectadas— han desatado nuevas controversias.

La protección jurídica de los financiadores y subcontratistas en el desarrollo de estos proyectos ha impulsado reformas legislativas y ha dado pie a pronunciamientos judiciales y arbitrales sobre cuestiones que no ocupaban un lugar central

en el debate jurídico cuando se promulgó la Ley 80 de 1993. Las tensiones sociales y ambientales que surgen en la ejecución de estos proyectos también han cobrado especial relevancia en los últimos años. Estas tensiones no se limitan a la industria extractiva, sino que afectan la ejecución de contratos estatales en sectores como la construcción de proyectos de energías limpias y carreteras. Estos temas se analizan en profundidad en tres capítulos de este libro.

En el capítulo titulado “Protección jurídica a financiadores como terceros de buena fe en la ejecución de los contratos de concesión y de asociación público-privada en Colombia”, Mateo Mendoza Álvarez y María Lucía Amador Mesa analizan el marco legal que protege el repago del capital invertido por los prestamistas que actúan de buena fe en casos de terminación anticipada de contratos bajo el esquema de APP. Los autores examinan en detalle las reformas legales y los pronunciamientos de la Corte Constitucional sobre la protección jurídica del ahorro público que financia estos proyectos. Este tema es de gran importancia, ya que estas reformas han facilitado la atracción de inversionistas sofisticados, quienes alivian la presión presupuestal de mediano plazo del Estado, a la vez que estimulan la inversión privada en bienes públicos.

Por otra parte, en el capítulo “Las diferencias entre las cláusulas *pay-when-paid* y el principio de transparencia en el derecho colombiano”, Miguel Ignacio Castro Muñoz y Víctor Manuel Negret Velasco analizan la protección jurídica, ya no de los financiadores, sino de los subcontratistas responsables de la construcción de la infraestructura en proyectos bajo el esquema de APP. Los autores explican por qué, en estos desarrollos, los concesionarios del Estado deben delegar la responsabilidad de construir las obras a subcontratistas y qué mecanismos contractuales se emplean en los subcontratos de construcción para asegurar que sean transparentes o reflejen el contenido del contrato estatal de concesión. El capítulo contrasta las estipulaciones de los subcontratos de construcción en Colombia con los desarrollos legales de países de tradición anglosajona, donde se busca proteger los intereses patrimoniales de los subcontratistas, quienes, junto con los financiadores, son actores clave en la provisión de bienes públicos bajo este esquema contractual.

En esta misma línea de análisis, en el capítulo titulado “Contratos estatales y comerciales conexos: el caso de las asociaciones público-privadas y los subcontratos de construcción *back to back*”, Santiago Fajardo Peña examina si, en el esquema de APP, la entidad estatal debe indemnizar al concesionario o restablecer el equilibrio económico del contrato de concesión, aun cuando el subcontratista de construcción sea quien soporte con su patrimonio el perjuicio causado por el incumplimiento de la entidad o la mayor onerosidad sobrevenida en la construcción

de la infraestructura. Para ello, el autor identifica y estudia las principales discusiones jurídicas que han surgido en torno a este tema, así como las soluciones adoptadas en países como los Estados Unidos y las decisiones arbitrales nacionales e internacionales que lo han abordado.

Finalmente, en el capítulo titulado “Retos socioambientales en proyectos estratégicos estatales: consultas previas y suspensión de la licencia ambiental en la ampliación de la Autopista Norte”, Juan Israel Casallas Romero analiza el manejo de los riesgos previsibles relacionados con consultas y el licenciamiento ambiental en la ejecución de contratos estatales que involucran la explotación y el aprovechamiento de recursos naturales. El autor defiende la tesis de que, a pesar de las reformas legislativas destinadas a establecer reglas claras y brindar seguridad jurídica para fomentar la inversión privada, las decisiones judiciales y los cambios en las administraciones continúan generando incertidumbre respecto al alcance de los riesgos y las obligaciones de los contratistas en este ámbito.

NUEVAS CONTROVERSIAS ALREDEDOR DE LA ACTIVIDAD CONTRACTUAL DEL ESTADO

Las reformas legislativas posteriores a la Ley 80 de 1993, orientadas a combatir el fenómeno de la corrupción, han seguido desatando controversias sobre los límites aplicables a los instrumentos penales, fiscales y disciplinarios en el ámbito contractual. La responsabilidad personal de los operadores contractuales y la eficacia de las medidas en la lucha contra la corrupción continúan siendo, por lo tanto, un tema de intenso debate jurídico⁹. Además, ha surgido la discusión sobre la responsabilidad disciplinaria de los servidores públicos y particulares por no cumplir con los instrumentos de derecho blando, como manuales, guías y conceptos de la agencia Colombia Compra Eficiente. Estos temas se analizan en detalle en cuatro capítulos de este libro.

En su escrito “Efectos colaterales de la lucha anticorrupción por medio de la contratación estatal”, Joaquín Vélez Navarro analiza los efectos colaterales que pueden tener algunas medidas de lucha anticorrupción en la contratación estatal, para así poner en evidencia que implementar políticas más estrictas en esta materia no necesariamente es conveniente. Como lo señala el autor, algunas medidas

9 María Teresa Palacio Jaramillo, “Necesidad de repensar las herramientas jurídicas en la lucha anticorrupción”, en *Análisis de 25 años de aplicación de la Ley 80 de 1993*, compilado por Felipe de Vivero Arciniegas (Bogotá: Ediciones Uniandes, 2020), 61-85.

que buscan combatir la corrupción no han sido eficaces y, en ciertos casos, han tenido consecuencias perjudiciales para todos. En ese sentido, aunque en el capítulo se determina que hay varias estrategias para combatir la corrupción que pueden tener un impacto indeseado o negativo, este se concentra en dos en particular. Primero, las relacionadas con las consecuencias para las personas jurídicas que incurran en actos de corrupción. Segundo, la interpretación según la cual los procesos de selección de contratistas deben declararse desiertos en caso de que un solo proponente cumpla con los requisitos establecidos por la entidad estatal.

En el capítulo “La responsabilidad fiscal y disciplinaria de los contratistas del Estado”, David Gómez Fajardo analiza la responsabilidad fiscal y disciplinaria de quienes, pese a no ser funcionarios públicos, tienen una relación con la gestión fiscal y la ejecución de recursos en su calidad de contratistas. En este sentido, el autor explora las formas en que un contratista puede estar sujeto a control fiscal o disciplinario, y sostiene que esto puede ocurrir cuando a este se le delegan funciones públicas. Para el análisis de la responsabilidad fiscal, Gómez Fajardo explica la noción de gestión fiscal y su vínculo intrínseco con el ejercicio del control fiscal, partiendo del desarrollo jurisprudencial y doctrinario de ambos conceptos. Así, llega a la conclusión de que para que haya responsabilidad fiscal debe existir un acuerdo de voluntades entre la Administración y el particular, que habilite a este último para gestionar recursos públicos. En cuanto a la responsabilidad disciplinaria, el autor se refiere a la línea jurisprudencial de la Corte Constitucional y a las recientes reformas a este régimen, las cuales permiten concluir que los particulares pueden ser sujetos disciplinables siempre y cuando ejerzan funciones públicas. Así, el autor concluye que, en ambos escenarios, la existencia de un contrato estatal con un particular no lo convierte en sujeto de control fiscal o disciplinario, pero el ejercicio de ciertas funciones públicas sí los hace susceptibles de dichos controles.

En su capítulo “El *soft law* administrativo en la compra pública: la responsabilidad de los funcionarios públicos por la inobservancia de los instrumentos no vinculantes emitidos por Colombia Compra Eficiente”, Antonio Alejandro Barreto Moreno examina esta controversia emergente sobre la responsabilidad de los operadores contractuales. El autor analiza la naturaleza de los instrumentos no vinculantes emitidos por la Agencia Nacional de Contratación Pública de Colombia, cuyo propósito es brindar seguridad jurídica y orientar a los operadores del Sistema de Compra Pública en sus decisiones. Además, plantea que, si bien su inaplicación no debería conllevar responsabilidades disciplinarias debido a su carácter orientador, algunas decisiones recientes de las autoridades de control sugieren lo contrario. Asimismo, destaca que la responsabilidad del operador

podría depender del acceso efectivo a estos instrumentos. No obstante, señala que no existe un criterio uniforme sobre su uso y que, bajo el régimen jurídico vigente, sancionar a un servidor público por no aplicar estas guías podría considerarse desproporcionado.

En el capítulo “El delito de violación al régimen de inhabilidades e incompatibilidades en la contratación estatal: reflexiones sobre su ampliación por vía jurisprudencial”, Pamela Alarcón Arias y Paola Silva Bermúdez analizan el tipo penal de violación al régimen legal o constitucional de inhabilidades, en el marco de la protección de la Administración pública como bien jurídico tutelado penalmente. Para ello, explican la estructura dogmática del tipo penal y del alcance del régimen de inhabilidades y describen su ampliación por vía jurisprudencial y de conceptos —incluso opuestos— de entidades como Colombia Compra Eficiente y la Superintendencia de Sociedades. A partir de esto, las autoras realizan un análisis crítico de la jurisprudencia constitucional, en particular de las sentencias C-437 y C-462 del 2023 de la Corte Constitucional que, tras la identificación de omisiones legislativas relativas, ampliaron el alcance y la aplicación de ciertas causales de inhabilidad e incompatibilidad que no habían sido previstas originalmente por el legislador. Así, concluyen que aunque dicha ampliación penal tiene buenas intenciones, ya que busca hacer respetar el principio constitucional de igualdad y combatir la corrupción, puede terminar afectando la economía y la seguridad jurídica.

Los nuevos debates sobre la actividad contractual del Estado no han emergido únicamente a raíz de las reformas legislativas. El crecimiento sostenido de la inversión extranjera directa en sectores estratégicos para el país ha traído consigo un fenómeno que era desconocido para los gestores públicos y contratistas cuando se promulgó la Ley 80 de 1993: la responsabilidad internacional del Estado por la violación de tratados internacionales destinados a proteger la inversión canalizada por medio de contratos estatales.

El Estado colombiano ha comenzado a enfrentar una serie de arbitrajes de inversión, que han aumentado considerablemente en los últimos años, en los que cobra relevancia la distinción entre la responsabilidad jurídica por el incumplimiento del contrato y la derivada de la violación de los estándares de trato a los inversionistas extranjeros. El capítulo de Catalina Echeverri Gallego, titulado “El contrato estatal y el arbitraje de inversión”, examina este asunto. Este trabajo se divide en dos partes: en la primera se presentan algunos principios y reglas generales de derecho internacional público y de la responsabilidad de los Estados a la luz del derecho internacional, con el fin de que el lector pueda distinguir las

reclamaciones que proceden bajo un tratado de inversión frente a las que surgen de un contrato en un caso concreto. La segunda parte es un estudio de arbitrajes de inversión convocados en contra de Colombia, tales como *Glencore I y II*, *América Móvil*, *Telefónica*, *Neustar* y *South32*.

DESARROLLOS PRESENTES Y DEBATES FUTUROS

Para finalizar, el libro también aborda un tema que resulta ineludible en la actualidad y que muy probablemente dará lugar a controversias en un futuro cercano: el papel de la inteligencia artificial en el diseño del Sistema de Compra Pública y en la estructuración de los procesos de contratación de las entidades estatales.

Este asunto se analiza en profundidad en el capítulo “Transformación digital en la contratación pública: inteligencia artificial y el futuro de las compras gubernamentales”, en el cual Paula Méndez González explora cómo la inteligencia artificial puede revolucionar la contratación pública. Para ello, analiza el proceso de compra pública y los riesgos de ineficiencia y corrupción que pueden presentarse en cada una de sus etapas. Ante estos problemas, la autora explica que el uso de tecnologías de la información a lo largo del proceso ha sido un paso para aumentar la transparencia, facilitar el seguimiento del gasto, mejorar el acceso digital a las licitaciones, incrementar la competencia y detectar irregularidades con mayor facilidad. Así, mediante herramientas como las plataformas de contratación electrónica (*e-procurement*) y la implementación de marcos de contratación pública mejorados (*enhanced public procurement frameworks*) se pueden obtener importantes beneficios más allá de la reducción de costos. Asimismo, la autora expone algunos desafíos del *e-procurement* y explica cómo la incipiente introducción de herramientas de inteligencia artificial ha impactado el sector público. A partir de esto, propone posibles aplicaciones de distintos modelos de inteligencia artificial en la gestión pública, en particular en el Sistema de Compra Pública y sus fases de planeación, selección, ejecución y liquidación, proporcionando ejemplos de dichas aplicaciones. Finalmente, la autora concluye que las soluciones de inteligencia artificial representan una oportunidad para mejorar la contratación pública, y destaca sus límites y retos.

En conclusión, este libro busca contribuir de manera significativa a la literatura jurídica colombiana mediante la exposición y el análisis de las controversias más recientes sobre la actividad contractual, situándolas en marcos analíticos amplios que revelen sus orígenes y evolución en el derecho colombiano. De este

modo, continúa la línea trazada por anteriores publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes¹⁰.

BIBLIOGRAFÍA

Doctrina

- Agencia Nacional de Contratación Pública-Colombia Compra Eficiente. *Motivos del proyecto*. 2016. https://www.colombiacompra.gov.co/sites/cce_public/files/cce_documentos/20160620motivos.pdf
- Benavides, José Luis. Riesgos contractuales en la contratación estatal. En *Contratación estatal. Estudios sobre la reforma del estatuto contractual. Ley 1150 de 2007*, compilado por Jaime Orlando Santofimio y José Luis Benavides. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2009.
- Palacio Jaramillo, María Teresa. “Necesidad de repensar las herramientas jurídicas en la lucha anticorrupción”. En *Análisis de 25 años de aplicación de la Ley 80 de 1993*, compilado por Felipe de Vivero Arciniegas, 61-85. Bogotá: Ediciones Uniandes, 2020.
- Rodríguez Rodríguez, Libardo. *El equilibrio económico en los contratos públicos*. Bogotá: Temis, 2021.
- Sánchez Luque, Guillermo. “Constitucionalización de la contratación estatal: ¿remedio o enfermedad?”. En *Análisis de 25 años de aplicación de la Ley 80 de 1993*, compilado por Felipe de Vivero Arciniegas, 272-281. Bogotá: Ediciones Uniandes, 2020.
- Vargas Llosa, Mario. “Prólogo. Un filósofo discreto”. En Isaiah Berlin, *El erizo y la zorra: Tolstoi y su visión de la historia*. Bogotá: Ariel, 2016.
- Venegas Franco, Alejandro. “Libertad y legalidad en el derecho administrativo”. En *Contratos estatales, t. 1*, editado por María Teresa Palacio Jaramillo. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez/Universidad del Rosario, 2022.
- de Vivero Arciniegas, Felipe, comp. *Análisis de 25 años de aplicación de la Ley 80 de 1993*. Bogotá: Ediciones Uniandes, 2020.
- . *Contratación estatal: aspectos controversiales*. Bogotá: Ediciones Uniandes, 2006.
- . *Reforma al régimen de contratación estatal*. Bogotá: Ediciones Uniandes, 2010.

10 Felipe de Vivero Arciniegas, comp., *Contratación estatal: aspectos controversiales* (Bogotá: Ediciones Uniandes, 2006); Felipe de Vivero Arciniegas, comp., *Reforma al régimen de contratación estatal* (Bogotá: Ediciones Uniandes, 2010); Felipe de Vivero Arciniegas, comp., *Análisis de 25 años de aplicación de la Ley 80 de 1993* (Bogotá: Ediciones Uniandes, 2020), 272-281.

Normativa

L. 80/1993. *Gaceta del Congreso* n.º 75, 23 de septiembre de 1992.

L. 1150/2007.

Jurisprudencia

C. Const., Sent. C-1436, oct. 25/2000. M. P. Alfredo Beltrán Sierra.

CAPÍTULO 1

LOS ACTOS PRECONTRACTUALES DE LAS ENTIDADES ESTATALES NO SOMETIDAS AL RÉGIMEN GENERAL DE LA CONTRATACIÓN ESTATAL: ALEACIONES Y AMALGAMAS EN LA ARMONIZACIÓN DEL DERECHO PRIVADO Y DEL DERECHO PÚBLICO*

Antonio Alejandro Barreto Moreno
Yenny Andrea Celemín Caicedo

INTRODUCCIÓN

Una de las tensiones más comunes a la hora de intentar comprender la operatividad de la contratación con recursos públicos en Colombia está ligada a la complejidad de acompasar un sinnúmero de disposiciones, contenidas en distintos marcos jurídicos: “Así, nos encontramos con que nuestro ordenamiento jurídico provee a un mismo tiempo disposiciones de derecho público y de derecho privado a la contratación estatal, a cuyos efectos deben articularse adecuadamente los respectivos contenidos normativos, en la perspectiva de la legalidad, oportunidad y conveniencia del gasto”¹. Pero comprender lo que significa “articular adecuadamente” estos marcos normativos no ha sido una idea pacífica en nuestro contexto. Por el contrario, la complejidad que caracteriza esta tarea se erige como una fuente de preocupación expresa para la doctrina nacional, que sobre el particular indica que

según la evolución que ha tomado el tema de la contratación pública en nuestro país, el estatuto contractual es una de las legislaciones más complejas e inflacionarias de todo lo que conocemos en derecho público colombiano, dentro del cual ahora hay que concordarlo con legislaciones de derecho civil, de derecho comercial, de derecho

* Para citar este capítulo: <https://doi.org/10.51573/Andes.9789587989571.9789587989595.1>
1 C. Const., Sent. C-249, mar. 16/2004. M. P. Jaime Araújo Rentería.

fiscal, de lucha contra la corrupción, del estatuto disciplinario, de normas de derecho penal, laboral entre otras.²

Uno de los escenarios en los que se ha hecho evidente la mencionada complejidad es el relacionado con la naturaleza de los actos precontractuales de las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios. Órganos y entidades que, a pesar de cumplir con funciones de alta importancia para la garantía de los derechos de los ciudadanos, como la eficiente y continua prestación de los servicios públicos, han sido autorizados por la ley para contar con un régimen especial para la adquisición de los bienes y servicios que requieren a fin de desarrollar sus tareas. Ante las dificultades que representa el ejercicio de la función de compras públicas en estas entidades, por cuenta de lo que implica el tener un régimen especial de contratación en el que hay una intensa presencia del derecho privado, el Consejo de Estado recientemente se vio en la necesidad de proferir una sentencia para determinar los intersticios entre la función administrativa y la actividad contractual, en las empresas de servicios públicos domiciliarios. A pesar del esfuerzo del máximo tribunal de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, aquí se quiere sostener que la sentencia de unificación sobre actos precontractuales de las empresas de servicios públicos domiciliarios no cierra el debate sobre la aplicación del derecho público en la etapa precontractual de las entidades estatales que no están sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública (EGCAP).

Este escrito se propone examinar detenidamente la sentencia de unificación del 3 de septiembre del 2020 (Exp. 42003) de la Sección Tercera del Consejo de Estado y las que se han proferido con posterioridad, con el fin de hacer evidente la poco pacífica discusión que ha tenido lugar en la jurisprudencia sobre la naturaleza de los actos precontractuales de las entidades de régimen especial, la jurisdicción competente y el medio de control respectivo; asimismo, se advertirá cómo la sentencia de unificación no cumple con el propósito de estabilizar y clarificar la materia. Para esta finalidad, el escrito se divide en varias partes. En la primera, se desarrolla el marco teórico general en el que se inscribe la sentencia de unificación, a partir de las diversas posibilidades de imbricación y armonización de los contenidos del derecho público y el derecho privado en el ejercicio contractual del Estado. En la segunda parte se hace la síntesis y el análisis de la sentencia; para este fin, se aplica la metodología de análisis estático de jurisprudencia. Por último, se presenta la conclusión sobre las principales dificultades y los retos interpretativos que se derivan de esta decisión judicial.

2 Jaime Vidal y Carlos Molina, *Derecho administrativo* (Bogotá: Legis, 2019), 452.

MARCO TEÓRICO: ENTRE ALEACIONES Y AMALGAMAS, MÉTODOS PARA CONJUGAR LA INTENSIDAD DEL DERECHO PÚBLICO O PRIVADO EN LOS REGÍMENES ESPECIALES DE CONTRATACIÓN

En el contexto colombiano, son cada vez más frecuentes las dificultades de armonización de los contenidos del derecho público y el derecho privado a la hora de adquirir bienes y servicios del Estado mediante el Sistema de Compra Pública. Este deber de armonización de recursos jurídicos con fuentes diversas en materia contractual ocurre por muchos factores, entre los que se destacan:

- La magnitud y densidad de la masa de normas que deben ser armonizadas entre sí, para entender el ciclo de vida del contrato estatal³. Una masa que se ha acrecentado no solo por decisión del legislador —que descuidó su labor de efectuar la adecuada compilación del Estatuto mientras se iban promulgando nuevas leyes sobre muchas temáticas, como anticorrupción, transparencia, presupuesto, planeación, entre otras, relacionadas directamente con la materia—, sino además, por la presencia, muchas veces discutible, de las regulaciones en la rama ejecutiva propiciadas por el presidente de la República vía directivas y por Colombia Compra Eficiente mediante sus instrumentos tanto obligatorios como orientadores, que han venido incrementando el grado de complejidad de la tarea⁴. Si a esto se suman las decisiones de la jurisdicción, por la vía del Consejo de Estado y la Corte Constitucional, el escenario es cada vez más complejo.
- La persistencia y presencia de profundos choques entre los principios que alimentan las normas de derecho público y privado a la hora de hacer operativo este proceso de acoplamiento en situaciones concretas y determinadas⁵. Cada vez se reflejan menos los principios de la función

3 Sobre la hiperinflación normativa en la contratación con recursos públicos, Dávila, entre otros, señala: “La continua y malsana variación del derecho positivo no genera un mejoramiento de la actividad del Estado sino un retroceso. A esta conclusión me arrimo si comparo lo existente en octubre de 1993 con lo actual, caracterizado hoy por una hiperinflación normativa, por exceso de procedimientos, por la permanencia de fenómenos alcistas de ineficiencia administrativa y de corrupción que las nuevas normas supuestamente pretendían corregir”. Luis Guillermo Dávila, *Régimen jurídico de la contratación estatal*, 3.^a ed. (Bogotá: Legis, 2016), 1.

4 Sobre este particular, se ha señalado que “el aumento de la regulación en materia contractual ha sido exponencial en los últimos años, causando controversias sobre la legalidad de muchos instrumentos regulatorios, especialmente los desarrollados por Colombia Compra Eficiente, que, por ser una entidad creada mediante decreto, no cuenta con la competencia suficiente para expedir normas de obligatorio cumplimiento para todas las entidades públicas”. Diana Valencia, “Los desafíos del govtch y la contratación pública para la innovación en Colombia”, en *Nuevos rumbos del derecho administrativo*, editado por Manuel Restrepo (Bogotá: Ediciones Universidad del Rosario, 2022), 2009.

5 Al respecto, véase C. E., Sec. Tercera, Sent. feb. 10/2021, Exp. 47068. M. P. Martín Bermúdez. Véase también: C. E., Sec. Tercera, Sent. abr. 8/2014, Exp. 25801. M. P. Enrique Gil Botero.

administrativa en las decisiones judiciales⁶, situación que no ocurre con las normas emitidas por el Legislativo⁷, con las cuales se busca limitar o controlar las actuaciones de las entidades no sometidas al EGCAP.

- Las discusiones sobre la forma más adecuada de delimitar la naturaleza jurídica del contrato estatal, que ha fluctuado en la comprensión de sus finalidades, cuyo tono ha ido variando. Algunas veces, privilegian la presencia y preeminencia de los marcos del derecho privado como el mecanismo para potencializar el Sistema de Compra Pública en su función de servir de motor de desarrollo económico colombiano⁸. Otras, por el contrario, ven con incredulidad y desconfianza la supremacía de esta tendencia regulatoria en la materia⁹. Este tono contradictor tiene su fundamento en la idea de dar privilegio al derecho público como fórmula para reducir la discrecionalidad de los tomadores de decisiones en materia contractual y, por esta vía, atajar la corrupción que infortunadamente caracteriza esta función administrativa de naturaleza transversal. Así, la presencia del derecho público se explica en la necesidad de imponer unos controles

6 Véase C. E., Sec. Tercera, Sent. sep. 3/2020, Exp. 42003. M. P. Alberto Montaña Plata; C. E., Sec. Tercera, Sent. may. 9/2024, Exp. 53.962. M. P. José Roberto Sáchica Méndez.

7 L. 2295/2022, arts. 53 y 56.

8 Sobre este propósito del Sistema de Compra Pública ha dicho la doctrina nacional: “El régimen jurídico de la contratación estatal colombiana ha sido objeto de varios cambios a lo largo del tiempo. Antes de la Constitución de 1991, el Estado era intervencionista, mientras que, en la actualidad, los particulares cuentan con una autonomía amplia para prestar bienes y servicios que el Estado no puede brindar por sí solo, [...] es importante destacar que el fin de la contratación estatal significa responder a las necesidades sociales, es decir que, a través de esta actividad como ya se ha dicho, se busca garantizar aspectos como infraestructura, salud, educación y cultura. Por ello se hizo necesario cambiar esa visión intervencionista y convertir al Estado en un actor de la economía junto a los demás operadores económicos para facilitar las transacciones del Sistema de Compra Pública, reducir la complejidad de los procesos y favorecer la cercanía entre compradores y oferentes”. Juan David Duque, “Contratación pública global”, en *Nuevos rumbos del derecho administrativo*, editado por Manuel Restrepo (Bogotá: Ediciones Universidad del Rosario, 2023).

9 Esta desconfianza regulatoria la percibe Díaz Díez, por ejemplo, como explicación a la reciente prescripción de la Ley 2295 del 2022 que ordena la obligatoriedad de los regímenes exceptuados al EGCAP, de publicar en el Secop, sobre la que afirma: “La aplicación, a las entidades exceptuadas del EGCAP, del deber de emplear el Secop en su actividad contractual es expresión del retorno del derecho administrativo, por dos razones. En primer lugar, porque esta exigencia se concibe como una limitación a la libertad de forma que, por regla general, caracteriza al derecho privado —la autonomía de la voluntad queda restringida, justamente, por el deber de tener en cuenta un sistema que incide en el trámite de la contratación, condicionando la forma como se debe realizar la adquisición de los bienes y servicios por parte de las entidades estatales—. En segundo lugar, porque con la utilización del Secop se pretende reforzar la garantía de fines o principios que han sido desarrollados normativamente, en mayor grado, por el derecho administrativo: publicidad, transparencia, moralidad, eficiencia, selección objetiva, entre otros. En definitiva, con la inclusión del mandato de uso del Secop por parte de las entidades exceptuadas del EGCAP se evidencia la vindicación y posicionamiento del derecho administrativo como régimen ‘derogatorio’ del Derecho privado”. Cristian Díaz Díez, “Obligatoriedad del Sistema Electrónico de Contratación Pública (Secop) para las entidades estatales con régimen contractual excepcional: un supuesto de retorno del Derecho Administrativo en Colombia”, *Revista Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo* 10, n.º 2 (2023): 18.

que, aunque son extraños y hasta inconvenientes en las relaciones que se desenvuelven en marcos de derecho privado, son plenamente justificables cuando se pisan los terrenos de adquirir bienes y servicios con recursos públicos, para la protección de las finalidades y los principios que el Estado busca garantizar, no simplemente para satisfacer las necesidades que se entablan bajo los marcos de la autonomía de voluntad privada.

En este sentido, hay varios abordajes y posturas para entender la manera como el derecho público y el derecho privado se conjugan en los contratos estatales. En palabras del Consejo de Estado: “En la actividad contractual del Estado es posible predicar, como se desprende de los artículos 13, 32 y 40 de la Ley 80 de 1993, que el régimen jurídico de los contratos estatales no es ‘unitario y puro, sino variable y mixto, apareciendo siempre mezclados en distintas proporciones el derecho administrativo y el derecho privado’”¹⁰. Sin embargo, determinar el *quantum* en el que se desenvuelve esta mezcla sigue siendo una de las discusiones más notorias del área.

Algunas posturas entienden que el proceso de “articular adecuadamente” los contenidos del derecho público y del derecho privado es un ejercicio similar al que efectúan los alquimistas al hacer una aleación en la cual se precisa determinar con exactitud el *quantum* de ciertos metales que se debe mezclar cuando se persigue elaborar una pieza o cosa que requiere de distintas características de diversos elementos. Estos abordajes defienden que este porcentaje de presencia del derecho privado es muy intenso en las etapas contractual y poscontractual, y menos prominente en la etapa precontractual. Asimismo, reclaman esta presencia integral de las normas del derecho común en los llamados regímenes exceptuados, sobre todo en los denominados regímenes especiales de contratación con recursos públicos. Otras posturas, por el contrario, reclaman más bien que esta articulación entre el derecho público y el privado ocurra a manera de amalgama, para que el porcentaje del derecho público penetre con mayor fluidez en los distintos momentos del ciclo de vida del contrato estatal y también en los llamados regímenes exceptuados al régimen general de la contratación estatal, lo que incluye a los llamados regímenes especiales.

En este orden de ideas, es posible detectar estos enfoques en cada una de estas temáticas. En lo relacionado con la armonización de las normas de derecho público y de las normas de derecho privado durante el ciclo de vida del contrato

10 C. E., S. de Consulta y Servicio Civil, may. 13/2021, Exp. 2456. M. P. Álvaro Namén Vargas.

estatal, la diferencia entre las dos visiones es notoria. La primera postura¹¹ es más proclive a considerar que la articulación acrecienta la presencia del derecho privado en los aspectos desregulados por la Ley 80 de 1993, durante las etapas posteriores a la de la adjudicación de la propuesta vencedora. Sobre este particular, la doctrina nacional ha señalado:

De manera que el estatuto de contratación se monta sobre una idea clara, [la] cual es concentrarse básicamente en lo precontractual ordenado en un todo bajo la égida del derecho público y remitir por regla general al ordenamiento privado, en lo referente a la ejecución contractual [...]. Por lo mismo, la pretendida identificación de la contratación estatal exclusivamente con lo público, y por vía la exclusión de lo privado es desafortunada. Tal identificación solo tendría cabida en lo precontractual mas no en lo contractual.¹²

Esta postura se asienta en el sentido expreso y la teleología subyacente a la Ley 80 de 1993 como norma estructurante de la contratación estatal en Colombia. Así las cosas, solo aquellas reglas expresamente estipuladas, entre otros, en los artículos 9 (inhabilidades sobrevinientes), 14, 15, 16, 17, 18 y 19 (potestades excepcionales), 44 y 45 (nulidad absoluta del contrato estatal), y 60 (liquidación del contrato estatal) de la Ley 80 de 1993 tienen la potencialidad de desplazar los contenidos señalados en las normas del derecho común para regular lo que ocurra en la etapa de ejecución contractual y en la etapa que sigue a la terminación del contrato, también conocida como poscontractual. A partir de esta interpretación, en estos momentos del ciclo de vida posteriores a la etapa precontractual la aleación funciona con un porcentaje de penetración del derecho privado muy alto, en virtud de lo preceptuado en el artículo 13 de la Ley 80 de 1993: “La gestión pública es lo fundamental y es necesario desprender al Estado de toda aquella parafernalia, por esa razón se incluyó en la Ley 80 —desafortunadamente no explicada porque ha debido tener algunos considerandos— el artículo más importante, el artículo 13 [que dice] en sentido estricto la Ley 80 no es la ley de contratos. La ley de contratación son [*sic*] el Código Civil, el Código de Comercio más un ‘plus’”¹³.

11 Autores como Benavides se inscriben en esta postura al afirmar: “Al contrario de la teoría clásica del contrato administrativo, la Ley 80 no consagra la aplicación subsidiaria del derecho privado, sino que hace de él el régimen común. [...] el derecho público se convirtió así en el derecho aplicable por excepción, y la lógica del contrato se vio profundamente modificada para abrir mayor campo a la comercialidad”. José Luis Benavides, *El contrato estatal entre el derecho público y el derecho privado*, 2.^a ed. (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2004), 78.

12 Dávila, *Régimen jurídico*, 49.

13 María Teresa Palacio, “La contratación estatal como instrumento para la concreción de las políticas y contenidos públicos”, en *Memorias del III Seminario de Gerencia Jurídica Pública* (Bogotá: Alcaldía Mayor de Bogotá, 2006), 195.

Esta postura tiene sus raíces en los propósitos fundamentales de la Ley 80 de 1993. Un estatuto que pretendió remover muchos de los obstáculos que ciertas restricciones y algunos usos abusivos de las prerrogativas de derecho público en la contratación estatal habían producido en el sector de compra pública. Estas talanqueras habían convertido esta actividad económica del Estado en un producto imposible de calificar como eficiente. A partir de esta visión, el rol protagónico del derecho privado se constituía en el remedio más certero para materializar el propósito desarrollista en sentido económico en el que se fundó primero la Constitución de 1991 y, después, la regulación en materia de contratación con recursos del Estado:

La reglamentación excesiva de los contratos de la Administración contenida en el antiguo estatuto, así como los imperativos económicos, orientaron al legislador hacia la simplificación de las reglas contractuales contenidas en un solo estatuto, que, a diferencia del precedente, contendría tan solo los grandes productos sobre la materia. Las entidades estatales podrían desarrollar su actividad contractual en un contexto de mayor libertad, para adaptarse mejor a las exigencias de eficacia de la Administración, y los contratistas tendrían por su lado, la seguridad jurídica brindada por un sistema más igualitario, consecuencia de la reducción y reglamentación de las prerrogativas de poder público de las entidades contratantes, así como la protección a la inversión privada.¹⁴

Sin embargo, esta no es una postura unánime. Algunos tratadistas y autores no conciben la armonización entre el derecho público y el derecho privado en los contratos estatales de la misma forma. Para ellos, el peso del derecho público no puede desvanecerse en ningún momento del proceso contractual¹⁵. Desde esta perspectiva, la fórmula de la armonización se parece más bien a la de un tipo específico de aleación, como la amalgama, en la que uno de los componentes de la mezcla —en este caso, el derecho público— tiene una presencia más fluida. En esta postura, entonces, se reclama una presencia o un rol más protagónico del

14 Benavides, *El contrato estatal*, 76.

15 Autores como Schmidt-Assmann respaldan esta postura afirmando que “al contrario: si el ‘Estado cooperativo’ no debe traducirse en un desorden general y no se debe empañar la responsabilidad democrática de los órganos estatales, entonces es necesaria una clara diferenciación de las distintas racionalidades de acción de los socios que colaboran. Los organismos estatales no pueden deshacerse de sus vínculos poniéndose al mismo nivel de los privados. Estos quedan sometidos a las prescripciones constitucionales aun cuando utilizan formas contractuales”. Eberhard Schmidt-Assmann, “Reflexiones sobre la distinción entre derecho público y derecho privado”, *Revista de Derecho Administrativo Económico*, n.º 30 (2019): 236.

derecho público en todos los momentos del ciclo de vida del contrato estatal. Según esta visión:

Conforme a estas circunstancias legales y doctrinales, el concepto de contrato del Estado comparte, en lo material, determinados elementos con el contrato propiamente celebrado entre particulares, pero condicionados de todas formas a los propósitos de interés general que caracteriza la actividad y gestión propias de la Administración pública. Así las cosas, la construcción de un concepto de contrato estatal o del Estado no está absolutamente circunscrita al principio rector de la autonomía de voluntad conforme al modelo contractual de los particulares. Todo lo contrario, se sujeta real y plenamente a principios constitucionales como los de planeación, interés público propios de la actividad pública, de los cuales se desprenden importantes reglas y garantías con el propósito de evitar y controlar la arbitrariedad administrativa precisamente en la estructuración discrecional de las importantes decisiones tendientes a la conformación de las bases de los negocios del Estado.¹⁶

De acuerdo con esta segunda postura, cada uno de los momentos del *iter contractual* tiene una serie de elementos y características que pueden llamar a las reglas y, especialmente, de los principios del derecho público como criterios orientadores para la solución de los problemas y vicisitudes propias del contrato estatal. A partir de allí se da “la configuración de un peculiar régimen jurídico y conceptual del contrato estatal, que no recoge los extremos fundamentalistas de la pretendida sustantividad del contrato estatal, ni la de la exclusiva sujeción de este a los parámetros de los principios privatistas nugatorios de lo público”¹⁷.

Una segunda arista de esta misma discusión en relación con la armonización de los contenidos del derecho público y el privado en los contratos estatales tiene que ver con las exclusiones a la aplicación de la Ley 80 de 1993 para la gestión de la contratación estatal en lo que se denomina regímenes especiales y regímenes exceptuados del régimen general de la contratación estatal. Y es que una de las principales pretensiones de esta norma fue la de unificar¹⁸ y, por esta vía, reducir

16 Jaime Orlando Santofimio, “El carácter conmutativo y, por regla general, sinalagmático del contrato estatal y sus efectos respecto de la previsibilidad del riesgo y del mantenimiento de su equilibrio económico”, *Revista Digital de Derecho Administrativo*, n.º 1 (2009): 3.

17 *Ibid.*

18 Sobre las dificultades que entraña la utilización del verbo *unificar* y su uso como adjetivo único la doctrina sostiene que “en Colombia no existe único [*sic*] régimen de contratación pública. La Corte Constitucional sostuvo que el mandato contenido en el artículo 150 de la Constitución Política no obligaba al legislador a expedir un estatuto único de contratación, sino un estatuto de carácter general que contuviera reglas y principios que orientaran la actividad contractual del Estado. Así mismo, consideró que la Ley 80 de 1993 tenía la naturaleza de ley ordinaria, pese a la denominación de Estatuto General de la Contratación Estatal”. Sebastián Morillo Carrillo, “El ejercicio de

el ritualismo y la tramitología que caracterizaba a la gestión contractual del Estado antes de la Constitución de 1991^[19], con el fin de facilitar el tránsito de las relaciones contractuales mediadas por el uso de los recursos públicos. En la búsqueda de esta función de simplificación de la gestión contractual, la Ley 80 de 1993 diseñó múltiples herramientas.

Una de las más destacadas fue la de permitir que únicamente ciertas entidades de naturaleza pública o semipública, en unos pocos sectores administrativos, conservaran o tuvieran la dispensa, por autorización legal, o inclusive constitucional, de usar los recursos públicos bajo el régimen del derecho común, o bajo un régimen mixto, en el que la intensidad del derecho público sería menor que la del régimen general. La discusión en relación con estos regímenes especiales y exceptuados ha girado en torno a qué tan amplia es o puede considerarse esta dispensa²⁰. Algunas voces sostienen que existe una dispensa de carácter total, y por este motivo califican como “puros” ciertos regímenes especiales, en los que las relaciones con las normas de contratación estatal del régimen general, y con los procesos y procedimientos administrativos, son factores ajenos, extraños y hasta perjudiciales para el funcionamiento de determinados sectores económicos.

Ni aleación ni amalgama con el derecho público sería la premisa de quienes sostienen la necesidad de mantener la pureza de estos regímenes en razón de

las facultades unilaterales en los regímenes exceptuados”, en *Reflexiones sobre la contratación del sector público en Colombia*, editado por Marta Nubia Velásquez (Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, 2019), 53.

19 Diana Carolina Valencia Tello, “La Constitución de 1991 y la contratación estatal. Visiones conflictivas y deficiencias en el diseño del Estado”. *Estudios de Derecho*, n.º 172 (2021): 177.

20 La diferencia entre los adjetivos *especial* y *exceptuado* ha sido desarrollada por la doctrina para comprender el alcance y la generalidad de la inaplicación de la Ley 80 de 1993, en los siguientes términos: “Sin embargo, existen sectores y entidades que no necesariamente aplican sus mandatos. A ellos se les denomina regímenes especiales o exceptuados de contratación, que pueden ser del orden nacional o territorial y han sido figuras que siempre han preocupado a entes de control y ciudadanía en general, por el alto volumen de recursos públicos que manejan y porque en su gran mayoría se desatiende a la convocatoria pública para contratar. También se denomina regímenes especiales a la facultad de suscribir contratos o convenios que no se regulan en sus procedimientos o causales de contratación definidas en el EGCAP, sino por normas especiales propiamente dichas. [...] Los artículos 14, 15 y 16 de la Ley 1150 del 2007, consagran algunos de los regímenes especiales o exceptuados del EGCAP referidos a las entidades. Los demás pueden hallarse, por lo menos en lo que corresponde al nivel nacional, en más de 90 leyes y decretos leyes expedidos por el Congreso de la República y por el presidente de la República en uso de facultades extraordinarias. [...] Los contratos o convenios de régimen especial tiene reglamentaciones un poco más detalladas, como ejemplo de ello se tiene, los contratos de exploración y explotación de hidrocarburos de propiedad de la Nación contenidos en el Decreto Ley 1760 del 2003; los convenios de apoyo del artículo 355 de la Constitución Política de Colombia, los de asociación de los artículos 95 y 96 de la Ley 489 de 1998, estos dos últimos reglamentados por el Decreto Autónomo Constitucional 092 del 2017; los de ciencia y tecnología del Decreto Ley 393 de 1991 y, del Decreto Ley 591 de 1991; y, los contratos relacionados con el aporte del Decreto 2388 de 1979, entre otros”. John Eliécer Maldonado, “Panorama y análisis de la configuración legal y de la reglamentación interna de los regímenes especiales y exceptuados de contratación”, *Misión Jurídica* 16, n.º 24 (2023): 220.

la importancia estratégica de los bienes y servicios que se adquieren en ellos²¹. Esto, al ser sectores en los que el Estado tiene una participación como agente que proporciona servicios en condiciones de competencia con agentes de naturaleza privada, y debe responder a estas condiciones, so pena de sucumbir ante aquellas propiciadas por los agentes privados. En este último escenario se corre el riesgo de dejar desprovistos a los ciudadanos del cumplimiento de ciertas prestaciones públicas y sociales en condiciones de accesibilidad, calidad y universalidad.

Otras voces, por el contrario, no encuentran tan racional esta idea de “pureza” del contenido del derecho común en los regímenes especiales, ni muchísimo menos en los exceptuados²². Por este motivo, estos sectores reclaman la activación de ciertas protecciones del derecho público en el funcionamiento de estos regímenes especiales. En otros términos, estos actores sostienen que la “pureza” de estos regímenes no puede implicar un *coto vedado* de elementos esenciales del derecho público en los asuntos que usan recursos públicos, por la misma naturaleza de este tipo de bienes. En consecuencia, estos actores reclaman para los regímenes especiales y para los exceptuados un sistema mixto y fluido de imbricación entre ambas ramas del derecho.

- 21 Sobre este particular, se lee en la reciente sentencia de unificación del 9 de mayo del 2024 de la Sección Tercera sobre los actos contractuales de las empresas de servicios públicos, tanto de naturaleza contractual (imposición de la cláusula penal pecuniaria ante el incumplimiento del contratista), como en la etapa poscontractual (liquidación unilateral de contrato celebrado con una empresa de servicios públicos domiciliarios), una defensa vehemente de la pureza del esquema de las empresas de servicios públicos en su quehacer contractual: “La línea jurisprudencial debe proyectarse a los actos que se adopten en la ejecución de los contratos que celebran tales empresas, pues no hay camino distinto al de aplicar el régimen que el legislador les atribuyó y establecer su naturaleza y los mecanismos para su control judicial, con especial atención en este caso, en el denominado acto de liquidación y sus efectos, bajo el telón de fondo que su régimen impone. [...] El régimen de los servicios públicos y su especialidad se concreta desde el propio ámbito constitucional expresado en una estructura cuyas variables solo atañen a estos servicios, y en la que uno de sus eslabones, no el único, corresponde a la aplicación del derecho privado para los actos y contratos de las ESP, como lo definió la ley en función de la particular arquitectura delineada por el constituyente. Que el régimen aplicable a los actos y los contratos de los prestadores de servicios públicos domiciliarios sea el derecho privado, implica que comparten la naturaleza que tienen aquellos en el tráfico negocial propio del derecho común; es decir, se trata de un escenario donde no obran prerrogativas de poder público o de autoridad, que son las notas distintivas que dan lugar a la expedición de actos administrativos”. C. E., Sec. Tercera, Sent. may. 9/2024, Exp. 53962. M. P. José Roberto SÁCHICA MÉNDEZ. [Énfasis añadido.]
- 22 Una de ellas, por ejemplo, es la de Díaz Díez (2024), quien en su crítica a la decisión judicial que se analiza en este mismo texto, es decir, la sentencia de unificación del 3 de septiembre del 2020 alza su voz de protesta contra la exclusión del derecho público de la comprensión de los actos precontractuales de las empresas de servicios públicos domiciliarios. Sobre este particular, el autor sostiene: “Pero, si bien la *summa divisio* es una herramienta epistémica y metodológica que resulta aún pertinente, se debe tener cuidado con entender que las remisiones que haga el legislador al derecho privado desnaturalizan el derecho administrativo y a sus conceptos dogmáticos. El derecho administrativo admite también la aplicación complementaria del derecho privado, es decir, acepta una mixtura en la que las normas civiles y comerciales se adecuan al derecho administrativo. Las reglas y principios que componen este sistema pueden captar y metabolizar las instituciones del derecho privado. Por ello hay ocasiones en que, en lugar de uno u otro, rige derecho público más que derecho privado”. Cristian Díaz Díez, “Acto administrativo y derecho privado: ¿una relación antagónica? Las decisiones de los prestadores de servicios públicos domiciliarios en Colombia”, *Revista de Derecho Administrativo*, n.º 39 (2024): 98.

Quienes apoyan esta segunda postura la fundamentan, ya no en el texto original de la Ley 80 de 1993, sino más bien en lo ordenado por las reformas legales integrales que la sucedieron, tales como las que propició la Ley 1150 del 2007, o también las leyes 1474 del 2011 y 2195 del 2022. Estas normas han venido determinando la necesidad de evitar, por medio de la regulación, que los regímenes especiales y exceptuados se queden tan alejados de los mandatos del derecho público como para obviar cuestiones relativas a los principios de la función administrativa establecidos en el artículo 209 de la Constitución Política en sus procesos contractuales, evadir las restricciones a la capacidad para contratar con el Estado estipuladas en las normas sobre inhabilidades e incompatibilidades consagradas en la Ley 80 de 1993, u omitir el cumplimiento los principios de gestión fiscal consagrados en el artículo 267 de la Constitución Política de Colombia y desarrollados en el artículo tercero de la Ley 610 del 2000 y en el Decreto 403 del 2020 y, más recientemente, para obligarlos a publicar su información contractual en el Secop II²³.

Uno de los escenarios concretos en los que ha tenido lugar esta discusión para identificar qué implica “articular adecuadamente” los contenidos del derecho público y del derecho privado es el de la determinación de la naturaleza jurídica de los actos que se emiten en la etapa precontractual, por parte de las empresas de servicios públicos domiciliarios. Actos precontractuales como el manual de contratación, la apertura de procesos de selección mediante invitaciones a presentar ofertas, o la aceptación de una oferta, ¿tienen la vocación de ser actos de naturaleza administrativa, a causa de la naturaleza pública o semipública de una entidad prestadora de servicios públicos? O, por el contrario, ¿son actos de naturaleza privada de actores de mercado que están compitiendo con actores privados y que deben quedar por fuera de estos marcos?

Ahora bien, esta discusión no solo se ha dado en los intersticios de lo que ocurre en la etapa precontractual. Escenarios durante la etapa contractual —como la facultad de imponer sanciones al contratista o determinar los criterios de la teoría de la imprevisión— y en la poscontractual —como el relacionado con la naturaleza de los actos de liquidación unilateral de los contratos celebrados por empresas autorizadas para actuar como agentes privados cuando esta prerrogativa ha sido pactada por las partes— han ocupado una plana importante de esta discusión²⁴. Por la agudeza de las posturas en conflicto, el Consejo de Estado ha

23 L. 2195/2022, art. 53.

24 Autores como Morillo, en el 2019, sintetizaron la divergencia interpretativa existente en el Consejo de Estado en relación con la imposibilidad de que las entidades y los órganos de régimen especial puedan liquidar unilateralmente un contrato estatal, por la subsección B del Consejo de Estado

pretendido dar una solución a la controversia, por medio de algunas sentencias de unificación jurisprudencial recientes. Es por ello por lo que es preciso adentrarse en el fondo de esta discusión mediante el análisis y la revisión de lo establecido por el máximo tribunal de lo contencioso administrativo. En lo que sigue, este artículo se ocupa de esta tarea, por lo menos en lo que respecta a la discusión sobre la naturaleza jurídica de los actos precontractuales de las empresas de servicios públicos domiciliarios.

SOLUCIÓN A LA CONTROVERSIAS SOBRE ACTOS PRECONTRACTUALES EN EMPRESAS DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS SEGÚN LA SENTENCIA DE UNIFICACIÓN DEL CONSEJO DE ESTADO (3/09/2020-EXP. 42003)

El debate sobre la naturaleza jurídica de los actos precontractuales de las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios es una de las manifestaciones de las dificultades de armonización entre el derecho privado y el derecho público en la contratación con recursos públicos. Recientemente, por medio de una sentencia de unificación, la Sección Tercera del Consejo de Estado ejercitó sus competencias como máximo órgano de la jurisdicción de lo contencioso administrativo para decantarse por una postura unificada sobre la materia, debido a la existencia de divergencias en la interpretación de las distintas subsecciones²⁵ acerca del *quantum* de derecho público que debía permitirse en este asunto, al considerar

sobre la base de la improcedencia de la liquidación del contrato en el derecho común y la tesis opuesta sobre la materia que sostiene la subsección C. Esta última entiende que es posible pactar esta cláusula unilateral en favor de la Administración para que la autoridad administrativa liquide el contrato sin el concurso del contratista, también en los contratos de régimen exceptuado. Morillo Carrillo, “El ejercicio”. Recientemente, el Consejo de Estado profirió unificación sobre el particular mediante sentencia del 9 de mayo del 2024, con ponencia del magistrado José Roberto Sáchica Méndez, donde indicó que “Salvo las excepciones legales, los actos jurídicos adoptados por los prestadores de servicios públicos domiciliarios con motivo de su actividad contractual, no son [sic] actos administrativos y se rigen por la normatividad civil y comercial, así como por las reglas atinentes a su régimen especial”.

- 25 La Ley 2081 del 2021 modificó el texto expreso de la Ley 1437 del 2011 para permitir la producción de sentencias de unificación no solo por diferencias interpretativas entre las secciones, sino también entre las subsecciones de las distintas salas del alto tribunal. Sobre este particular, la doctrina nacional ha señalado: “En relación con las sentencias de unificación propiamente dichas, la ley aclaró que el Consejo de Estado también puede proferir este tipo de sentencias cuando existan divergencias interpretativas al interior de las secciones y subsecciones del alto tribunal. Esta aclaración viene a positivizar la práctica de lo que ocurrió en materia de unificación de jurisprudencia en vigencia de la Ley 1437 del 2011”. Yenny Andrea Celemín Caicedo, “Silencios de la Ley 2080 de 2021 que reformó el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo en la discusión sobre la positivización del precedente judicial en Colombia”, *Dikaion* 31, n.º 1 (2022): 143.

que los actos precontractuales de estas empresas son actos administrativos o actos propios del derecho común²⁶.

La poco pacífica discusión que se dio a nivel jurisdiccional entre 1997 y el 2019 mostró una línea jurisprudencial muy inestable en torno a la respuesta relacionada con estas cuestiones y con otras intrínsecamente conectadas con el debate sobre la naturaleza jurídica de estos actos, como (1) cuestiones relacionadas con la jurisdicción competente para conocer estos asuntos dependiendo de si los actos precontractuales se comprenden o no como actos administrativos; y (2) el despeje de dudas en torno a los medios de control jurisdiccional o de reclamación de las decisiones tomadas por las empresas de servicios públicos domiciliarios en virtud de actuaciones de naturaleza precontractual, que pudieran afectar derechos de los oferentes o participantes de procesos adelantados por estas empresas que no están sometidas al Estatuto General de la Contratación Estatal.

Durante este periodo, y hasta el 3 de septiembre del 2020 —fecha en la que se profirió la unificación en la Sección Tercera— se vivió una intensa batalla por la permisón o no de una intrusión, necesaria para algún sector de la jurisprudencia, o impertinente para la otra, del derecho público en la gestión contractual de las empresas de servicios públicos domiciliarios. Aunque la mencionada sentencia sentó precedente sobre algunas cuestiones, aún no resulta útil para resolver inconvenientes relacionados con la dosificación o incorporación de los contenidos del derecho público, específicamente por la presencia de los principios de la función pública y de la gestión fiscal incorporados por prescripción del legislador mediante la Ley 1150 del 2007, reiterada en el artículo 53 de la Ley 2195 del 2022, en los actos realizados por las empresas de servicios públicos domiciliarios, a pesar de constituirse en un avance importante para entender la naturaleza jurídica de estos actos y los mecanismos existentes para su control por parte de la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

El caso que originó la sentencia de unificación se inicia con una demanda interpuesta contra la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá (EAAB) por una unión temporal, en la que se solicitaba la nulidad del acto de aceptación de una oferta en la que se daba como vencedor a otro de los oferentes que se presentó al proceso. La demanda se interpuso bajo el argumento de que la empresa

26 El CPACA señala que las sentencias de unificación jurisprudencial, es decir aquellas que en el marco del esquema tienen carácter vinculante para los operadores de la Administración pública y los mismos jueces, serán las que emita el Consejo de Estado por (1) importancia jurídica, (2) trascendencia económica, (3) importancia social, (4) necesidad de unificar o sentar jurisprudencia, y (5) las proferidas al decidir los recursos extraordinarios y las de revisión. Al respecto, véase Antonio Alejandro Barreto-Moreno y Fabio Enrique Pulido-Ortiz, “La regla de precedente en el derecho colombiano. Apuntes a propósito de las nociones de unificación y extensión de la jurisprudencia”, *Jurídicas* 13, n.º 1 (2016): 64-81, <https://doi.org/10.17151/jurid.2016.13.1.5>.

de servicios públicos se había venido contra su propio acto, al haber fundamentado la selección en un requerimiento que no se hallaba especificado de forma clara en la invitación a presentar la oferta para la realización de un contrato de prestación de servicios de vigilancia, pero que sí había tomado en consideración en el momento de aceptar la oferta del vencedor del proceso y rechazar la propuesta presentada por los demandantes. Estos últimos adujeron que, por lo indicado en ciertos apartes de la invitación, ellos no presentaron su oferta con esos servicios adicionales, por lo que se había afectado el principio de selección objetiva en el proceso adelantado por la EAAB. En virtud de lo anterior, la unión temporal demandante pretendía la anulación del acto de aceptación de la oferta por el cual se perfeccionó el contrato de prestación de servicios con los otros oferentes, a quienes se les aceptó esta por haber incluido los servicios adicionales sobre los que recaía el argumento de ruptura de la selección objetiva. La EAAB negó que existiera tal ruptura, al juzgar que evaluó las ofertas bajo el fundamento de que en otros apartes de la invitación a presentar oferta sí se contemplaba la inclusión de los servicios adicionales que permitieron la toma de la decisión, con lo cual no era posible alegar una expedición irregular del acto de aceptación de la oferta o la afectación del debido proceso administrativo, tal y como lo alegaban los demandantes.

La discusión sobre la naturaleza de las decisiones de la empresa de servicios públicos era crucial para fallar y acceder o no a las pretensiones de los demandantes. Si se entendía que el acto de aceptación de la oferta de los oferentes ganadores se consideraba un acto administrativo, el medio de control seleccionado por los demandantes tendría la posibilidad de prosperar, después del análisis de fondo del caso. En cambio, si se consideraba que dicho acto de aceptación de la oferta por parte de la empresa de servicios públicos domiciliarios no era un acto administrativo, la discusión jurídica sobre el medio de control seleccionado para anular la decisión debería dar otro resultado. El Tribunal Administrativo de Cundinamarca se decantó por el primer camino y juzgó que se trataba de un acto administrativo. Sin embargo, negó las pretensiones de los demandantes, al considerar que la empresa de servicios públicos no actuó de forma irregular, pues la aparente antinomia en la invitación a ofertar no tuvo la magnitud de viciar el proceso de evaluación, y, por ende, no vició el acto de aceptación de la oferta sobre el que se quejaban los demandantes. No obstante, el Consejo de Estado, en la apelación a la sentencia del tribunal presentada por los demandantes, decidió, por el contrario, revisar lo estipulado por el tribunal sobre la naturaleza jurídica del acto de aceptación de la oferta proferido por la empresa de servicios públicos, que dio lugar al perfeccionamiento del contrato de prestación de servicios sobre el que versaba la demanda con otro sujeto contractual y no con la unión temporal demandante.

La solución de la sección en la sentencia de unificación del 3 de septiembre del 2020 (Exp. 42003)

La mayoría de los consejeros que suscribieron la sentencia de unificación concluyeron que la decisión de la empresa demandada no podía considerarse un acto administrativo, sino una declaración de la voluntad de la empresa de servicios públicos domiciliarios que se rige por el derecho privado. El argumento de la mayoría se fundamenta en el acatamiento estricto de una fórmula de armonización de los contenidos del derecho público y del derecho privado, que sigue lo diseñado por el mismo legislador para las empresas de servicios públicos domiciliarios, en 1994. Una fórmula de conformidad con la cual los artículos 31, 33 (56, 57 y 116), 39 (num. 1) y 40 de la Ley 142 de 1994 son las normas que determinan con precisión qué tipo de actos de las empresas de servicios públicos son administrativos. Como los actos de naturaleza precontractual no están incluidos en el listado contenido en las normas reseñadas, la corporación concluye que estos actos jurídicos son de naturaleza privada.

De acuerdo con el alto tribunal, este acto o declaración de naturaleza privada no podría ser un acto administrativo en la medida en que “no existe una norma legal que faculte a las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios para expedir actos administrativos en la fase precontractual”²⁷. Y sin esta habilitación legal no resulta posible comprender que la declaración efectuada por la empresa de servicios públicos, a pesar de ser unilateral y producir efectos jurídicos, sea considerada un acto administrativo. Sobre esta decisión de la sala de unificación la doctrina nacional recientemente ha dicho que

De la mano de la referida jurisprudencia de unificación, que aportó la necesaria claridad y concreción sobre la materia, se debe tener presente que los actos expedidos por las autoridades estatales durante las etapas precontractual y contractual, a los que el legislador les otorgó un régimen de derecho común, son actos jurídicos de derecho privado (que no actos administrativos). Esto tiene consecuencias importantes que van más allá que [*sic*] cualquier pretensión teórica, toda vez que, aunque la Administración, hipotéticamente, tenga mayores ventajas en términos de flexibilidad y de prontitud en relaciones contractuales regidas por el de derecho privado, en otro sentido pierde los privilegios de Administración que se desprenden de la aplicación del derecho administrativo a sus actos, como la presunción de legalidad, el privilegio de la decisión previa, la autotutela administrativa y la ejecutoriedad.²⁸

27 Díaz Díez, “Acto administrativo”, 91.

28 Alberto Montaña Plata y Pedro Zapata, “La necesaria claridad conceptual y teórica sobre los contratos estatales que se rigen por el derecho privado como presupuesto para su control judicial efectivo”, *Revista Digital de Derecho Administrativo*, n.º 27 (2021): 58.

La decisión de la mayoría sobre la naturaleza jurídica de este acto administrativo sigue la aleación diseñada por el legislador en el proceso de armonización entre el derecho público y el derecho privado para el régimen de servicios públicos domiciliarios. Este acatamiento, a su vez, conduce al alto tribunal a seguir el criterio del legislador en lo relacionado con el medio de control que debe interponerse para solucionar controversias jurídicas como las planteadas por los demandantes. Esto, en virtud de lo dictaminado por la Ley 1437 del 2011. Es por ello por lo que el alto tribunal afirma que en el caso en que se pretenda demandar un acto de naturaleza precontractual de una empresa de servicios públicos domiciliarios no resulta procedente la pretensión incorporada en el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, ni la de anulación del acto que otorga el contrato de acuerdo con lo establecido en la acción de controversias contractuales.

Lo anterior, en la medida en que esta clase de problemas jurídicos no versa sobre actos administrativos. En esta unificación, la Sección Tercera señala que a lo único que puede acudir quien considere que resultó perjudicado por las decisiones adoptadas por los prestadores de servicios públicos domiciliarios en la etapa precontractual es el medio de control de reparación directa. Para ello, el demandante debe demostrar en debida forma la responsabilidad extracontractual que se desprende del quehacer de la empresa de servicios públicos, en los términos establecidos en el derecho común. Para el caso específico, las normas orientadoras para derivar el régimen de responsabilidad aplicable son las del Código de Comercio que establecen los efectos de la revocación de la oferta, y del desconocimiento de los postulados de la buena fe que también son predicables en el derecho común.

Sin embargo, la mayoría de la sala encuentra que no son aplicables para el caso concreto las consecuencias de la revocación de la oferta de las que trata el Código de Comercio, porque se trataba de una invitación a ofertar, que tiene consecuencias jurídicas distintas a las de la oferta mercantil. No concluye lo mismo cuando examina la aplicación de los preceptos del artículo 863 del Código de Comercio, que obliga a las partes en una negociación gobernada por estas normas a “proceder de buena fe exenta de culpa en el periodo precontractual, so pena de indemnizar los perjuicios que se causen”. Al contrario de lo sostenido por el Tribunal Administrativo que conoció en primera instancia el caso, la sección que unificó la postura de las subsecciones consideró que las antinomias existentes en el proceso precontractual, al no ser solucionadas oportunamente por la empresa de servicios públicos demandadas, sí daban origen a la ruptura del principio de la buena fe en el caso concreto. Sin embargo, como el demandante no llevó al proceso prueba de los perjuicios derivados de las transgresiones a la lealtad contractual

en las que incurrió la demandada, no podía declarar la compensación de ningún perjuicio.

Este análisis, además, le da pie al Consejo de Estado para reiterar su competencia para conocer de este tipo de asuntos en virtud del criterio orgánico que las normas del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo le dan a la jurisdicción de lo contencioso administrativo para tratar asuntos en los que intervienen los órganos de naturaleza pública, sin importar que no se trate de asuntos que deban ser resueltos desde la óptica del derecho público, sino bajo los estándares establecidos en el derecho común, bien sea por el Código Civil o por el Código de Comercio. A esta conclusión llega la sentencia de unificación, a partir de un razonamiento de naturaleza procesal, en relación con la competencia principal que las normas le dan a la jurisdicción de lo contencioso administrativo, en caso de que existan vacíos normativos sobre la autoridad jurisdiccional que debe resolver una reclamación en materia relacionada con los servicios públicos.

Es preciso mencionar que para el Consejo de Estado el medio de control en este tipo de circunstancias, es decir, cuando se decidan actos de las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios que no tengan la naturaleza de actos administrativos de acuerdo con las prescripciones de la Ley 142 de 1994, es la acción de reparación directa. Esta debió ser la forma de hacer llegar la pretensión indemnizatoria o resarcitoria del daño causado por las acciones u omisiones de la autoridades públicas. En el caso que ocasionó este pronunciamiento, el Consejo de Estado resuelve de fondo el asunto en los términos de este medio de control, y no en los del de nulidad y restablecimiento, o en el de nulidad para controversia contractual. Ello para garantizar el derecho efectivo a la administración de justicia. Igualmente, la existencia de divergencia de criterios entre las subsecciones de la Sección Tercera del Consejo de Estado hace que la sentencia determine que no fallar de fondo el caso implicaría darle un efecto retroactivo al control jurisdiccional sometido a su conocimiento. Por estos motivos, el Consejo de Estado señala que “como garantía del derecho de acceso a la administración de justicia, el juzgador de conocimiento de este tipo de controversias, en relación con las demandas presentadas antes de la notificación de esta providencia, resolverá la controversia de fondo, aunque no se haya empleado la acción (medio de control) que corresponda, en el marco del régimen jurídico aplicable a este tipo de actos”²⁹.

Sobre las conclusiones más importantes de esta decisión, de acuerdo con la doctrina nacional:

29 C. E., Sent. sep. 3/2020, Exp. 42003. M. P. Alberto Montaña Plata.

Esto tiene consecuencias importantes que van más allá que cualquier pretensión teórica, toda vez que, aunque la Administración, hipotéticamente, tenga mayores ventajas en términos de flexibilidad y de prontitud en relaciones contractuales regidas por el de [*sic*] derecho privado, en otro sentido pierde los privilegios de Administración que se desprenden de la aplicación del derecho administrativo a sus actos, como la presunción de legalidad, el privilegio de la decisión previa, la autotutela administrativa y la ejecutoriedad.³⁰

Por este motivo, el resuelve de la decisión expresa el sentido de la unificación en los siguientes términos: “Salvo las excepciones expresamente establecidas en la ley vigente, los actos precontractuales de los prestadores de servicios públicos domiciliarios no son actos administrativos y se rigen por la normatividad civil y comercial, *así como de resultar aplicables, por los principios que orientan la función administrativa*”.³¹ [Énfasis añadido.]

Los desafíos interpretativos que se originan con la sentencia de unificación del 3 de septiembre del 2020 (Exp. 42003)

Aunque una parte de la doctrina sobre la materia ha señalado respecto de esta decisión de unificación que “la jurisprudencia lidera hoy el proceso de esclarecimiento, ofreciendo respuestas a partir de su labor de unificación, las cuales, aunque hayan sido concebidas para un sector específico (los prestadores de servicios públicos domiciliarios), *se constituyen en un claro referente para otros sectores exceptuados*”³² [énfasis añadido], no es posible respaldar esta postura optimista sobre la estabilidad de la línea, a partir de la sentencia.

En efecto, resulta difícil avizorar un acuerdo generalizado sobre si la unificación del 3 de septiembre del 2020 definitivamente esclareció el panorama en relación con la forma de hacer una “adecuada articulación” de los contenidos del derecho público y del derecho privado en los regímenes excepcionales, o, por lo menos, en el régimen especial de las empresas de servicios públicos domiciliarios. Así también lo han notado otros autores que han analizado esta decisión judicial en el pasado y han concluido que

frente a la decisión adoptada por el Consejo de Estado, *algunos magistrados presentaron aclaración de voto*, generando algunas preocupaciones sobre unificar jurisprudencia

30 Montaña Plata y Zapata, “La necesaria claridad conceptual”, 58.

31 C. E., Sent. sep. 3/2020, Exp. 42003. M. P. Alberto Montaña Plata.

32 Montaña Plata y Zapata, “La necesaria claridad conceptual”, 58.

frente a la jurisdicción competente para dirimir estos asuntos, con atención a la Ley 1150 del 2007, invocando la necesidad de que, en algún momento, la misma corporación se pronuncie sobre la aplicabilidad de los principios de la función administrativa.³³ [Énfasis añadido.]

La duda interpretativa que deja la subregla de unificación salta a la vista, cuando se pregunta qué implica que los principios de la función administrativa sean aplicables a los actos de naturaleza privada que emitan las empresas de servicios públicos domiciliarios en la etapa precontractual, y augura que tampoco será pacífica la interpretación de la sentencia de unificación, ni por los jueces de instancia, ni por los servidores que tengan que emprender los procesos precontractuales en empresas de servicios públicos domiciliarios, a pesar de que estos actos no se consideren actos administrativos, pero en los que no existe acuerdo en la sección con relación a si esta función es o no administrativa. Por cuenta de la existencia de este desacuerdo, hay también múltiples respuestas a los interrogantes que tienen que ver con los principios de la función pública y de la gestión fiscal y de su aplicabilidad o inaplicabilidad en los actos precontractuales de las empresas de servicios públicos domiciliarios.

En este orden de ideas, la nueva subregla implica tener claridad en cuanto a la respuesta a interrogantes del siguiente tenor: (1) ¿Cuándo se debe considerar que resultan aplicables estos principios a los actos precontractuales de las empresas de servicios públicos domiciliarios? ¿Cuáles principios de la función administrativa resultan aplicables a estos actos precontractuales, si ellos no son actos administrativos? (2) ¿Resultan aplicables todos los principios de la función administrativa, por integración por prescripción y aplicación directa de la Constitución, o solo aquellos que se hayan vaciado desde la Constitución y la ley a los manuales de contratación de las empresas de servicios públicos domiciliarios, tal y como parece sugerirse en la sentencia de unificación a partir del razonamiento judicial utilizado en el caso concreto para sentar el precedente judicial? ¿O no resulta aplicable ninguno, debido a que ningún principio de la función administrativa es aplicable a una entidad pública cuando ella está compitiendo con el sector privado, porque precisamente no está expidiendo actos administrativos, sino actos de naturaleza privada, mientras que no haya una ley especial del sector que así lo determine? ¿A quién le corresponde examinar si resultaban o no aplicables estos principios en un proceso de contratación específico? ¿Al legislador? ¿A los jueces? ¿A las partes contractuales?

33 Jean Vergara y Javier Román, "Análisis de la naturaleza jurídica de los actos precontractuales emitidos por empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios", <https://hdl.handle.net/10901/25031>.

Por este motivo, es preciso indagar si es posible aproximarse a las diversas respuestas a estos interrogantes que dieron en la sentencia de unificación tanto quienes profirieron la decisión mayoritaria de unificación como quienes salvaron el voto, y también quienes hicieron una aclaración a este fallo, con el propósito de prever los escenarios interpretativos que va a suscitar la aplicación de esta subregla jurisprudencial. En este orden de ideas, la sentencia de unificación dio tres respuestas distintas a algunos interrogantes planteados, las cuales se sintetizan a continuación.

Primera postura: prevalencia del derecho privado en los actos precontractuales de las empresas de servicios públicos domiciliarios aunque con presencia del derecho público por mandato del artículo 13 de la Ley 1150 del 2007

Aunque para el caso concreto que originó la sentencia de unificación los criterios interpretativos que uso el Consejo de Estado fueron los del derecho privado, es preciso señalar que la mayoría que se pronunció en este caso concreto sí consideró que a las actuaciones de carácter precontractual de las empresas de servicios públicos domiciliarios, independientemente de su naturaleza como actos de naturaleza privada, también les son aplicables los contenidos de derecho público establecidos en el artículo 209 de la Constitución Política de Colombia, en virtud de lo ordenado por el artículo 13 de la Ley 1150 del 2007.

Por este motivo, el alto tribunal juzgó que estas actuaciones no pueden considerarse inmunes a estos principios y que la actitud de la empresa de servicios públicos afectó los principios de igualdad, imparcialidad y transparencia, los cuales se encontraban contemplados en su manual de contratación, porque, en esa medida, también eran exigibles al proceso de determinación de la prestación de servicios que se iba a adquirir. Sobre el particular, la mayoría de la Sección Tercera dijo en esta sentencia de unificación que

Para la Sala es evidente que la EAAB incurrió en irregularidades en el proceso de selección y de aceptación de la oferta, porque calificó y aceptó una oferta a partir de unas reglas de juego que resultaban equívocas para los sujetos interesadas [*sic*] en el proceso de selección. A pesar de la existencia de esas irregularidades —que el Consejo de Estado considera pertinente resaltar, en esta ocasión, con el fin de reivindicar la importancia de los deberes que gobiernan la fase de formación del contrato, predicables, en particular, de la modalidad que acá se utilizó (invitación a ofrecer), pero que, en buena medida, son extensibles a la generalidad de los escenarios precontractuales, pues ninguno de ellos es ajeno a los principios y deberes de conducta

mencionados— la demandante no probó que las contradicciones de la EAAB hubieran trascendido y afectado su esfera patrimonial.³⁴

Segunda postura: primacía del derecho público porque la actividad que realizan las empresas de servicios públicos es función administrativa, profieren actos administrativos y deben cumplir con los principios de la gestión pública y fiscal

Los magistrados que salvaron el voto en esta sentencia de unificación fueron María Adriana Marín y Martín Bermúdez. El motivo del salvamento se fundamenta, por un lado, en la técnica de solución que se adoptó en el caso concreto para efectuar la “adecuada armonización entre el derecho público y el derecho privado”, a la que calificaron como confusa y sobre la que avizoran nuevas fuentes de confusión al tener que efectuar la revisión del cumplimiento de los principios de la función pública en los procesos precontractuales de las empresas de servicios públicos, pero bajo el marco o a la luz de derecho privado, y, por otro lado, en el cambio del precedente que, en sentir de quienes salvaron el voto, ocurrió con la sentencia de unificación. La postura de la minoría de la sección se basa en defender que estos actos precontractuales son de naturaleza administrativa, a pesar de que se profieran desde la arista del derecho privado, en razón a que estas actividades son una manifestación de la función administrativa que cumplen las empresas de servicios públicos domiciliarios.

La consejera Marín recalca en su salvamento de voto el hecho común de que los actos administrativos se pueden proferir con marcos no exclusivamente provenientes del derecho público, por ejemplo, en el caso de los actos que se profieren en el ICBF recurriendo a las normas sobre derecho de familia provenientes del derecho común, pero que no por ello se quitan su ropaje de ser declaraciones de voluntad unilaterales que profieren las entidades estatales o los particulares, en el ejercicio de funciones de administrativas, de control o de naturaleza electoral y que producen efectos jurídicos. De acuerdo con la consejera:

La “desclasificación” de los actos administrativos también impacta la aplicación efectiva de los principios constitucionales, y específicamente los de la función administrativa, a pesar de que la Ley 1150 del 2007, artículo 13, ordenó que en la contratación de las entidades estatales excluidas de la Ley 80 también se aplicaran. Calificar las decisiones como actos civiles o mercantiles facilita la exclusión soterrada de la aplicación fuerte de estos principios, y con ello la intensidad de la motivación de

34 C. E., Sec. Tercera, sep. 3/2020, Exp. 42003. M. P. Alberto Montaña Plata.

la decisión, la impugnabilidad, la igualdad de trato, y los demás valores políticos y sociales. Todos estos efectos están latentes detrás de la clasificación equivocada sobre la naturaleza de las decisiones de la Administración; no se trata de un simple ejercicio lógico, ni teórico —que, además, en mi criterio no fue acertado, sino que la Sala ha expuesto a la Administración y al derecho al riesgo de perder la conquistas que se ganaron hace tiempo.³⁵

Por su parte, el consejero Martín Bermúdez establece que existe un cambio de precedente a partir de la sentencia de unificación, en la medida en que, según argumenta, la posición de la sección, hasta antes de la expedición de la unificación, concluía que los actos precontractuales de estas empresas de servicios públicos domiciliarios eran una manifestación de la función administrativa. Esto por mandato de la misma Ley 142 de 1994 que indica que estas empresas desarrollan tales tareas cuando ejercen su función de contratar bienes y servicios debido a la naturaleza pública del capital que las integran. Bermúdez considera que, por este motivo, la jurisprudencia anterior veía estos actos precontractuales como actos administrativos, cuyo control de legalidad recae en la jurisdicción de lo contencioso administrativo, especialmente cuando incumplen los principios de la función administrativa que son el fundamento de cualquier acto administrativo.

El consejero reclama la falta de transparencia de la sala al asumir la existencia de un cambio de precedente. También destaca los problemas que genera la nueva postura adoptada en la unificación, al no analizar la imposibilidad de aplicar la suspensión provisional de estas decisiones, que ya no serán, desde la fecha de promulgación de la unificación, reconocidas como actos administrativos. Por último, advierte que la sentencia no contribuirá a propiciar un escenario de seguridad jurídica que era exigible a los jueces, pues era a ellos a quienes les correspondía fijar la pretendida armonización entre el derecho público y el derecho privado a partir de sus decisiones. Esto por cuenta de la ambigüedad de la fórmula de la aleación que ha caracterizado el quehacer del legislador en el sector y que obligaba a un papel más activo de los jueces en esta tarea.

Estos salvamentos de voto han llamado la atención de la doctrina nacional, que también se ha pronunciado para respaldar el salvamento como la forma más adecuada de comprender la articulación entre el derecho privado y el derecho público en este caso, por las consecuencias que tiene para el sistema de fuentes jurídicas la adopción de la postura de la unificación. Sobre el particular se destaca la postura reciente de Díaz Díez, quien ha comentado:

35 Salv. de voto, María Adriana Marín, C. E., Sent. sep. 3/2020, Exp. 42003.

Es cierto que el legislador estableció que dichos operadores económicos se rigen por el derecho privado. Pero no lo es menos que el mismo legislador estableció en una norma posterior y especial que también deben respetar las reglas y principios del derecho administrativo. Estos últimos tienen jerarquía superior porque son normas constitucionales. En tal sentido es forzoso concluir que el derecho privado que regula a estas empresas en su actividad es un derecho matizado o que se aplica complementariamente con el derecho administrativo.³⁶

Tercera postura: los principios de la función administrativa y del derecho público tienen una limitada inclusión en la etapa precontractual de las empresas de servicios públicos domiciliarios, porque con estos actos no desarrollan función administrativa

En esta postura, sostenida por los consejeros Guillermo Sánchez Luque, José Roberto Sábica Méndez y Marta Nubia Velázquez, y más atenuadamente por Jaime Enrique Rodríguez Navas, se reivindica la existencia del régimen especial de las empresas de servicios públicos domiciliarios. Se afirma que, por decisión constitucional debe primar un criterio de especialidad, que atienda a las funciones que deben cumplir las empresas de servicios públicos de carácter oficial o de naturaleza mixta. Este régimen las obliga a proveer mayores índices de cobertura y de calidad a menores costos a los usuarios, a partir de la competencia con las empresas de servicios públicos de naturaleza privada. Es por ello por lo que los consejeros de este bloque de la decisión determinan que solo cuando el régimen especial de los servicios públicos sea expresamente modificado por el legislador, en una ley especial para este sector económico, será posible incluir los principios de la función administrativa en los actos privados que desarrollan estas empresas en su etapa precontractual.

Así, resulta inconducente e impertinente la aplicación directa de la Constitución para la incorporación de estos principios ni la inclusión de lo previsto en el artículo 13 de la Ley 1150 del 2007, pues, de acuerdo con su concepto, estas empresas no efectúan función administrativa en el ejercicio de sus actividades. Es por ello por lo que, mientras ocurre una reforma legislativa en estos términos, les corresponde a los jueces verificar, caso a caso, cómo pueden extraerse estos principios de las reglas que determinan el funcionamiento de los servicios públicos, específicamente la Ley 142 de 1994 y aquellas que la han modificado de forma expresa, o los que se deriven de los postulados de la buena fe regulados desde la

36 Díaz Díez, "Acto administrativo", 98.

óptica del derecho común. Lo anterior en la medida en que esta norma no sería aplicable a estas empresas, a pesar de su naturaleza pública o semipública:

Así, en su momento la Sala deberá precisar que los principios denominados “organizacionales” del artículo 209 C. N. (desconcentración, la delegación y la descentralización) no aplican —sin más— a la contratación de entidades exceptuadas como los operadores de servicios públicos. [...] Igual suerte debería correr el “principio finalístico” del artículo 209 C. N. (interés general). Aunque todo el derecho debe conducir al interés general (bien común), la prestación de los servicios públicos tiene sus reglas particulares, porque (i) son actividades de interés general —inherentes a la finalidad social del Estado (art. 365 C. N.)— y por ello se someten a una legislación especial de intervención económica. Los “principios funcionales” del artículo 209 C. N. (igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad) también son de aplicación limitada —y en todo caso muy distinta— dado que giran en torno al ejercicio de la función administrativa, esto es, una actividad ajena a la de agentes económicos en el marco del derecho privado. Además, esos “principios” de alguna manera están previstos en leyes especiales, que imponen deberes de comportamiento específicos de acuerdo con el marco en el cual se desarrollan. Su aplicación debe tener en cuenta que el Estado en la prestación de los servicios públicos no actúa como autoridad pública (función administrativa), sino que lo hace como cualquier particular. De manera que estos “principios funcionales” deberán ser analizados —caso a caso— por el juez, de acuerdo con las reglas de las leyes que en especial regulan determinada actividad económica en la que participe el Estado. En este caso las normas de intervención económica contenidas en las leyes 142 y 689.³⁷

O también:

no estimo acertada la invocación que se hace en la sentencia sobre la observancia del artículo 13 de la Ley 1150 del 2007 por parte de las ESP públicas, pues, a más de ser innecesaria para soportar la decisión jurisprudencial que se adopta, resulta doblemente imperfecta, pues entiende que el régimen contractual en materia de servicios públicos domiciliarios es un régimen *exceptuado*, lo que, como he indicado, no comparto, sino que, además, implica calificar de manera apriorística la acción contractual de las ESP como un función [*sic*] administrativa, apelando al criterio subjetivo de ver tal función en la acción de cualquier entidad estatal, asunto que, en el estado actual de diversidad de formas y métodos de acción del Estado, no es preciso. Habrá

37 Acl. de voto, Guillermo Sánchez Luque, C. E., Sent. sep. 3/2020, Exp. 42003.

de recordarse que la función administrativa en su noción más básica expresa la forma que asume el poder del Estado para el logro de los diversos cometidos estatales; de esta manera, si en la actividad contractual de las ESP no hay ejercicio de poder, sino realización de cometidos, estaremos frente a una función distinta. Con esto no quiero significar que no se apliquen postulados y criterios para el desarrollo de su trascendental actividad, pero sin duda, a los mismos no se llega por la vía del artículo 13 de la susodicha Ley 1150 del 2007.³⁸

En esa medida, estos magistrados ven crucial el papel del legislador a la hora de efectuar la armonización de contenidos entre el derecho público y el derecho privado, en el exigente sector de los servicios públicos domiciliarios. Al mismo tiempo abogan por un rol más activo de los jueces en el proceso de armonización, pero no con los marcos de referencia de la Ley 80 de 1993, sino con los de la Ley 142 de 1994.

CONCLUSIONES

Mediante sentencia del 3 de septiembre del 2020, la Sección Tercera del Consejo de Estado, en calidad de máximo órgano de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, buscó definir una postura unificada sobre la naturaleza de los actos precontractuales de las empresas de servicios públicos domiciliarios. Lo anterior, debido a la existencia de divergencias en la interpretación de las distintas subsecciones sobre el grado de participación del derecho público que debe permitirse en ese asunto. En este sentido, la poco pacífica discusión ha versado sobre si los actos precontractuales son actos administrativos o actos propios del derecho privado.

Pese a que el sentido de la unificación determinó que los actos precontractuales de los prestadores de servicios públicos domiciliarios no son actos administrativos y se rigen por la normatividad civil y comercial, en la citada sentencia de unificación se localizan diversas posturas:

- En los actos precontractuales de las empresas de servicios públicos domiciliarios predomina el derecho privado ya que no se trata de actos administrativos, pero debe permitirse una presencia del derecho público por orden del legislador en el artículo 13 de la Ley 1150 del 2007.

38 Acl. de voto, José Roberto SÁCHICA Méndez, C. E., Sent. sep. 3/2020, Exp. 42003.

- Un reclamo sobre la primacía del derecho público, porque la actividad que realizan las empresas de servicios públicos es función administrativa. Los actos que profieren estas empresas son actos administrativos, por ello deben cumplir con los principios de la gestión pública y de la gestión fiscal.
- Los principios de la función administrativa y los contenidos del derecho público no tienen cabida o, si la tienen, es muy reducida, en la etapa precontractual de las empresas de servicios públicos domiciliarios, porque en estos actos las empresas no desarrollan función administrativa.

El hecho de que se hayan brindado diferentes respuestas a los distintos cuestionamientos que existen en torno a la naturaleza de los actos precontractuales deja más incertidumbre que certeza en la materia. De hecho, es llamativo el número de aclaraciones de voto (seis en total), que se suman a los dos salvamentos del total de magistrados que participaron en la discusión, o que no les brinda a los operadores jurídicos la sensación de certeza sobre el tema. Si bien el alto tribunal recientemente emitió sentencia de unificación en el mismo sentido frente a los actos jurídicos contractuales de las empresas de servicios públicos domiciliarios, considerándolos actos de derecho común (sentencia del 9 de mayo del 2024, Exp. 53962), esta providencia, aun con numerosas manifestaciones de aclaraciones sobre las consideraciones del fallo y otras apartándose, da cuenta de la complejidad de este asunto y vislumbra un consenso poco consolidado sobre la materia.

BIBLIOGRAFÍA

Doctrina

- Barreto-Moreno, Antonio Alejandro y Fabio Enrique Pulido-Ortiz. “La regla de precedente en el derecho colombiano. Apuntes a propósito de las nociones de unificación y extensión de la jurisprudencia”. *Jurídicas* 13, n.º 1 (2016): 64-81. <https://doi.org/10.17151/jurid.2016.13.1.5>
- Benavides, Jorge Luis. *El contrato estatal: entre el derecho público y el derecho privado*. 2.ª reimp. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007.
- Celemín, Yenny Andrea. “Silencios de la Ley 2080 de 2021 que reformó el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo en la discusión sobre la positivización del precedente judicial en Colombia”. *Dikaion* 31, n.º 1 (2022): 120-147.
- Dávila, Luis Guillermo. *Régimen jurídico de la contratación estatal*. 3.ª ed. Bogotá: Legis, 2016.

- Díaz Díez, Cristian. “Acto administrativo y derecho privado: ¿una relación antagónica? Las decisiones de los prestadores de servicios públicos domiciliarios en Colombia”. *Revista de Derecho Administrativo*, n.º 39 (2024): 85-100.
- . “Obligatoriedad del Sistema Electrónico de Contratación Pública (Secop) para las entidades estatales con régimen contractual excepcional: un supuesto de retorno del derecho administrativo en Colombia”. *Revista Euro-latinoamericana de Derecho Administrativo* 10, n.º 2 (2023): 1-31.
- Duque, Juan David. “Contratación pública global”. En *Nuevos rumbos del derecho administrativo*, editado por Manuel Restrepo. Bogotá: Ediciones Universidad del Rosario, 2023.
- Maldonado, John Eliécer. “Panorama y análisis de la configuración legal y de la reglamentación interna de los regímenes especiales y exceptuados de contratación”. *Misión Jurídica* 16, n.º 24 (2023): 217-244.
- Montaña Plata, Alberto y Pedro Zapata. “La necesaria claridad conceptual y teórica sobre los contratos estatales que se rigen por el derecho privado como presupuesto para su control judicial efectivo”. *Revista Digital de Derecho Administrativo*, n.º 27 (2021): 45-72.
- Morillo Carrillo, Sebastián. “El ejercicio de las facultades unilaterales en los regímenes exceptuados”. En *Reflexiones sobre la contratación del sector público en Colombia*, editado por Marta Nubia Velásquez. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, 2019.
- Palacio, María Teresa. “La contratación estatal como instrumento para la concreción de las políticas y contenidos públicos”. En *Memorias del III Seminario de Gerencia Jurídica Pública*. Bogotá: Alcaldía Mayor de Bogotá, 2006.
- Santofimio, Jaime Orlando. “El carácter conmutativo y, por regla general, sinalagmático del contrato estatal y sus efectos respecto de la previsibilidad del riesgo y del mantenimiento de su equilibrio económico”. *Revista Digital de Derecho Administrativo*, n.º 1 (2009): 1-58.
- Schmidt-Assmann, Eberhard. “Reflexiones sobre la distinción entre derecho público y derecho privado”. *Revista de Derecho Administrativo Económico*, n.º 30 (2019).
- Valencia, Diana. “Los desafíos del govtech y la contratación pública para la innovación en Colombia”. En *Nuevos rumbos del derecho administrativo*, editado por Manuel Restrepo. Bogotá: Ediciones Universidad del Rosario, 2022.
- Valencia Tello, Diana. “La Constitución de 1991 y la contratación estatal. Visiones conflictivas y deficiencias en el diseño del Estado”. *Estudios de Derecho*, n.º 172 (2021): 175-196.

Vergara, Jean y Javier Román. “Análisis de la naturaleza jurídica de los actos precontractuales emitidos por empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios”. <https://hdl.handle.net/10901/25031>

Vidal, Jaime y Carlos Molina. *Derecho administrativo*. Bogotá: Legis, 2019.

Normativa

C. Co., art. 863.

C. N. arts. 209, 267.

D. 403/2020.

L. 142/1994.

L. 610/2000, art. 3.

L. 1150/2007.

L. 1437/2011.

L. 1474/2011.

L. 2081/2021.

L. 2195/2022, art. 53.

Jurisprudencia

Acl. de voto, Guillermo Sánchez Luque. C. E., Sent. sep. 3/2020, Exp. 42003.

Acl. de voto, José Roberto Sáchica, C. E., Sent. sep. 3/2020, Exp. 42003.

C. Const., Sent. C-249, mar. 16/2004. M. P. Jaime Araújo Rentería.

C. E., Sec. Tercera, Sent. abr. 8/2014, Exp. 25801. M. P. Enrique Gil Botero.

—, Sent. sep. 3/2020, Exp. 42003. M. P. Alberto Montaña Plata.

—, Sent. feb. 10/2021, Exp. 47068. M. P. Martín Bermúdez.

—, S. de Consulta y Servicio Civil, may. 13/2021, Exp. 2456. M. P. Álvaro Namén Vargas.

—, Sec. Tercera, Sent. may. 9/2024, Exp. 53962. M. P. José Roberto Sáchica Méndez.

Salv. de voto, María Adriana Marín, C. E., Sent. sep. 3/2020, Exp. 42003.

CAPÍTULO 2

RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS ACTOS EXPEDIDOS POR ENTIDADES PÚBLICAS CON RÉGIMEN ESPECIAL DE CONTRATACIÓN*

Ramiro Saavedra Becerra
Carlos Francisco Saavedra Roa

INTRODUCCIÓN

La reciente sentencia de unificación del Consejo de Estado del 9 de mayo del 2024 ha suscitado un amplio debate sobre el alcance de sus reglas, así como las implicaciones jurídicas de considerar que los actos unilaterales emitidos por entidades públicas exentas del régimen de contratación estatal son actos contractuales sometidos al derecho privado y no actos administrativos. Este capítulo tiene como objetivo analizar detalladamente esta sentencia, explorar las controversias que ha suscitado y ofrecer propuestas para abordar los problemas identificados.

Para tal fin, en primer lugar se presenta una reseña de lo que ha significado el contrato celebrado por las entidades estatales, los debates en torno a su naturaleza y tratamiento jurídico, y el sometimiento de este a regímenes de derecho privado como excepción a la regla general de su régimen de derecho público en nuestro sistema jurídico de derecho administrativo. Luego, se hace una breve descripción de la sentencia de unificación con el objetivo de contextualizar su contenido y relevancia. En segundo lugar, se examinan tres aspectos críticos:

- la distinción entre actos administrativos y actos contractuales de derecho privado;
- los efectos prácticos de la regla de unificación; y
- la aplicación inadecuada de la regla en el caso concreto.

En tercer lugar, se exponen las instituciones propias del derecho privado adecuadas para solucionar las controversias derivadas de los actos contractuales

* Para citar este capítulo: <https://doi.org/10.51573/Andes.9789587989571.9789587989595.2>

expedidos por entidades públicas sometidas al régimen de derecho privado. Finalmente, se presentan las conclusiones, que sintetizan los hallazgos y las implicaciones de las propuestas y recomendaciones discutidas a lo largo del capítulo.

LA CONTRATACIÓN DE LAS ENTIDADES ESTATALES

La naturaleza del contrato celebrado por las entidades del Estado ha sido objeto de un análisis de muy largo recorrido en la doctrina y la jurisprudencia del derecho administrativo de origen francés y español a la que pertenece nuestra propia tradición jurídica.

Así, en la etapa inicial del desarrollo de esta rama del derecho, cuando se trataba de distinguir el ámbito de competencia de los tribunales de derecho común y los tribunales de lo contencioso administrativo, en la teoría de los actos de autoridad por oposición a los llamados actos de gestión, el contrato, así fuera celebrado por la Administración, se consideró inicialmente el prototipo preciso de esta última categoría.

No obstante, en la medida en que el Estado superó la etapa en que se lo consideraba un simple protector de las actividades de los particulares y se inició el camino hacia el intervencionismo creciente, el contrato estatal se impregnó de los procedimientos propios del derecho público.

A esa evolución no fue ajeno nuestro país, desde que a los contratos estatales, inicialmente sujetos al Código Civil —que eran de competencia de la Corte Suprema de Justicia—, se les incorporó la cláusula de caducidad venida del derecho público. Más tarde, ya en el régimen posterior al Decreto 528 de 1964, cuando la competencia se trasladó al Consejo de Estado, el país adoptó la distinción clásica entre los contratos de derecho público y los contratos de derecho privado de la Administración contenida en el Decreto Ley 222 de 1983.

A pesar de la intención de separar la contratación del Estado en dos categorías claramente identificadas y autónomas, aún en ese periodo fueron frecuentes los desacuerdos sobre el manejo doctrinal y jurisprudencial de los actos expedidos en una y otra situación, entre otras razones por la renuencia de la Administración a renunciar a sus potestades públicas, y aceptar el juego del régimen privado en sus acuerdos contractuales. Esto llevó a una confusión persistente, que nunca fue resuelta mientras duró la vigencia del decreto ley mencionado.

Más tarde, con la adopción en el país de una nueva orientación en materia económica, dirigida a la inserción en el comercio mundial y al estímulo de la

inversión extranjera, se consideró que era prudente facilitar y hacer más ágil la contratación de los entes estatales. Se hizo evidente que el Estado, en su misión de interés general, utiliza relaciones bilaterales para cumplir sus fines, por lo que se pretendió idear un estatuto universal con el mínimo de derecho público común a todos los contratos del Estado. Tal fue la pretensión del legislador de 1993 al expedir la Ley 80 de ese año.

No obstante, por múltiples razones, pronto se vio la necesidad de establecer regímenes exceptuados del Estatuto General que poco a poco se fueron multiplicando hasta formar un espacio jurídico muy amplio, que es, precisamente, al que se refiere la sentencia de unificación que es el objeto principal de este estudio.

En ciertos casos, los regímenes de derecho privado se han justificado por la necesidad de establecer una ejecución más fluida que la de los contratos de naturaleza administrativa, con sus pesados controles de gestión y múltiples exigencias formales, o bien con fundamento en razones de competencia en el mercado, como el espacio en que se mueven las empresas de servicios públicos (ESP). Se alegan igualmente motivos de importancia política o social, que se verían mejor servidos por medio de las técnicas de la administración empresarial moderna.

A tiempo que el legislador estableció que determinados contratos que celebrarían las entidades públicas se rigieran por el derecho privado, dispuso igualmente que los actos expedidos en desarrollo de estos fueran también del mismo derecho. Tal es el caso de la Ley 142 de 1994, que consagró un régimen privado para los contratos que celebren las empresas de servicios públicos domiciliarios, y cuyo artículo 32 señaló que los actos de estas se regirían “exclusivamente por las reglas del derecho privado”.

Sin embargo, las consecuencias de esta concepción legislativa no han sido suficientemente esclarecidas por la doctrina. Y el tratamiento que les dan a sus actos las empresas del Estado regidas por el derecho privado ni es claro ni es consecuente. Bajo la estrategia de expedir “resoluciones”, con frecuencia se manejan sus actos como si, en lugar de acomodarse a la naturaleza del contrato, se tratara del ejercicio de potestades públicas claramente excluidas de este.

Justamente, frente al silencio casi absoluto de la doctrina, y a la confusión generalizada que existe al respecto, la jurisprudencia lidera hoy el proceso de esclarecimiento, ofreciendo respuestas a partir de su labor de unificación. Se trata entonces de aportar la necesaria claridad y concreción sobre la materia, aunque como se verá al estudiar la sentencia de este ensayo, dejando todavía zonas oscuras en la definición del tema.

LA SENTENCIA DE UNIFICACIÓN DEL 9 DE MAYO DEL 2024 (EXP. 53962)

En esta sentencia de unificación, el Consejo de Estado falló en apelación el recurso presentado por el contratista AG Consultores Ambientales Ltda. contra la decisión del Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, que declaró la nulidad de la resolución por medio de la cual la Empresa de Servicios Públicos de Aseo de Cali (Emsirva ESP) resolvió, a su vez, el recurso de reposición interpuesto contra el presunto acto administrativo que liquidó el contrato, por haber sido expedido sin competencia temporal.

La Sala Plena indicó que cuando una entidad estatal sometida al derecho privado celebra un contrato regido por esas normas, es admisible pactar cláusulas que otorguen facultades unilaterales a la entidad estatal. Estas facultades no provienen de una prerrogativa legal, sino de la autonomía de la voluntad; por lo tanto, si la entidad las usa, lo hará por medio de actos contractuales de derecho privado y no de actos administrativos. Ello implica que resulta improcedente elevar una pretensión de nulidad para desvirtuar la presunción de legalidad. Por tal motivo, habrá de ventilarse la discusión mediante el medio de control de controversias contractuales en orden a establecer si el ejercicio de la facultad unilateral satisfizo los alcances de las cláusulas convenidas para su implementación o estas fueron desbordadas o inobservadas¹.

El Consejo de Estado, en su decisión, fijó las siguientes reglas de unificación:

Salvo las excepciones legales, los actos jurídicos adoptados por los prestadores de servicios públicos domiciliarios con motivo de su actividad contractual, [*sic*] no son actos administrativos y se rigen por la normatividad civil y comercial, así como por las reglas atinentes a su régimen especial. Por tal razón, para controvertirlos a través del medio de control de controversias contractuales, el demandante no tiene la carga de solicitar su anulación.

En los asuntos pendientes de solución bajo los que se hubiere solicitado la nulidad de tales actos por considerarlos actos administrativos, no podrá declararse la inepta demanda ni los jueces pueden inhibirse de emitir una decisión de fondo. En garantía del derecho de acceso a la administración de justicia y la aplicación del principio *iura novit curia*, se debe adecuar e interpretar la demanda y reconducirla para fallarla de fondo, conforme a la presente unificación.²

1 C. E., Sec. Tercera, Sent. dic. 12/2022, Exp. 66729. M. P. Alberto Montaña Plata.

2 C. E., Sec. Tercera, Sent. may. 9/2024, Exp. 53962. M. P. José Roberto Sáchica Méndez.

De esta manera, la motivación del Consejo de Estado para tomar la decisión estuvo basada en que

- las empresas de servicios públicos en el marco de su contratación están sometidas al *régimen de derecho privado y a la ley especial de los servicios públicos domiciliarios* (Ley 142 de 1994);
- como consecuencia del régimen, cuandoquiera que la entidad ejercite una facultad unilateral lo hará de conformidad con la estipulación contractual y no en el ejercicio de una prerrogativa del poder otorgada por la ley; y
- los reproches que se hagan respecto de los actos emitidos en el ámbito contractual se deberán controvertir vía el medio de control de controversias contractuales.

En el caso concreto, consideró que las “resoluciones” expedidas por Emsirva ESP constituían manifestaciones de la voluntad que no tenían la naturaleza de actos administrativos sino de actos jurídicos contractuales, frente a los cuales no era predicable la presunción de legalidad, ni los demás atributos de los actos administrativos.

En desarrollo de su decisión, la Sala, ateniéndose a las estipulaciones del contrato, negó las súplicas del actor pues estimó que no había lugar a considerar que la ESP había incumplido el acuerdo negocial ni en el ejercicio de la facultad unilateral ni en el de las demás obligaciones. En consecuencia, precisó que tampoco prosperaba la pretensión de liquidación judicial del negocio jurídico, pues la realizada por Emsirva, desde la misma perspectiva privada, no era susceptible de reproche alguno. También negó las demás pretensiones de la demanda.

LA SENTENCIA Y LA NATURALEZA DE LOS ACTOS UNILATERALES EMITIDOS POR ENTIDADES SOMETIDAS AL DERECHO PRIVADO

En un principio, el Consejo de Estado sostenía que las entidades sometidas al derecho privado no podían incluir cláusulas unilaterales en sus contratos por falta de habilitación legal³. No obstante, esa postura cambió y se estimó que era válido que estas entidades incluyeran cláusulas accidentales que otorgaran facultades unilaterales, como la imposición de multas, cláusulas penales o la terminación

3 C. E., Sec. Tercera, Sent. sept. 9/2013, Exp. 25681. M. P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

unilateral del contrato. Ello porque la autonomía de la voluntad permite que las partes gestionen sus intereses, siempre y cuando respeten los límites establecidos por las normas imperativas, el orden público, las buenas costumbres y el principio de buena fe objetiva, entre otros⁴.

Como lo expresa el propio Consejo de Estado:

Cuando una entidad estatal celebra un contrato que se rige por las normas del derecho privado, es legalmente admisible que se pacten cláusulas cuya ejecución corresponda a una de ellas, aunque el ejercicio de tales facultades no tenga origen en una prerrogativa atribuida por ley a la contratante, sino en la libertad contractual en la que se fundamentó dicho acuerdo, de modo que si la entidad materializa las atribuciones unilaterales pactadas a través de estos, se trata de actos contractuales y no administrativos.⁵

A partir del reconocimiento de la validez de tales cláusulas, el Consejo de Estado ha sostenido que los actos que por ellas se dictan son de naturaleza privada, se rigen por el régimen jurídico de los contratos y no implican el ejercicio de funciones administrativas⁶.

Es necesario advertir que la sentencia que se comenta fue objeto de algunos salvamentos de voto, que plantearon tanto cuestiones relacionadas con la naturaleza de los actos expedidos por las entidades estatales sujetas al derecho privado en desarrollo de sus actividades como en relación con los efectos prácticos de la decisión para los contratistas. Algunos de esos planteamientos se recogen en este escrito por considerarlos pertinentes y oportunos⁷.

En relación con este punto, en uno de los votos disidentes de la ponencia aprobada se argumentó que los actos emitidos por una entidad sometida al régimen privado son verdaderos actos administrativos, por cuanto se ajustan a la definición de estos como “una manifestación unilateral de la voluntad de la Administración pública directamente encaminada a producir efectos de creación, modificación o extinción de situaciones jurídicas”⁸.

4 C. E., Sec. Tercera, Sent. jun. 19/2019, Exp. 39800. M. P. Alberto Montaña Plata.

5 C. E., Secc. Tercera, Subsec. A, Sent. jul. 19/2017, Exp. 57934.

6 Auto S-701 de 23 de septiembre de 1997, citado en C. E., Sec. Tercera, Sent. jun. 19/2019, Exp. 39800. M. P. Alberto Montaña Plata. En igual sentido, véase C. E., Sec. Tercera, Sent. jul. 9/2021, Exp. 50289. M. P. Martín Bermúdez Muñoz y C. E., Sec. Tercera, Sent. nov. 23/2022, Exp. 66700. M. P. Alberto Montaña Plata.

7 Salv. de voto, Martín Bermúdez Muñoz, C. E., Sec. Tercera, Sent. may. 9/2024, Exp. 53962; Salv. de voto, Fredy Ibarra Martínez, C. E., Sec. Tercera, Sent. may. 9/2024, Exp. 53962.

8 Salv. de voto, Fredy Ibarra Martínez, C. E., Sec. Tercera, Sent. may. 9/2024, Exp. 53962.

Al respecto, cabe señalar que en la concepción tradicionalmente sostenida por la jurisprudencia de lo contencioso administrativo se requiere que el acto administrativo sea dictado en el ejercicio de “funciones administrativas”, circunstancia que, en el caso concreto, es precisamente lo que no se cumple⁹.

En otro de los salvamentos de voto se argumenta que, dado que las entidades bajo el régimen privado —como las empresas de servicios públicos en el caso de la sentencia de unificación— administran recursos públicos y sus decisiones contractuales afectan el presupuesto, estos actos deben considerarse administrativos, según lo estipulado en el artículo 71 del Estatuto Orgánico del Presupuesto (EOP)¹⁰.

Es claro que la disposición citada se limita a exigir certificado de disponibilidad presupuestal a los actos administrativos sin pretender calificar como tales a todas las actuaciones que afecten el presupuesto de las entidades públicas. La deducción, por ende, va más allá de lo que pretende el Estatuto referido.

Finalmente, un tercer reparo a la sentencia de unificación del Consejo de Estado afirma que los actos de las entidades sometidas a un régimen especial están sujetos a los principios de la función administrativa y la gestión fiscal de conformidad con el artículo 13 de la Ley 1150 del 2007^[11]. Ello significaría que la entidad que emite el acto no actúa como un particular, por lo tanto, este debe considerarse administrativo.

Las entidades públicas sometidas a un régimen de derecho privado no ejercen funciones administrativas por definición, salvo en los precisos casos en que así lo disponga el legislador, como cuando ejercen potestades excepcionales. Ello no impide que deban ajustar su actividad a los principios de la función administrativa, que es lo que dispone la norma citada. Sin embargo, esto no convierte todos sus actos en administrativos necesariamente.

9 C. E., Sec. Cuarta, Sent. oct. 12/2017, Exp. 19950. M. P. Stella Jeannette Carvajal Basto.

10 “Todos los actos administrativos que afecten las apropiaciones presupuestales deberán contar con certificados de disponibilidad previos que garanticen la existencia de apropiación suficiente para atender estos gastos.” EOP, art. 71.

11 “Art 13. Principios generales de la actividad contractual para entidades no sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. Las entidades estatales que por disposición legal cuenten con un régimen contractual excepcional al del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública aplicarán en desarrollo de su actividad contractual, acorde con su régimen legal especial, los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal de que tratan los artículos 209 y 267 de la Constitución Política, respectivamente, según sea el caso y estarán sometidas al régimen de inhabilidades e incompatibilidades previsto legalmente para la contratación estatal.”

EFFECTOS PRÁCTICOS DE LA SENTENCIA DE UNIFICACIÓN

El primer efecto práctico de la sentencia de unificación es que deja abierta la posibilidad de que cualquier acto emitido por una entidad estatal en ejercicio de una potestad unilateral otorgada por el contrato se incluya en la regla de unificación. Ahora bien, otra cosa es que la facultad unilateral otorgada por el contrato sea una cláusula contraria a las normas imperativas, el orden público, las buenas costumbres o la buena fe objetiva.

Así, como ya se mencionó, la sentencia establece que los actos unilaterales emitidos por una entidad estatal en contratos regidos por el derecho privado se consideran actos contractuales en lugar de administrativos, pero no aclara cuáles decisiones o actos unilaterales se incluyen en esa categoría, lo que vuelve incierto el alcance de la unificación.

Por otra parte, la sentencia no explica cómo proteger al contratista cuando la entidad sometida al derecho privado expide un acto unilateral bajo la apariencia de un acto administrativo, aun cuando sea de naturaleza contractual privada. Como la sentencia se circunscribió efectivamente a las cláusulas del contrato celebrado por AG Consultores Ambientales Emsirva ESP, y con base en tales estipulaciones resolvió las pretensiones de la demanda, no se pronunció de manera efectiva sobre los hechos realmente ocurridos, como la expedición de una resolución por parte de la empresa y sus consecuencias.

Porque lo cierto es que en eventos como este surgen importantes cuestiones de orden práctico: ¿puede la entidad iniciar un proceso de cobro coactivo?, ¿puede la entidad, basándose en el aparente acto administrativo, recurrir directamente a la aseguradora para hacer efectivas las garantías?, ¿cómo puede el contratista cuestionar los actos que aparentan ser administrativos?, o ¿cómo se pueden suspender los efectos del acto que aparenta ser administrativo para evitar su ejecutoriedad?

Es importante señalar que la sentencia de unificación parece apartarse sin justificación de las soluciones adoptadas por la Sección Tercera en casos similares. En sentencias previas, para proteger al contratista de la ejecutabilidad de decisiones tomadas por las entidades de derecho privado bajo la apariencia de actos administrativos, se resolvía declarar la nulidad del acto por falta de competencia. Esta medida buscaba evitar que el acto fuera ejecutado, permitiendo su suspensión provisional y su anulación. En sentencia del 19 de junio del 2019, por ejemplo, se dispuso en el siguiente sentido:

La aproximación que el juez de lo contencioso administrativo debe tener hacia la actuación desviada de la Administración (o de particulares en ejercicio de función

administrativa) está dada, primero, por observar el ropaje que la entidad acogió para calificar sus actuaciones, sumado al hecho de que el demandante, a su vez, se vio compelido a atacar la conducta de la Administración bajo el mismo vestimento que ella le había dado, esto es, como acto administrativo. Cuando la Administración, o los particulares en ejercicio de función administrativa, le han querido dar características de acto administrativo, sin estar legalmente habilitados para ello, esto es, cuando han querido darle visos y el ropaje de acto administrativo a sus actuaciones, el juez debe, en igual medida, aproximarse al análisis como un acto administrativo.

De este modo, la jurisdicción de lo contencioso administrativo debe conocer de las decisiones unilaterales que afecten a un particular y que tengan la forma y el contenido de un acto administrativo, esto es, que sean susceptibles de ser ejecutables, como ocurre en sede de jurisdicción coactiva o como sucede cuando se pretende adelantar, con base en el mérito ejecutivo que prestan, un proceso de naturaleza ejecutiva. La anterior situación permite que estas actuaciones de la Administración sean demandables y anulables por la falta de competencia para su expedición.¹²

Es decir, para proteger al contratista de decisiones arbitrarias de la Administración que expida actos administrativos sin la correspondiente facultad legal para hacerlo, el juzgador debería disponer la anulación de estos actos por falta de competencia y, en consecuencia, permitir la suspensión provisional de sus efectos mientras se determina su legalidad.

Sin embargo, dado que la sentencia de unificación les reconoció efectos a los actos unilaterales emitidos por una entidad sometida al régimen privado que tienen la apariencia de actos administrativos, al afirmar que estos deben interpretarse como actos de derecho privado de acuerdo con las cláusulas del respectivo contrato, se descartó la posibilidad de suspenderlos provisionalmente, precisamente porque no tienen la naturaleza de actos de derecho público.

No obstante, aunque no se puede solicitar la suspensión provisional basándose en el numeral 3 del artículo 230 del CPACA, sí es posible salvaguardar al contratista de los efectos de estos actos contractuales, que aparentan ser administrativos, por medio de los numerales primero¹³ y quinto¹⁴ del mismo artículo. En estos casos, el juez contencioso no suspendería los efectos del acto, pero podría ordenar que se mantuviera la situación jurídica que existía antes de su ejecución. Además,

12 C. E., Sec. Tercera, Sent. jun. 19/2019, Exp. 39800. M. P. Alberto Montaña Plata. De igual forma se decidió en C. E., Sec. Tercera, Sent. jul. 9/2021, Exp. 50289. M. P. Martín Bermúdez Muñoz.

13 "Ordenar que se mantenga la situación, o que se restablezca al estado en que se encontraba antes de la conducta vulnerante o amenazante, cuando fuere posible." CPACA, art. 230, num. 1.

14 "Impartir órdenes o imponerle a cualquiera de las partes del proceso obligaciones de hacer o no hacer." CPACA, art. 230, num. 5.

podría imponer una obligación de no hacer, es decir, prohibir la ejecución directa de lo dispuesto en el acto mientras se resuelve la controversia.

Por otra parte, la Sala no estableció, para unificar la jurisprudencia, una regla sobre el tratamiento de la pretensión de liquidación judicial de los contratos celebrados por entidades sometidas al derecho privado. Aunque el tema se trató en las consideraciones de la sentencia, en el sentido de que este procedimiento de naturaleza contable no es propio de los contratos de derecho privado, el punto no se incluyó en la sección de unificación, y en el caso concreto se desestimó la pretensión de liquidación judicial¹⁵.

APLICACIÓN INADECUADA DE LA REGLA DE UNIFICACIÓN EN EL CASO CONCRETO

En la metodología utilizada en la sentencia de unificación, primero se estableció la regla de unificación y luego se resolvió el caso concreto. No obstante, la creación de reglas de unificación debería ser una consecuencia directa de la resolución del caso concreto, no el resultado de una decisión previa sobre una postura jurídica. En otras palabras, la regla de unificación debería surgir de la resolución del caso que se está examinando, no de la intención de fijar una posición jurídica.

Las sentencias de unificación “tienen asimismo unas consecuencias jurídicas subjetivas, circunscritas al caso concreto; y unos efectos generales, con trascendencia *erga omnes*, en cuanto definen el alcance y sentido en el que deben entenderse y aplicarse las normas cuya interpretación dio lugar a la elección del asunto como objeto de unificación”¹⁶.

En particular, en una de las aclaraciones de voto, el magistrado signatario manifestó que no estaba de acuerdo con que se unificara sobre asuntos que no surgen del caso por decidir aun cuando sean problemáticos en la práctica, pues cuando el juez “profiere una sentencia debe, antes que nada, resolver la situación fáctico-jurídica que tiene en frente [por lo cual] [...] si el juez piensa en las reglas que define, o crea, antes que, en la resolución del caso, ese juez se está apartando de su labor primaria, original y principal: administrar justicia”¹⁷.

En relación con la aplicación de las reglas de unificación al caso concreto considera que estas no se aplicaron al caso objeto de examen. Por el contrario, parecería que una vez que se enunciaron las reglas de unificación, lo olvidaron por

15 *Ibid.*

16 C. E., Sec. Tercera, Sent. abr. 11/2024, Exp. 63571. M. P. Jaime Enrique Rodríguez Navas.

17 Acl. de voto, Alberto Montaña Plata, C. E., Sec. Tercera, Sent. may. 9/2024, Exp. 53962.

completo y lo dejaron de lado a la hora de resolver la cuestión que fue sometida a consideración de la Sala. En igual sentido, se reprochó que la sentencia, a pesar de haber estudiado de fondo los incumplimientos, no dijo nada en relación con la validez del “acto jurídico de derecho privado”, dejándolo incólume sin que frente a este se hubiera hecho un mínimo ejercicio de control de legalidad o de buena fe objetiva.

Se señaló que, al negarse las pretensiones de la demanda, se dejaron con plenos efectos los actos por medio de los cuales la ESP ejerció la facultad de liquidación unilateral, terminó de manera anticipada el contrato, declaró la ocurrencia del siniestro e hizo efectiva la cláusula penal. Es decir, el Consejo de Estado, pese a haber creado una nueva regla de unificación en el sentido de considerar que los actos emitidos por la ESP eran contractuales, omitió analizar: (1) si efectivamente estaban pactadas las facultades unilaterales que ejerció la entidad, y (2) si, en caso de haber sido pactadas, se ejercitaron en la forma prevista en el pacto contractual, por cuanto ninguna pretensión del demandante estuvo dirigida a cuestionar la naturaleza de la actuación contractual.

En el caso concreto, entonces, la sentencia se abstuvo de analizar o controlar el acto jurídico a la luz de las normas de derecho privado porque “no elevó pretensiones cuestionando el ejercicio de la referida facultad para declarar la terminación anticipada del contrato”, ni elevó cargos distintos a la temporalidad de su ejercicio, en lo que respecta a la declaratoria de efectividad de la cláusula penal y a la declaratoria unilateral de la ocurrencia del siniestro. Pero ¿cómo podría haberlo hecho, si lo que se estaba demandando era una “resolución” y no un acto contractual de derecho privado?

La regla de unificación se aplicó inadecuadamente porque, por un lado, no se verificó que Emsirva ESP estuviera habilitada por el contrato para el ejercicio de las facultades unilaterales que en efecto ejerció, y por otro lado, no se verificó si el ejercicio de dichas facultades se hizo conforme al contrato. Nada de lo anterior se estudió porque la sentencia se abstuvo de interpretar la demanda como se ordenó en la regla de unificación, pues el demandante sí alegó un problema de competencia de los actos demandados, que si bien fue estrictamente temporal, la regla de unificación habilitaba, en garantía del derecho al acceso a la administración de justicia, adecuar la interpretación de la demanda y el recurso de apelación para reconducirlos a un fallo de fondo.

En aras de la correcta aplicación de la regla de unificación, se pueden considerar algunos escenarios. El primero de ellos se relaciona directamente con la regla establecida en la sentencia del 9 de mayo del 2024, en virtud de la cual se indica que “en garantía del derecho de acceso a la administración de justicia y la aplicación del principio *iura novit curia*, se debe adecuar e interpretar la demanda y

reconducirla para fallarla de fondo”¹⁸. Si bien esta se establece para los asuntos pendientes de solución bajo los que se hubiera solicitado la nulidad de actos por considerarlos actos administrativos y no actos contractuales, también permite que el juez interprete la demanda para que se estudie de fondo la validez de la cláusula y su ejercicio aun cuando el demandante no hubiera elevado una pretensión al respecto.

En esta misma línea, el juez podría realizar una revisión de oficio de las cláusulas pactadas por las partes que contengan facultades unilaterales. Esto permitiría evaluar la validez de dichas cláusulas y determinar si su ejercicio en el caso concreto resultó en un incumplimiento contractual.

En la sentencia de unificación se indicó que

la competencia atribuida al juez de segunda instancia acoge en su ámbito y dimensiones aquellos asuntos que guardan íntima relación con el *thema decidendi* de la apelación, esto es, los que se constituyen en presupuesto de análisis para resolver la censura y sin los cuales la decisión a adoptar [*sic*] resulta incompleta, incongruente, o se omite simplemente de manera formal; todo lo cual redundaría en una forma de vulneración del derecho de acceso a la administración de justicia.¹⁹

Por lo tanto, en función de esta misma argumentación, el juez habría podido examinar si las facultades unilaterales pactadas por las partes eran válidas y, en caso tal, si estas se habían ejercido conforme al pacto contractual mismo.

Por último, para resolver el caso concreto objeto de la sentencia de unificación, la Sala debería haber examinado detenidamente el acto jurídico para determinar si en efecto se había ejecutado conforme a la estipulación de las partes, e incluso estudiar si, en efecto, las facultades unilaterales —como la liquidación o exigibilidad de la cláusula penal— habían sido pactadas tal y como las ejerció la entidad.

SOBRE LOS ACTOS CONTRACTUALES DE ENTIDADES PÚBLICAS SOMETIDAS A RÉGIMENES EXCEPCIONALES

Con el fin de completar este capítulo, es importante hacer algunas precisiones adicionales sobre la naturaleza de los actos contractuales de las entidades públicas sometidas al derecho privado.

18 C. E., Sec. Tercera, Sent. may. 9/2024, Exp. 53962. M. P. José Roberto Sáchica Méndez.

19 *Ibid.*

Cuando un contrato con una entidad sometida al derecho privado incluye una facultad unilateral a favor de esa entidad, el contratista puede solicitar la nulidad de la cláusula si demuestra que esta es abusiva. La jurisprudencia y la doctrina han explicado cuándo una cláusula puede considerarse abusiva:

(i) Es impuesta por quien detenta una posición de dominio contractual [...] al adherente, sin que éste último haya podido [...] negociarla, [...]. (ii) La cláusula genera un desequilibrio normativo significativo en las contraprestaciones con el fin de obtener una ventaja injustificada a favor una parte y en perjuicio de la otra. Es decir, la cláusula genera un desbalance importante en la reciprocidad entre las obligaciones y derechos que debe existir en cualquier tipo de relación comercial²⁰. (iii) La cláusula vulnera el principio de buena fe, es decir el deber de las partes, de actuar con transparencia, honradez, lealtad, diligencia y responsabilidad al momento de incluir cláusulas en el contrato, de tal suerte que las mismas no alteren el equilibrio del contrato en perjuicio de los intereses de una parte.

[...]

En conclusión, las cláusulas abusivas, [sic] son estipulaciones lesivas de la buena fe, desproporcionadas, “irrazonables” y carentes de justificación por la asimetría que comportan en el equilibrio o paridad de la relación al conferir a una parte en detrimento de otra, una ventaja excesiva e inmotivada [...] cuya apreciación corresponde al juzgador en el caso concreto según los principios que orientan el ejercicio de la libertad contractual, los deberes, cargas, reglas generales y particulares del contrato o relación concreta, utilidad y función.²¹

En este sentido, determinar si una cláusula que otorga una facultad unilateral a una de las partes es abusiva requiere una evaluación caso por caso. Esta evaluación debe establecer si la cláusula causa un desequilibrio significativo entre las partes, o si viola la buena fe objetiva. Para ello, se debe tener en cuenta la interpretación completa del contrato, la función económica de la cláusula, su redacción y todas las circunstancias en las que se celebró el contrato.

20 Ernesto Rengifo García, *Del abuso del derecho al abuso de la posición dominante* (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2009), 120, citado en *Transportes Sensación S. A. S. v. C. I. Prodeco S. A., Carbones de la Jagua S. A., Consorcio Minero Unido S. A. y Sociedad Portuaria Puerto Nuevo*, laudo arbitral (Cámara de Comercio de Bogotá, 24 de enero del 2024).

21 *Transportes Sensación S. A. S. v. C. I. Prodeco S. A., Carbones de la Jagua S. A., Consorcio Minero Unido S. A. y Sociedad Portuaria Puerto Nuevo*, laudo arbitral (Cámara de Comercio de Bogotá, 24 de enero del 2024).

INDEMNIZACIÓN DE PERJUICIOS POR EL EJERCICIO ABUSIVO DE LA FACULTAD UNILATERAL

En algunos casos ocurre que una cláusula contractual que otorga una facultad unilateral a una de las partes es válida y no abusiva por sí misma, pero se usa o aplica de forma abusiva.

Las facultades unilaterales otorgadas por una cláusula contractual no son absolutas ni se pueden usar de cualquier manera. La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ha indicado que existe abuso en el ejercicio de un derecho cuando este se utiliza con la intención de perjudicar a la otra parte, sin un interés legítimo por quien lo ejerce, o cuando se usa de manera excesiva o para un propósito diferente al acordado²².

En estos casos, tal y como lo dispone el artículo 830 del Código de Comercio “el que abuse de sus derechos estará obligado a indemnizar los perjuicios que cause”. Esto significa que el abuso del derecho genera responsabilidad; por lo tanto, si una entidad regida por el derecho privado ejerce de manera abusiva una facultad unilateral otorgada por el contrato, el contratista tiene derecho a solicitar la indemnización de los perjuicios causados por esta acción.

DECLARATORIA DE INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL POR USO DE UNA FACULTAD UNILATERAL SIN LA OBSERVANCIA DE LAS FORMAS PACTADAS

Como advirtió la sentencia de unificación, el contratista afectado por el uso de una facultad unilateral en un contrato de derecho privado, cuando la entidad no siguió los requisitos y procedimientos establecidos en el documento, puede solicitar la indemnización de los perjuicios sufridos. Esto se debe a que el incumplimiento de estos requisitos y procedimientos constituye un incumplimiento del contrato²³.

En este sentido, la demanda que presente el contratista debe estar encaminada a demostrar, primero, que la entidad ejercitó la facultad unilateral en contravía de lo pactado en el contrato; segundo, que el ejercicio sin la estricta observancia de lo pactado le generó perjuicios; y, por último, probar su cuantía. En suma, el ejercicio de la facultad puede ser cuestionado bajo los lineamientos de la responsabilidad contractual.

22 CSJ, Cas. Civil, Sent. 11001-3103-027-2005-00590-01, sept. 16/2010, M. P. César Julio Valencia Copete.

23 C. E., Sec. Tercera, Sent. jun. 19/2019, Exp. 39800. M. P. Alberto Montaña Plata. En igual sentido, véase C. E., Sec. Tercera, Sent. nov. 23/2022, Exp. 66700. M. P. Alberto Montaña Plata.

CONCLUSIONES

El Consejo de Estado unificó su jurisprudencia en el sentido de indicar que los actos jurídicos adoptados por entidades sometidas a un régimen exceptuado con motivo de su actividad contractual no son actos administrativos, sino actos contractuales que se rigen por la normatividad civil y comercial.

Según la sentencia de unificación, para impugnar dichos actos contractuales el demandante debe acudir al medio de control de controversias contractuales y demostrar que la entidad ejerció la facultad otorgada por el contrato de forma contraria a este, lo que dio lugar a un incumplimiento. El demandante no podrá solicitar la nulidad del acto toda vez que el juicio de legalidad es propio de los actos administrativos y no de los actos contractuales.

La sentencia de unificación estableció que no se puede demandar la nulidad de un acto de una entidad sometida al derecho privado en ejercicio de una facultad unilateral, incluso si la entidad lo presenta como un acto administrativo. Esta decisión cambió sin razón aparente la solución que venía otorgando el Consejo de Estado, que en sentencias previas había permitido la nulidad del acto aparentemente administrativo por falta de competencia. Dicha postura permitía la suspensión provisional de los efectos del aparente acto administrativo y evitaba que la entidad ejecutara su decisión de forma directa.

La modificación de la que trata el punto anterior presenta dificultades prácticas significativas frente a la protección de un contratista a quien la entidad le aplica una facultad unilateral pactada en el contrato, bajo el ropaje de acto administrativo, pretendiendo, por ejemplo, que se ejecute la decisión directamente. En estos casos, se propone retomar la solución estipulada por el Consejo de Estado en las sentencias previas a la unificación, así como suspender los efectos del acto solicitando las medidas cautelares de las que tratan los numerales 1 y 5 del artículo 230 del CPACA.

Por último, se resaltaron algunas soluciones propias del derecho privado que permiten:

- atacar la validez de la cláusula contractual que otorga la facultad unilateral si se cumplen los requisitos para que esta se considere abusiva;
- solicitar la indemnización de los perjuicios causados por el ejercicio abusivo de la facultad unilateral; y
- solicitar la declaratoria de incumplimiento del contrato porque la facultad unilateral se ejerció en contravía de lo pactado, y ello a su turno causó perjuicios.

Para garantizar la correcta aplicación de las reglas de unificación creadas por el Consejo de Estado se requiere de un enfoque flexible por parte de los jueces, que permita una interpretación adecuada del caso concreto para derivar de él la regla de unificación, no al contrario. El acceso a la administración de justicia debe ser una garantía que también se debe asegurar en las sentencias de unificación, reconduciendo la acción del actor y dándole real aplicación al principio *iura novit curia*.

No se debe dejar de lado que el juez tiene la competencia para revisar de oficio las cláusulas que contienen facultades unilaterales, a fin de determinar su validez y correcta aplicación al caso concreto y garantizar un análisis completo que considere todas las dimensiones del conflicto. Finalmente, para resolver futuros casos conforme a esta regla de unificación, es esencial que el juez examine en detalle los actos jurídicos en cuestión y evalúe si se ejecutaron conforme a lo pactado, aun si las partes no cuestionaron de manera explícita las facultades unilaterales. Esto será particularmente relevante en el contexto actual, en el cual la jurisprudencia sobre la naturaleza y el control de estos actos hasta ahora se está unificando.

BIBLIOGRAFÍA

Normativa

- CPACA, art. 230.
- D. L. 222/1983.
- D. 528/1964.
- Estatuto Orgánico del Presupuesto (EOP), art. 71.
- L. 1150/2007.

Jurisprudencia

- Acl. de voto, Alberto Montaña Plata, C. E., Sec. Tercera, Sent. may. 9/2024. Exp. 53962.
- C. E., Sec. Tercera, Sent. sept. 9/2013, Exp. 25681. M. P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.
- , Sent. jul. 19/2018, Exp. 57934. M. P. Marta Nubia Velásquez Rico.
- , Sent. jun. 19/2019, Exp. 39800, M. P. Alberto Montaña Plata.
- , Sent. jul. 9/2021, Exp. 50289. M. P. Martín Bermúdez Muñoz.
- , Sent. nov. 23/2022, Exp. 66700. M. P. Alberto Montaña Plata.

—, Sent. abr. 11/2024, Exp. 63571. M. P. Jaime Enrique Rodríguez Navas.
CSJ, Cas. Civil, Sent. sept. 16/2010, M. P. César Julio Valencia Copete.
Salv. de voto, Fredy Ibarra Martínez, C. E., Sec. Tercera, Sent. may. 9/2024, Exp.
53962.
Salv. de voto, Martín Bermúdez Muñoz, C. E., Sec. Tercera, Sent. may. 9/2024,
Exp. 53962.

Laudo arbitral

Transportes Sensación S. A. S. v. C. I. Prodeco S. A., Carbones de la Jagua S. A., Consorcio Minero Unido S. A. y Sociedad Portuaria Puerto Nuevo, laudo (CCB-CAC, 24 de enero del 2024).

CAPÍTULO 3

TENSIONES ENTRE LAS REGLAS SOBRE LA ASIGNACIÓN Y LA COMPENSACIÓN DE LOS RIESGOS IMPREVISIBLES EN LA CONTRATACIÓN ESTATAL COLOMBIANA^{*,**}

Santiago Vernaza Civetta

Este capítulo analiza posibles inconsistencias entre las reglas sobre asignación y compensación de riesgos imprevisibles. Para ese efecto, presenta consideraciones generales acerca del rol de los contratistas estatales en la prestación de servicios públicos y su relación con la noción de riesgo imprevisible. Después, analiza diferentes interpretaciones de la jurisprudencia del Consejo de Estado sobre cómo se compensa el riesgo imprevisible. Finalmente, destaca que algunas reglas de compensación del riesgo imprevisible —por ejemplo, por medio del desequilibrio económico del contrato— pueden ser inconsistentes con (1) las reglas sobre asignación de riesgos imprevisibles y (2) las reglas generales del derecho colombiano y estándares internacionales sobre indemnizaciones y compensaciones en disputas contractuales. Finalmente, este capítulo destaca otras interpretaciones de las reglas de compensación del riesgo imprevisible que son consistentes con las reglas sobre su asignación, con las reglas generales sobre indemnizaciones del derecho colombiano y con los estándares internacionales en la materia.

INTRODUCCIÓN

Varias disposiciones normativas relativas a la contratación estatal colombiana establecen que el riesgo imprevisible no se puede asignar entre las partes¹. Además,

* Para citar este capítulo: <https://doi.org/10.51573/Andes.9789587989571.9789587989595.3>

** Quiero agradecerle a Sofía Huertas por su apoyo en la investigación para la redacción de este capítulo; a Rafael Rincón, Felipe Yamín y Juan Felipe Bonivento por sus valiosos comentarios y sugerencias; y a los editores por la invitación a participar en este libro.

1 L. 1150/2007, art. 4; Departamento Nacional de Planeación (DNP). (2011, 1.º de diciembre). *Del riesgo previsible en el marco de la política de contratación pública*. Documento CONPES 3714. Bogotá, Colombia: DNP.

se ha señalado que los contratistas particulares no deben asumir las consecuencias de los riesgos imprevisibles, pues, en su condición de colaboradores del Estado en la prestación de un servicio público, no deben verse afectados por circunstancias que están fuera de su control, que no están en condiciones de administrar y que se materializan, precisamente, en la prestación de ese servicio público². En este sentido, existen disposiciones legales en virtud de las cuales (1) los contratistas del Estado no pueden asumir obligaciones ni riesgos indeterminados o indefinidos —dentro de los cuales pueden caer los riesgos imprevisibles³—, y (2) son ineficaces las cláusulas contractuales y las disposiciones de pliegos de condiciones con las que se pretenda imponer este tipo de obligaciones a un contratista estatal⁴.

Esta regla sobre la asignación de riesgos imprevisibles puede ser inconsistente con los criterios aplicados para su compensación. Un sector de la jurisprudencia del Consejo de Estado y una parte de la doctrina han sostenido que los riesgos imprevisibles únicamente se compensan a los contratistas del Estado por medio de la teoría de la imprevisión, como una manifestación del desequilibrio económico del contrato⁵. En ese contexto, algunas sentencias han señalado que las compensaciones únicamente proceden cuando se verifica, mediante un análisis “macroscópico” de la ejecución del contrato correspondiente, que el contratista obtuvo pérdidas contables por la ejecución del contrato. Sin esa pérdida contable, según estas sentencias, no se acreditaría el requisito de gravedad o materialidad establecido en la ley para la configuración del desequilibrio económico del contrato, o no habría una situación de pérdida susceptible de compensación. La aplicación estricta de esta interpretación de la ley colombiana tendría como resultado que (1) las reclamaciones por estos asuntos únicamente pudieran tramitarse una vez finalizada la ejecución del contrato, pues solo entonces podría realizarse el análisis “macroscópico” al que se ha referido este sector de la jurisprudencia y la doctrina; y (2) la compensación del riesgo imprevisible se sujetara a aspectos diferentes a sus efectos económicos —tales como el balance global de

2 Rodrigo Escobar Gil, *Teoría general de los contratos de la Administración pública* (Bogotá: Legis, 1999); Raúl Enrique Granillo Campo, *Distribución de los riesgos en la contratación administrativa* (Buenos Aires: Editorial Astrea, 1990), 157-164; Miguel Marienhoff, *Tratado de derecho administrativo*, t. IIIA, 4.ª ed. (Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1998), 509-511.

3 L. 80/1993, art. 24, num. 5, ord. d.

4 *Ibid.* Refiriéndose a esta misma norma, aunque en relación con otro de los supuestos de hecho que genera la sanción de ineficacia, véase *Concesión Transversal del Sisga c. ANI*, laudo arbitral, n.º 121233 (Cámara de Comercio de Bogotá [CCB] Centro de Arbitraje y Conciliación [CAC], 8 de octubre del 2021).

5 Lo anterior, sin perjuicio de que ciertas sentencias del Consejo de Estado reconocen las diferencias que existen entre la teoría de la imprevisión propia del derecho privado, contenida en el artículo 868 del Código de Comercio y el equilibrio económico del contrato estatal. Véase C. E., Sec. Tercera, Sent. jun. 17/2024, Rad. 2008-00233. M. P. William Barrera Muñoz.

la ejecución del contrato, que involucra la materialización de los riesgos asignados a ambas partes—.

La consecuencia práctica de esta interpretación es que el riesgo imprevisible se transfiera total o parcialmente a los contratistas particulares, al menos hasta el monto de las utilidades que obtengan —o hasta el umbral que se requiera para superar el mínimo de “gravedad” de la afectación del equilibrio económico—. Esto puede ser inconsistente con las reglas sobre asignación de los riesgos imprevisibles resumidas, que impiden su asignación a los contratistas.

Sin embargo, existen otras interpretaciones de las reglas de compensación de los riesgos imprevisibles. Por ejemplo, sentencias recientes y un sector de la doctrina sostienen que las entidades contratantes deben compensar el daño emergente que sufra un contratista particular por la materialización del riesgo imprevisible, interpretando de esta manera el término “punto de no pérdida” contenido en la Ley 80 al referirse al desequilibrio económico del contrato. Esta interpretación permite que (1) la compensación de los riesgos imprevisibles pueda realizarse de manera oportuna, pues no se requiere finalizar la ejecución del contrato para definir si es procedente o no; y (2) la compensación del riesgo imprevisible se refiera únicamente a sus efectos económicos, aislando otros asuntos de la ejecución del contrato. Además, el resultado de esta interpretación es que sea el Estado, no el contratista privado, el que asuma los riesgos imprevisibles. Este capítulo propone que esta postura crea menos tensión con las reglas sobre asignación del riesgo imprevisible en la contratación estatal colombiana.

Teniendo en cuenta lo anterior, en este capítulo se analizan las posibles inconsistencias que existen entre la asignación de los riesgos imprevisibles en la contratación estatal colombiana, por una parte, y algunas interpretaciones sobre las reglas de su compensación, por la otra. Se propone que esa posible inconsistencia se materializa en ciertas interpretaciones de la figura del equilibrio económico del contrato estatal, específicamente con interpretaciones del término “punto de no pérdida” y la condición de “grave” del desequilibrio económico.

Para presentar los argumentos resumidos, en este capítulo se desarrollarán los siguientes puntos: en la sección “El riesgo imprevisible y el rol de los contratistas estatales en la prestación de los servicios públicos” se expondrán las reglas generales sobre el rol de los contratistas estatales y su concepción como colaboradores de la Administración en la prestación de servicios públicos. En este contexto, se explicarán las normas generales sobre la asignación de los riesgos previsibles e imprevisibles en la contratación estatal colombiana.

En las secciones “Desequilibrio económico de los contratos estatales ante riesgos imprevisibles: debates en torno a la definición del ‘punto de no pérdida’” y

“La ‘materialidad’ del riesgo imprevisible” se explicará que, a diferencia de lo que ocurre con los riesgos previsible —respecto de los cuales es claro que su materialización conduce a la obligación de la parte que asumió el riesgo de correr con las consecuencias económicas correspondientes—, la compensación de los riesgos imprevisibles por lo general requiere la materialización de un desequilibrio económico del contrato para compensarse. Asimismo, en el marco de un desequilibrio económico, han existido diferentes interpretaciones sobre la procedencia y la extensión de la compensación a la que tiene derecho la parte afectada por la materialización de un riesgo imprevisible. Se expondrán las principales alternativas que se han planteado en cuanto a la forma de compensar este último.

En el apartado “Dificultades de las reglas expuestas y la alternativa del daño emergente” se propondrá otra interpretación de la compensación del riesgo imprevisible y se explicará por qué produce menos tensión entre la regla de compensación y de asignación de los riesgos imprevisibles. También se explicará por qué esta alternativa es concordante con los principios generales del derecho de daños contractual colombiano y con los lineamientos reconocidos a nivel internacional en esta materia. En este sentido, se sugerirá que la opción que debe preferirse es la que trata la materialización del riesgo imprevisible como un título autónomo que da lugar a una compensación.

EL RIESGO IMPREVISIBLE Y EL ROL DE LOS CONTRATISTAS ESTATALES EN LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS

Los contratistas estatales como colaboradores de la Administración en la prestación de servicios públicos

La Constitución de 1991 establece que el Estado debe garantizar la efectiva prestación de los servicios públicos, como una parte inherente de su finalidad social⁶. El Estado puede celebrar contratos con particulares para que sean estos los que se encarguen de esta función, siempre bajo su vigilancia⁷. En un sentido similar, la Constitución estipula que el Estado tiene el deber de planificar su actividad contractual y administrativa para alcanzar sus fines, incluyendo la garantía en la prestación de los servicios públicos⁸.

6 Constitución Política de Colombia (C. N.), art 365.

7 *Ibid.*

8 C. N., art. 209. Véase C. Const, Sent. C-300, abr. 12/2012. M. P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. Sebastián Conrad *et al.*, “La planeación de los contratos públicos en diálogo de los sistemas: una

Estas normas han sido analizadas extensamente por la doctrina. Se ha explicado en reiteradas oportunidades que esta configuración del Estado y de la Administración pública corresponde a un modelo de Estado mixto. Por un lado, encuentra fundamento en teorías económicas y políticas en virtud de las cuales el Estado debe tener un rol protagónico en la dirección y planificación de la economía y la vida social del país, tomando acciones positivas para garantizar un nivel mínimo de condiciones materiales de existencia a sus ciudadanos⁹. Al tiempo, está fundamentada en teorías económicas y políticas que sostienen que el Estado debe fomentar la participación activa de los particulares y de los mecanismos del mercado liberal para que sean estos, y no el Estado, los que presten de manera eficiente los servicios públicos¹⁰. Esta coexistencia de ideas políticas y económicas a nivel constitucional¹¹ también se refleja en la contratación pública, como lo ha estudiado la doctrina nacional¹².

En este contexto, entonces, la Constitución prevé que los particulares sean colaboradores de la Administración pública en la prestación de los servicios públicos. En concordancia con esta visión, en la primera mitad de la década de 1990 se adelantaron múltiples reformas legales que incorporaron esta concepción sobre el rol que la Constitución previó que los particulares tuvieran en la prestación de servicios públicos. Por ejemplo, se expedieron (1) la Ley 100 de 1993, en materia de salud y seguridad social; (2) la Ley 142 de 1994, en materia de servicios públicos domiciliarios; (3) la Ley 143 de 1994, en materia del servicio público de energía eléctrica; y (4) la Ley 1.^a de 1991, en materia de puertos. Todas estas normas buscaron, en mayor o menor medida, liberalizar los mercados de los servicios públicos para permitir que los particulares los prestaran bajo la planeación, la regulación, la vigilancia y el control del Estado, y aplicando los mecanismos

comparación entre el derecho colombiano, el español y el alemán”, en *Fallos referentes en contratación estatal*, editado por José Luis Benavides (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2020).

- 9 José Luis Benavides, *El contrato estatal, entre el derecho público y el derecho privado* (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2004), 25-30.
- 10 Véase David Kennedy, “Law and the Political Economy of the World”, *Leiden Journal of International Law* 26, n.º 1 (2013): 7-48, <https://doi.org/10.1017/S0922156512000635>; Hernando de Soto, “The Missing Ingredient: What Poor Countries Will Need to Make their Markets Work”. *Housing Finance International*, n.º 3 (1994); Jorge L. Esquirol, *Las ficciones del derecho latinoamericano* (Siglo del Hombre Editores/Ediciones Uniandes, 2014), 279.
- 11 Véase, por ejemplo, Mauricio Cabrera, “Ni privatización ni estatización: la defensa del interés público”, en *Intervención del Estado en la economía colombiana* (Bogotá: Comisión Presidencial para la Reforma de la Administración Pública del Estado Colombiano, Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, 1990).
- 12 Benavides, *El contrato estatal*, 25-30. Para un análisis más detallado sobre esta tensión, véanse Duncan Kennedy, *Three Globalizations of Law and Legal Thought: 1850-2000* (Cambridge: Cambridge University Press, 2006), 58 y Gerald Meier, *Biography of a Subject. An Evolution of Development Economics* (Oxford: Oxford University Press, 2005).

que este dispusiera para ese fin¹³. Como se ve, no se trató de un evento aislado, sino de un esfuerzo sistemático por ajustar el ordenamiento colombiano a la nueva concepción del rol de los particulares y del Estado en relación con los servicios públicos. Esta concepción, se insiste, se basa en la premisa de que fomentar la participación de los particulares permitiría ampliar y profundizar la prestación de servicios públicos.

La Ley 80 de 1993 fue expedida específicamente en este contexto. Precisamente, su creación se justificó en la necesidad de alinear las normas sobre la contratación pública con la nueva concepción del Estado en relación con los servicios públicos¹⁴. En consecuencia, la Ley 80 previó que el Estado tuviera un rol preponderante en la ejecución de los contratos estatales —asignándole mayores obligaciones (como la garantía de los principios de transparencia, economía y planeación¹⁵), mayores herramientas (como el ejercicio de facultades exorbitantes y otras unilaterales cuyos alcances se profundizaron y aclararon en leyes posteriores)—, y, a la vez, propendió por una mayor igualdad entre las partes del contrato estatal¹⁶. De esta manera, la Ley 80 de 1993 refleja las tensiones sobre el rol de los particulares y el Estado en la prestación de los servicios públicos (o, cuando menos, la coexistencia entre diferentes posiciones sobre cuál debería ser ese rol). En consecuencia, prevé simultáneamente ciertas instituciones que se originan en la preponderancia del rol estatal y otras que apuntan a la igualdad de las partes contractuales, sobre la base de que esto permitiría que la economía de mercado fundamentara también la contratación estatal.

De esta forma, la Constitución y, en concordancia, la Ley 80 establecen que los particulares son colaboradores del Estado en relación con los servicios públicos bajo la dirección, regulación, planeación y vigilancia de las entidades responsables del Estado.

13 Helena Alviar, coord., *Nuevas tendencias del derecho administrativo* (Bogotá: Temis/Ediciones Unian-des, 2016).

14 “Y si lo precedente fue una verdad a los pocos días de haber sido expedido el Decreto-Ley 222 de 1983, ha cobrado mayor relevancia con la nueva normatividad, con una nueva Constitución que ha modificado postulados y principios y requiere nuevos conceptos de administración y gobierno: de un estatuto que refleje una nueva Colombia acorde con las nuevas tendencias. Por último, independientemente de la bondad conceptual y teórica de la actual legislación contractual pública, a nadie escapa que la misma no alcanza a lograr el objetivo de cumplir los cometidos estatales y obtener la eficiente prestación de los servicios a cargo de las entidades públicas” (L. 80/1993, Exposición de motivos).

15 Conrad *et al.*, “La planeación”.

16 Benavides, *El contrato estatal*, 25-30.

El riesgo imprevisible en los contratos estatales: su relación con la noción de colaborador del contratista estatal

Las nociones sobre el rol del Estado y los particulares respecto de los servicios públicos orientan y sirven de contexto a las normas sobre asignación de riesgos contractuales. Para exponer este punto, se hará una breve recapitulación de qué es un riesgo contractual y los aspectos generales de su regulación en los contratos estatales. Se señalará cómo el contexto resumido en la sección anterior sirve para entender las normas sobre asignación de riesgos contractuales.

El *riesgo contractual* es un hecho futuro e incierto que está fuera del control de las partes del contrato y puede afectar positiva o negativamente los costos y los ingresos derivados de la ejecución del contrato correspondiente. De esta manera, los riesgos son una institución jurídica diferente a las obligaciones y su cumplimiento: las obligaciones tienen un objeto o una prestación que cada parte debe cumplir, mientras que los riesgos son circunstancias fuera del control razonable de las partes cuya materialización, por ende, no genera un incumplimiento contractual¹⁷. Sin embargo, los riesgos sí están asociados a una obligación sometida a condición: la parte a la que se le asigna un riesgo contractual debe asumir las consecuencias económicas derivadas de la materialización de ese riesgo, bien sea reteniéndolas, o compensando a su contraparte para evitar que esta las asuma¹⁸.

Los riesgos son un elemento esencial de la contratación estatal y tienen un tratamiento específico y detallado adicional al de la contratación privada. La correcta asignación de los riesgos contractuales es uno de los principales deberes de la entidad contratante y de los estudios previos que esta debe adelantar para determinar la viabilidad y la conveniencia de los contratos que aspira celebrar¹⁹. Además, como están directamente asociados a obligaciones dinerarias sometidas a condición a cargo del Estado, los riesgos contractuales son relevantes en el marco del régimen de obligaciones contingentes de las entidades públicas y de sus normas presupuestales²⁰. Teniendo en cuenta lo anterior, y ante la ausencia de una regulación específica en la Ley 80 de 1993 sobre esta materia —que condujo a múltiples posiciones y debates jurisprudenciales— en Colombia se ha introducido una reglamentación rigurosa y exhaustiva acerca de los riesgos contractuales

17 Álvaro Durán y Felipe Herrera, “El riesgo de diseño en los contratos estatales para la ejecución de obras”, en *Contratos estatales*, t. II (Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez/Universidad del Rosario, 2022).

18 *Ibid.* Véase Álvaro Durán *et al.*, “Propósitos y efectos de la asignación de riesgos en contratos estatales”, en *Infraestructura y derecho* (Bogotá: Legis, 2017).

19 Gonzalo Suárez, *Estudios de derecho contractual público* (Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, 2014), 1-48.

20 Véanse L. 448/1998 y D. 423/2001. Juan Camilo Restrepo, *Derecho presupuestal colombiano*, 2.^a ed. (Bogotá: Legis, 2014), 50-53.

en la contratación estatal²¹. A continuación, se exponen los aspectos generales de esa reglamentación que se destacan para este artículo.

- Los riesgos contractuales en la contratación estatal se dividen, en términos generales, en dos tipos: previsibles e imprevisibles. Los *riesgos previsibles* son aquellos susceptibles de ser identificados de manera anticipada a la firma del contrato, en condiciones de normalidad. Los *riesgos imprevisibles* son los que no cumplen esa característica²².
- Los riesgos previsibles deben identificarse por medio de los estudios de viabilidad que realiza la entidad correspondiente²³. Estos estudios deben cubrir múltiples áreas (ambiental, social, predial, técnica, financiera, redes, geología, etc., según el objeto específico del contrato)²⁴ y deben permitir que la entidad celebre contratos viables, esto es, susceptibles de llevarse a cabo en los términos estructurados²⁵. Lo anterior, en el marco de la obligación de las entidades contratantes de garantizar la viabilidad de los contratos que celebran. Asimismo, estos estudios permiten a los particulares evaluar si están interesados en ser oferentes y contratistas del Estado (y, si es así, en qué condiciones económicas)²⁶.
- A partir de lo anterior, los riesgos previsibles deben cuantificarse y asignarse entre las partes²⁷. La regla aplicable es que los riesgos previsibles deben asignarse a la parte que, de acuerdo con los estudios mencionados, está en mejores condiciones de administrarlo y gestionarlo²⁸. La lógica subyacente es que así el servicio público se prestará de la manera más eficiente en términos de calidad y costos²⁹.

21 José Luis Benavides, “Riesgos contractuales”, en *Contratación estatal: estudios sobre la reforma del estatuto contractual Ley 1150 de 2007* (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2009).

22 *Ibid.* Véase DNP, Documento CONPES 3714/2011.

23 C. E., Sec. Tercera, Sent. feb. 8/2017, Rad. 2013-0717. M. P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Véase C. E., La distribución de riesgos y su armonización con el equilibrio financiero del contrato, en *Antología. Jurisprudencias y conceptos del Consejo de Estado 1817-2017, Sección Tercera. T. IIIA*, 435.

24 L. 1682/2013, art. 10; L. 1508/2012, art. 11.1.

25 L. 80/1993, art. 25.12; L. 1508/2012, art. 11; L. 1682/2013, art. 12.

26 L. 1150/2007, art. 8. Sobre el alcance de esta obligación de las entidades estatales, véase *Concesión Transversal del Sisga c. ANI*, laudo arbitral, n.º 121233 (CCB-CAC, 8 de octubre del 2021). *Departamento de Cundinamarca c. Concesionaria Panamericana*, laudo arbitral n.º 1016 (CCB-CAC, 26 de enero del 2011).

27 L. 1150/2007, art. 4. Véase Durán *et al.*, “Propósitos y efectos”.

28 L. 1150/2007, art. 4.

29 Al respecto, la teoría es que, en principio, las ofertas que realizan los contratistas del Estado incluyen los costos asociados al cumplimiento de sus obligaciones y a la asunción de los riesgos a su cargo. De esta manera, al trasladar un riesgo a un contratista del Estado, la entidad no se está “ahorrando” ese riesgo, sino que está llevando a que el contratista incremente el valor de su oferta, pues esta deberá ser suficiente para asumir ese nuevo riesgo. Teniendo en cuenta lo anterior, el análisis que la entidad debe realizar es si es más barato que se le asigne un riesgo al particular, con el consiguiente incremento en su oferta económica, o que lo retenga la entidad. Véase *Concesión Transversal del Sisga, c. ANI*, laudo arbitral, n.º 121233 (CCB-CAC, 8 de octubre del 2021).

- Durante la ejecución del contrato debe hacerse un seguimiento permanente al estado de los riesgos contractuales y, como se señaló, en caso de materializarse, sus efectos económicos deben ser compensados o retenidos según corresponda. Esta es la prestación contractual específica asociada al riesgo contractual.

Todo lo anterior es aplicable respecto de los riesgos previsibles. Los riesgos imprevisibles se analizan con base en consideraciones distintas, basadas en el principio de que, por su propia naturaleza, no se pueden identificar, cuantificar ni asignar entre las partes de un contrato³⁰. En este contexto, existen normas específicas que impiden que los contratistas particulares asuman los riesgos imprevisibles. En particular, el artículo 24.5(d) de la Ley 80 prohíbe que las entidades contratantes dispongan cláusulas en virtud de las cuales los contratistas asuman obligaciones de carácter indeterminado o de contenido ilimitado³¹. En concordancia con estas normas, la jurisprudencia y la doctrina han señalado que los contratistas particulares no pueden asumir los riesgos imprevisibles, precisamente porque implicaría que un particular se vea afectado por situaciones que no puede controlar ni administrar que se materializan en el marco de la prestación de un servicio público, que, en primer lugar, es responsabilidad del Estado. Además, le impondría a un particular una obligación de carácter indeterminado, pues la extensión económica de un riesgo imprevisible es indeterminada por su propia definición.

En conclusión, los riesgos son hechos futuros e inciertos que pueden afectar los ingresos o los costos derivados de ejecutar un contrato. En la contratación pública colombiana se distingue entre los riesgos previsibles y los imprevisibles. Los previsibles son aquellos susceptibles de anticiparse en condiciones de normalidad mediante los estudios que la entidad correspondiente debe realizar en la fase precontractual para garantizar la viabilidad y conveniencia de un contrato. Los riesgos previsibles se deben asignar a la parte que esté en mejores condiciones de administrarlos y gestionarlos, lo que quiere decir que deben asignarse a la parte que mejor pueda mitigar las consecuencias económicas derivadas de su materialización. La parte a la que se le asigna un riesgo tiene la obligación

30 L. 1150/2007, art. 4. Véase DNP, Documento CONPES 3714/2011. Asimismo, cabe resaltar que los riesgos imprevisibles incluyen tanto aquellos que no se pueden identificar en el momento de celebrar el contrato como la materialización imprevisible de riesgos efectivamente previstos.

31 L. 80/1993, art. 24.5(d). Véase *Concesión Transversal del Siga c. ANI*, laudo arbitral, n.º 121233 (CCB-CAC, 8 de octubre del 2021). *Departamento de Cundinamarca c. Concesionaria Panamericana*, laudo arbitral, n.º 1016 (CCB-CAC, 26 de enero del 2011). C. E., Sec. Tercera, Sent. may. 7/21, Rad. 2009-0498, M. P. María Adriana Marín.

contractual de asumir sus consecuencias económicas. Los riesgos imprevisibles, por otro lado, no se pueden cuantificar ni asignar entre las partes por su propia naturaleza. Sin embargo, existen normas que específicamente impiden que se les asignen a los particulares. Todo lo anterior, en el marco de, y en concordancia con, los principios constitucionales y legales que definen el rol de los particulares y del Estado en torno a los servicios públicos.

DESEQUILIBRIO ECONÓMICO DE LOS CONTRATOS ESTATALES ANTE RIESGOS IMPREVISIBLES: DEBATES EN TORNO A LA DEFINICIÓN DEL “PUNTO DE NO PÉRDIDA”

En esta sección se mostrará que ciertas interpretaciones de las reglas de compensación de los riesgos imprevisibles pueden ser inconsistentes con las reglas sobre su asignación. En particular, mientras que estas últimas impiden que se asignen los riesgos a los contratistas, ciertas lecturas de las normas de compensación conducen a que, en la práctica, se les trasladen a los contratistas (al menos en cierta medida). Para efectos de explicar lo anterior, primero se harán unas anotaciones generales sobre el desequilibrio económico y luego sobre cuáles son las reglas de compensación que se han aplicado ante la materialización de riesgos imprevisibles en la contratación estatal colombiana.

Desequilibrio económico

La institución jurídica del equilibrio económico se deriva de una especial conmutatividad que se les asigna a los contratos estatales³². Esta institución jurídica parte de que al celebrar un contrato estatal existe un equilibrio entre los riesgos, las obligaciones y los derechos asignados a cada parte en el contrato³³. En consecuencia, las partes tienen el deber de realizar compensaciones a su contraparte cuando, por hechos ajenos a las partes y que estas no tienen la facultad de controlar, se materializa una afectación “grave” de esa conmutatividad surgida en el momento de la firma³⁴. Esas compensaciones deben llevar a la parte afectada a un “punto de no pérdida”, salvo que se materialice por ciertas circunstancias, en cuyo caso las compensaciones deben incorporar también la utilidad que el contratista particular dejó de percibir.

32 Libardo Rodríguez, *El equilibrio económico en los contratos públicos*, 2.^a ed. (Bogotá: Temis, 2021), 8-10.

33 *Ibid.*

34 *Ibid.*, 41-44.

La jurisprudencia constitucional y contencioso-administrativa ha considerado que la institución del desequilibrio económico se fundamenta en el artículo 90 de la Constitución y en los principios de compensación y reparación integral que se derivan de este³⁵. Esto se debe a que, precisamente, un particular no debe asumir consecuencias negativas, por fuera de su control, que se causen por la prestación de un servicio público cuya garantía le corresponde al Estado, como se explicó. Esta lógica argumentativa, por ende, también se enmarca en el contexto de la tensión constitucional sobre el rol de los particulares y el Estado en la prestación y garantía de los servicios públicos.

En términos generales, la jurisprudencia ha reconocido tres circunstancias en las que puede ocurrir un desequilibrio económico de un contrato estatal. En primer lugar, ante la ocurrencia de hechos imprevistos y ajenos a su control, lo que, en muchos casos, se ha equiparado a la teoría de la imprevisión contenida en el artículo 868 del Código de Comercio. En segundo lugar, ante la ocurrencia de hechos del príncipe. En tercer lugar, ante la variación de las condiciones del contrato por parte de la entidad contratante (*ius variandi*). Además, la Ley 80 establece que los incumplimientos de la entidad contratante pueden conducir al desequilibrio económico del contrato³⁶. La jurisprudencia y la doctrina, sin embargo, han rechazado esta posibilidad³⁷.

A continuación, se presentarán los términos generales de los requisitos de cada causal de desequilibrio. Se explicará que la materialización de riesgos imprevisibles por lo general se ha estudiado por medio de la teoría de la imprevisión y cómo, con esto, en algunos casos se han impuesto requisitos adicionales a la materialización del riesgo para que este sea compensado.

El desequilibrio por teoría de la imprevisión

Este tipo de desequilibrio económico se ocasiona cuando ocurren hechos imprevistos o imprevisibles, posteriores a la celebración del contrato, ajenos a las partes y que alteran las condiciones de ejecución de este³⁸. Algunos autores incluyen en este marco la obligación de restablecer el equilibrio económico cuando ocurren

35 C. Const., Sent. C-333, ago. 1.º/96. M. P. Alejandro Martínez Caballero. Existen debates alrededor de si el artículo 90 de la Constitución debería servir de fundamento a la responsabilidad contractual del Estado, o si su alcance, al referirse al daño antijurídico, se limita a la responsabilidad extracontractual.

36 L. 80/1993, art. 5.1.

37 Véase José Luis Benavides, "La noción equívoca del equilibrio contractual", en *Libro en memoria del prof. Dr. Luis Villar Borda*, dirigido por Emilsen González (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2008).

38 Rodríguez, "El equilibrio económico", 132 y ss.

eventos de fuerza mayor³⁹. En estos casos, la jurisprudencia ha señalado que las compensaciones a la parte afectada deben llevarla a un “punto de no pérdida”. Este término, como se verá, ha tenido múltiples interpretaciones en este contexto y es precisamente esta diversidad de interpretaciones la que da lugar al objeto de este capítulo.

El desequilibrio por hechos del príncipe

Este tipo de desequilibrio económico se materializa cuando el Estado, mediante normas de carácter general, toma medidas que afectan el contrato⁴⁰. Existen discusiones sobre si esas normas de carácter general debe expedirlas la entidad contratante o su superior jerárquico: algunos autores sugieren que el hecho del príncipe únicamente se materializa cuando la decisión la toma la entidad contratante o su superior jerárquico, y en los demás casos debería aplicarse la teoría de la imprevisión⁴¹; otros plantean que el hecho del príncipe puede provenir de cualquier entidad pública que expida una norma de carácter general que tenga incidencia en el contrato⁴². Cuando ocurre un desequilibrio por hecho del príncipe, la jurisprudencia de manera reiterada ha señalado que la compensación a la parte afectada debe comprender los sobrecostos y la utilidad dejada de percibir⁴³.

El desequilibrio por actuaciones unilaterales de la Administración (potestas variandi)

Este tipo de desequilibrio económico ocurre cuando la entidad contratante ejerce legítimamente sus facultades unilaterales y, al hacerlo, afecta la conmutatividad del contrato⁴⁴. En estos casos, al igual que con el hecho del príncipe, la compensación reconocida suele comprender los sobrecostos y la utilidad dejada de percibir como consecuencia del desequilibrio⁴⁵.

39 Luis Guillermo Dávila, *Régimen jurídico de la contratación estatal* 3.^a ed. (Bogotá: Legis, 2017), 732.

40 Rodríguez, *El equilibrio económico*, 88 y ss.

41 Véase el comentario de Juan Carlos Expósito a la sentencia del Consejo de Estado, del 29 de mayo del 2003 en Juan Carlos Expósito, “Alteración grave que da lugar al desequilibrio económico del contrato. Diferencia entre el hecho del príncipe y la teoría de la imprevisión. Los tributos como forma de ruptura del equilibrio económico del contrato”, en *Los grandes fallos de la jurisprudencia administrativa colombiana*, editado por Andrés Fernando Ospina (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2013), 171-180.

42 C. E., Sec. Tercera, Sent. jun. 28/12, Exp. 1996-1233. M. P. Ruth Stella Correo Palacio.

43 Véase C. E., Sec. Tercera, Sent. ago. 13/14, Exp. 2006-3354. M. P. María Adriana Marín.

44 Rodríguez, *El equilibrio económico*, 55 y ss.

45 C. E., Sec. Tercera, Sent. ago. 13/14, Rad. 2006-3354. M. P. María Adriana Marín.

El riesgo imprevisible y el desequilibrio económico

Teniendo en cuenta el contexto descrito, en esta sección se expondrán dos reglas de compensación que se han aplicado en la jurisprudencia del Consejo de Estado. En primer lugar, se expondrá la regla que aplicó un sector de la jurisprudencia que exigía una pérdida contable en el “análisis macroscópico” de la ejecución del contrato. En segundo lugar, una regla que se aplica actualmente, en virtud de la cual el riesgo imprevisible se compensa siempre que sus consecuencias económicas superen un umbral de materialidad. Finalmente, se presentarán algunas inquietudes y retos que surgen de estas reglas de compensación, de cara a la regulación sobre la asignación de riesgos imprevisibles. En esta sección se expondrá otra alternativa, sugerida por algunos doctrinantes y decisiones arbitrales, según la cual debe compensarse el daño emergente causado por un riesgo imprevisible.

El “análisis macroscópico” de la ejecución del contrato

En algunas sentencias, en particular entre el 2015 y el 2018 aproximadamente, el Consejo de Estado interpretó la expresión “punto de no pérdida” con un alcance exigente al analizar el desequilibrio económico del contrato en el contexto de riesgos imprevisibles. En estos casos, el Consejo de Estado requirió un “análisis macroscópico” o “global” de la ejecución del contrato para establecer si el contratista había sufrido una “pérdida” contable en el marco del contrato. El Consejo de Estado estableció en estas sentencias que, debido a que el contratista particular había obtenido utilidades como resultado global de la ejecución del contrato, no estaba en una situación de “pérdida” susceptible de ser compensada en el marco de un desequilibrio económico del contrato. En este sentido, rechazó reclamaciones tanto por la falta de acreditación de esa pérdida en el análisis global como por la acreditación de una utilidad contable con las pruebas del proceso⁴⁶.

Debido a la importancia de estas interpretaciones para este capítulo, se expondrán los hechos relevantes y la decisión de segunda instancia del fallo hito que expuso esta posición del Consejo de Estado, que es la sentencia del 19 de julio del 2018 (Rad. 2013-182[57576], M. P. Marta Nubia Velásquez Rico).

En este caso, la Cámara Colombiana de Infraestructura-Seccional Antioquia presentó una demanda de nulidad simple en contra de unas circulares expedidas por la Secretaría General del departamento de Antioquia, por medio de las cuales se profirieron reglas sobre los requisitos para la formulación de ofertas en procesos de contratación de la Gobernación.

46 Para un recuento detallado de la evolución jurisprudencial colombiana sobre la extensión de las compensaciones en este contexto, véase Rodríguez, *El equilibrio económico*, 172-180.

Las circulares demandadas establecían, en resumen, lo siguiente: en los procesos de selección, los particulares debían ofertar en anexos diferenciados los factores de administración y de utilidad, por un lado, y el de imprevistos, por el otro. Además, durante la ejecución de los contratos, el pago del componente de imprevistos no podía proceder de manera automática al contratista, sino que debía estar precedido de una demostración de un desequilibrio económico del contrato⁴⁷.

De conformidad con estas circulares, para acreditar un desequilibrio económico el contratista debía demostrar que

- el evento ocurrido superaba el “álea contractual normal”;
- el evento no impedía la ejecución del contrato, sino que lo hacía más oneroso;
- a pesar del evento, el contratista había continuado con la ejecución del contrato correspondiente; y
- el monto reclamado correspondía únicamente a una “ayuda en las pérdidas”, ya que “por vía de la teoría de la imprevisión no deben cubrirse todas las pérdidas sufridas por el contratante, sino las que sea menester cubrir para que el álea del contrato pase de un límite extraordinario o anormal a un límite normal o común”.

En este contexto, las circulares señalaban que “lo primero que debe hacer el contratante es probar que sufre una pérdida verdadera. Si el sacrificio de que se queja el contratante se reduce a lo que deja de ganar, la teoría de la imprevisión queda absolutamente excluida”.

Las circulares sostenían que el rubro de imprevistos debía destinarse únicamente a la materialización de riesgos imprevisibles que alteraran la ecuación económica del contrato. Esta calificación tenía dos consecuencias relevantes, según las propias circulares. En primer lugar, los presupuestos y los valores de los contratos debían calcularse sin considerar el rubro de imprevistos, cuyo monto definitivo únicamente podría determinarse durante la ejecución del contrato. Según las circulares, esto tenía consecuencias presupuestales y tributarias relevantes para la Gobernación.

En segundo lugar, el pago del rubro de imprevistos debía estar sustentado efectivamente en la materialización de estos eventos, pues, en caso de que se pagara sin dicho sustento, se estaría permitiendo que este rubro incrementara el valor de administración o de utilidad del contratista, cuando esa no era su finalidad.

47 Circ. 073/2013, Gobernación de Antioquia, 5.

La Cámara Colombiana de Infraestructura sostuvo que esta regulación sobre el rubro de imprevistos en los contratos de la Gobernación infringía varias normas. En lo relevante para este capítulo, sostuvo que esta regulación era contraria a los artículos 27 y 28 de la Ley 80 de 1993, en concordancia con el artículo 4 de la Ley 1150 del 2007, porque impedía que los contratistas incluyeran el factor de imprevistos en la estructura de costos de sus propuestas. Este factor, de acuerdo con la demanda, en realidad está dirigido a administrar los riesgos previsibles que debe asumir el contratista, no a situaciones imprevisibles, y en ese sentido se calcula como un porcentaje de los costos directos presupuestados. En consecuencia, impedir que los contratistas incluyeran el factor de imprevistos dentro de sus ofertas conducía a que “el contrato nazca desequilibrado en la medida en la que se les impide a los contratistas incluir en su estructura de costos un margen de protección para los riesgos que se le trasladan y que no pueden ser estimados con precisión al momento de presentar la propuesta”.

Con el fin de resolver el recurso de apelación que la Cámara Colombiana de Infraestructura interpuso en contra de la decisión de primera instancia, que rechazó integralmente las pretensiones de la demanda, el Consejo de Estado planteó una serie de consideraciones en relación con el equilibrio económico del contrato, el precio de un contrato estatal y la relación entre esos dos conceptos y los riesgos previsibles e imprevisibles. En resumen, el Consejo de Estado señaló lo siguiente:

- el equilibrio económico del contrato está conformado por la correspondencia entre los derechos y las obligaciones de las partes;
- en materia del precio —el derecho principal del contratista—, consideró que este debe estar conformado principalmente por la expectativa sobre los costos (por lo general diferenciados entre directos e indirectos) y la utilidad, entendida como “la ganancia a la que se le hayan descontado los costos y gastos asociados directa e indirectamente a la prestación del bien, servicio u obra objeto del contrato”;
- en cuanto a los riesgos previsibles, destacó que estos deben estar identificados, cuantificados y asignados a las partes en el contrato. En consecuencia, la materialización de un riesgo previsible no altera el equilibrio económico del contrato, sino que conduce a la obligación de la parte que lo asumió de afrontar las consecuencias económicas correspondientes. Al respecto, destacó que dentro de los riesgos previsible es usual que exista un rubro de “imprevistos”, que se asigna a “gastos no controlables” y que, en principio, hace parte de los costos directos que deben cubrir los riesgos previsibles

Al referirse a los riesgos imprevisibles, el Consejo de Estado señaló que estos se refieren tanto a las situaciones que no es posible prever como a la materialización desbordada de situaciones previsibles y asignadas entre las partes. Por ende, resulta razonable que su materialización no esté contemplada en el equilibrio económico del contrato y deba compensarse según las condiciones específicas en las que se materialice, durante la ejecución del contrato. En todo caso, destacó que

No sobra indicar que son este tipo de riesgos los que, de llegar a acontecer, pueden romper el equilibrio económico del contrato y obligar a las partes contratantes, si se cumplen los presupuestos de la denominada “teoría de la imprevisión”, a adoptar las acciones necesarias para restablecerlo, en particular si el mayor costo de ejecución del contrato consume en su totalidad y/o rebasa el valor de utilidad, caso en el cual el restablecimiento debe estar orientado a reconocer únicamente dicho mayor costo y no la utilidad adicionada al mismo, cuestión que corresponde precisamente al punto de no pérdida. Esta Sala, además, ha sostenido que la prueba de la ruptura de la ecuación financiera del contrato impone el análisis macroscópico o consolidado del resultado económico y no solo el de la cuenta o ítem que se alega como causa o fuente del desequilibrio.

Teniendo en cuenta estas consideraciones, el Consejo de Estado determinó que las circulares demandadas no infringían las normas de la Ley 80 de 1993 sobre el equilibrio económico de los contratos estatales, ni de la Ley 1150 del 2007 sobre la asignación de riesgos previsibles, porque no impedían que “los proponentes formulen un precio que incluya sus componentes esenciales (costos y utilidad) ni tampoco que estos tengan en cuenta el impacto financiero de las acciones necesarias para prevenir o administrar los riesgos previsibles que le corresponda asumir al contratista”. En opinión del Consejo de Estado, las circulares únicamente regulaban el tratamiento de riesgos imprevisibles, con lo cual no afectaban las normas sobre el equilibrio económico del contrato. Asimismo, destacó que la ausencia de regulación legal sobre los componentes de administración, imprevistos y utilidad (AIU) impedía considerar que una interpretación de lo que significa el rubro de imprevistos fuera contraria a la Ley 80 de 1993.

En esta sentencia, al analizar la validez de las circulares señaladas, el Consejo de Estado expuso de manera articulada la posición respecto de los riesgos imprevisibles que se presenta en esta sección. Así, el Consejo de Estado concluyó que el riesgo imprevisible se compensaba únicamente cuando se acreditara un desequilibrio económico del contrato. En este contexto, consideró que únicamente se podía compensar el riesgo imprevisible cuando, además de demostrar la

existencia de un riesgo imprevisible materializado, el contratista acreditara una situación de pérdida global. En este sentido, no resultaba suficiente demostrar que un ítem específico asociado a la ejecución del contrato había presentado un riesgo imprevisible.

Según el Consejo de Estado, en estos casos el contratista tendría derecho a ser compensado. La sentencia no es clara respecto de si la compensación debe corresponder al monto de la pérdida global o al de las consecuencias económicas del riesgo imprevisible. En esta sentencia, el Consejo de Estado reconoce que el rubro de “imprevistos” suele concebirse para compensar riesgos previsibles, pero señala que, ante una falta de regulación legal, era válido que se le asignara una destinación diferente (en el contexto de las circulares demandadas, a la compensación del desequilibrio económico que se pudiera ocasionar por un riesgo imprevisible).

LA “MATERIALIDAD” DEL RIESGO IMPREVISIBLE

Existe una postura jurisprudencial adicional respecto de la compensación del riesgo imprevisible, según la cual este también se compensa únicamente cuando existe un desequilibrio económico del contrato. Para este efecto, si bien no se considera un análisis “macroscópico” como el expuesto en la sección anterior, sí se exige un umbral mínimo de afectación económica para que el contratista sea compensado. En caso de que no se supere ese umbral, no habrá lugar a una compensación del riesgo imprevisible materializado.

Esta postura es predominante en la jurisprudencia actual del Consejo de Estado. A diferencia de lo ocurrido con la postura jurisprudencial expuesta, no se identificó una sentencia particular que exponga los elementos centrales de esta posición del Consejo de Estado. Por ende, a continuación se destacan los elementos generales de esta posición.

Primero, en todos los casos quien reclamaba una compensación por un riesgo imprevisible era el contratista. No se identificó ningún caso en el que la entidad contratante reclamara al contratista por la materialización de un riesgo imprevisible.

Segundo, la materialización de un riesgo imprevisible requiere una reclamación de desequilibrio económico para poder ser compensada. Es decir, la jurisprudencia no reconoce un título jurídico independiente para que una parte de un contrato estatal sea compensada por la materialización de un riesgo imprevisible⁴⁸.

48 Sobre los eventos que la jurisprudencia ha reconocido como potencialmente generadores de un desequilibrio económico, véase Rodríguez, *El equilibrio económico*.

Sobre este punto, resulta relevante que la propia definición de riesgo imprevisible (hechos futuros e inciertos, por fuera del control razonable de las partes e imposibles de prever en condiciones normales al momento de celebrar el contrato y que pueden afectar los costos o ingresos derivados de su ejecución) es prácticamente idéntica a la que la jurisprudencia le asigna a la teoría de la imprevisión como forma de materialización de desequilibrio económico del contrato estatal.

Tercero, la mayor parte de las sentencias consultadas señala que, en el marco de una reclamación por desequilibrio económico ante la materialización de un riesgo imprevisible, la afectación debe tener una materialidad específica. Si bien no se señala una regla general sobre cuál es esa materialidad, o criterios objetivos para su determinación, se estipula que el contratista no puede reclamar cualquier efecto económico derivado de un riesgo imprevisible⁴⁹.

Cuarto, existe una regla general en virtud de la cual la expresión *punto de no pérdida* se equipara con los costos específicos asociados al riesgo imprevisible cuya materialización ocurrió. Esto es especialmente predominante cuando se trata de contratos de obra, en los cuales, en todo caso, de cualquier compensación se descuenta el rubro de “imprevistos” del AIU que las partes hubieran pactado en los contratos correspondientes⁵⁰. Esto, como se vio en la sección anterior, aunque existen sentencias que reconocen que este ítem, a pesar de su nombre, está destinado a la compensación de riesgos previstos.

De esta manera, existe una segunda posición en la jurisprudencia del Consejo de Estado sobre la compensación del riesgo imprevisible, de acuerdo con la cual este se compensará en el marco de las normas sobre desequilibrio económico del contrato, y se legitima a la parte afectada (por lo general el contratista) a recibir una compensación equivalente a los costos asociados al riesgo imprevisible correspondiente. Si bien no hay criterios objetivos para determinar la “gravedad” que se debe acreditar para compensar el riesgo imprevisible en este contexto, la jurisprudencia ha establecido que la afectación debe superar el monto de “imprevistos” definido en los contratos de obra en los que se reconoce un concepto de AIU.

49 C. E., Sec. Tercera, Sent. may. 6/2015, Rad. 1995-0271. M. P. Olga Mérida Valle de la Hoz (E), 70.

50 Véase, por ejemplo, C. E., Sec. Tercera, Sent. dic. 10/2015, Rad. 2012-0012. M. P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa, 27; C. E., Sec. Tercera, Sent. ago. 21/2011, Rad. 1997-4390. M. P. Ruth Stella Correo Palacio, 45.

DIFICULTADES DE LAS REGLAS EXPUESTAS Y LA ALTERNATIVA DEL DAÑO EMERGENTE

Las diferentes opciones interpretativas expuestas tienen consecuencias distributivas⁵¹ que, a su vez, conducen a complejidades jurídicas y conceptuales que resulta relevante abordar.

En el primer caso, la compensación está desligada de las consecuencias específicas del riesgo imprevisible y se involucra la totalidad de la ejecución del contrato, lo cual incluye los efectos favorables y desfavorables de todos los riesgos asumidos por ambas partes. En este sentido, los factores que contribuyen a la pérdida contable no necesariamente se asocian al riesgo imprevisible materializado. Tampoco se considera la extensión en la que la correcta o incorrecta administración de otros riesgos por cada parte puede incidir en la compensación de riesgos imprevisibles.

Esta regla de compensación genera incertidumbre respecto de los efectos de un riesgo imprevisible y, además, da lugar a múltiples factores que dificultan su compensación. Entre otras, se destacan las siguientes interrogantes: ¿Requiere que la reclamación se formule cuando finalice la ejecución del contrato? Si no es así, ¿cómo se puede realizar un análisis macroscópico? ¿Cómo inciden riesgos diferentes en la pérdida contable y, por ende, en la situación de pérdida contable que se debe acreditar? En este sentido, ¿qué tipo de análisis sobre nexo de causalidad se realizan para establecer el monto de la pérdida? ¿El monto que se compensa es el de la “pérdida contable” y no el del riesgo imprevisible materializado?

Esta situación, según cada caso concreto, puede tener un impacto favorable o desfavorable para ambas partes. Si el monto de la pérdida contable es superior al del riesgo materializado, esta regla de compensación afecta a la entidad. Si es inferior al monto del riesgo materializado, esta regla de compensación afecta al contratista. En ambos casos, asuntos que son ajenos al propio riesgo imprevisible materializado influyen en el monto de compensación.

Es precisamente por estas razones que reglas de compensación como la descrita en este escenario son contrarias a los estándares de reparación y compensación generales del derecho colombiano —que exigen un análisis cuidadoso del nexo de causalidad y definen el monto por compensar a partir de los efectos

51 Con “distributivas” quiero decir que esas interpretaciones definen cuál parte de una relación jurídica asume los costos o los beneficios derivados de las normas correspondientes. Véase Gustavo Pereira, “Justicia distributiva, responsabilidad y compensación”, *Isegoría*, n.º 27 (2002): 225-237, <https://doi.org/10.3989/isegoria.2002.i27.564.225-237>.

puntuales de un riesgo⁵²— y a los estándares internacionales sobre compensaciones e indemnizaciones, que también exigen análisis precisos respecto de los efectos económicos de la situación que genera la compensación que se reclama⁵³.

En el segundo caso, según condiciones contractuales particulares, se estaría ante una regla de compensación que compartiría el riesgo imprevisible entre la entidad contratante y el contratista. Sin embargo, no es claro en qué extensión asumiría cada parte el riesgo imprevisible. Además, existen ciertos contratos en los que las partes pactan un rubro de “imprevistos” y la jurisprudencia reciente del Consejo de Estado ha establecido que para acreditar el requisito de la “materialidad” del riesgo imprevisible es suficiente con demostrar que este supera el monto de ese rubro de “imprevistos”. Esta regla puede dar certeza sobre hasta qué extensión asume cada parte el riesgo imprevisible. Sin embargo, según jurisprudencia anterior, el rubro de “imprevistos” en realidad existe para cubrir los riesgos previsible, no los imprevisibles, con lo cual no hay una aplicación uniforme en la jurisprudencia sobre este concepto. Asimismo, esta regla es aplicable respecto de un tipo específico de contrato (los contratos de obra pactados con AIU), por lo cual no es claro cómo se aplicaría a otro tipo de contratos de naturaleza financiera diferente, tales como los contratos de concesión.

Esta postura jurisprudencial, además, clasifica el desequilibrio que se ocasiona por un riesgo imprevisible como una manifestación de la teoría de la imprevisión contenida en el artículo 868 del Código de Comercio. Sin embargo, este artículo contempla una serie de requisitos adicionales a la sola ocurrencia de una situación imprevisible, incluyendo:

1. la excesiva onerosidad;
2. que se materialice en cierto tipo de contratos específicos (ejecución sucesiva) y no en otros (aleatorios o de ejecución instantánea) y, sobre todo,
3. que únicamente permite revisar o terminar el contrato respecto de situaciones que no se hayan materializado al momento de la reclamación, y no permite reclamar afectaciones por eventos previos.

52 Véase C. E., Sec. Tercera, Sent. abr. 19/2024, Rad. 2008-0656. M. P. José Roberto Sáchica Méndez, 13; C. E., Sec. Tercera, Sent. may. 16/2024, Rad. 2017-1428. M. P. José Roberto Sáchica Méndez.

53 Clare Conellan, Elizabeth Ogre-Gross y Angélica André, “Compensatory Damages Principles in Civil and Common Law Jurisdictions: Requirements, Underlying Principles and Limits”, en *The Guide to Damages in International Arbitration*, 3.^a ed., editado por John A. Trenor (Londres: Global Arbitration Review, 2018). Véase también PwC, *Damages Awards in International Commercial Arbitration. A Study of ICC Awards* (Londres: Queen Mary University, 2020).

Este último requisito incluso puede hacer incompatible la aplicación de la teoría de la imprevisión con la compensación del riesgo imprevisible, pues, aplicado estrictamente (como lo hace la Corte Suprema de Justicia⁵⁴), puede conducir a que no se puedan compensar eventos ya materializados, y el riesgo imprevisible, por definición, únicamente se puede compensar cuando se materializa. Es más, como se vio, ciertas interpretaciones de la institución del equilibrio económico precisamente exigen que el contratista haya continuado la ejecución del contrato correspondiente. Por ende, pretender aplicar la teoría de la imprevisión para compensar el riesgo imprevisible podría crear incongruencias de orden legal.

Las dificultades de las reglas expuestas se podrían superar con una regla de compensación diferente, en virtud de la cual se compense al contratista particular el daño emergente ocasionado por la materialización del riesgo imprevisible. Esta posición ha sido sugerida por otros autores⁵⁵ y por algunas decisiones judiciales⁵⁶ y arbitrales⁵⁷.

En este contexto, valdría la pena evaluar el riesgo imprevisible como un título jurídico autónomo de compensación o, incluso, como una manifestación independiente del desequilibrio económico del contrato. Por su propia definición, un riesgo imprevisible no hace parte del equilibrio económico de un contrato estatal; en consecuencia, la oferta de un contratista jamás contempla la asunción de las consecuencias económicas de su materialización. En la medida en que los particulares son apenas colaboradores de la Administración pública en la prestación de un servicio público, no deberían asumir las consecuencias de los riesgos imprevisibles que se materializan. De esta manera, esta regla de compensación es armónica con la regla sobre asignación de los riesgos imprevisibles y su sustento conceptual.

Además, esta postura permite superar los retos jurídicos expuestos. Primero, porque desvincula los efectos del riesgo imprevisible de los demás factores asociados a la ejecución del contrato y de parámetros de materialidad subjetivos cuya aplicación práctica genera tensión con las reglas sobre asignación de los riesgos imprevisibles. Así, esta postura alinea esta regla de compensación con las reglas

54 CSJ, Cas. Civil, Sent. feb. 21/2012, Rad. 2006-0537. M. P. William Namén Vargas.

55 Granillo Campo, *Distribución de los riesgos*; Jaime Arancibia, “La mayor onerosidad fortuita en el contrato de obra pública”, *Revista de Derecho del Estado*, n.º 56 (2023): 335-362. Véase Dávila, *Régimen jurídico*, 734 (“Sin distingo alguno el hecho del príncipe, el *ius variandi*, la imprevisión, las sujeciones materiales imprevistas y el caso fortuito o fuerza mayor deben propiciar el reconocimiento de los mayores costos que hayan generado [...] El restablecimiento en provecho del contratista implica todos los mayores costos porque solamente así se cumple con la garantía legal que ampara la utilidad perseguida con el contrato”).

56 C. E., Sec. Tercera, Sent. jun. 28/2012, Rad. 1996-1233. M. P. Ruth Stella Correo Palacio, 28.

57 *Concesión Vías del Nus c. ANI*, laudo arbitral, n.º 135526 (CCB-CAC, 7 de noviembre del 2023), 118. Al respecto, véase también *APP GICA S. A. vs. ANI*, laudo arbitral, n.º 136972 (CCB-CAC, 24 de octubre del 2023) para cuantificar el riesgo (no previsto) de elusión de ciertas estaciones de peaje.

generales sobre compensaciones e indemnizaciones en disputas contractuales en Colombia. Y segundo, porque elimina posibles inconsistencias que surgen entre la aplicación del artículo 868 del Código de Comercio y la materialización de riesgos en el marco de un contrato estatal, al desvincular la teoría de la imprevisión de la compensación de los riesgos imprevisibles.

Teniendo en cuenta todo lo anterior, la regla de compensación del riesgo imprevisible en virtud de la cual el contratista debe recibir el daño emergente derivado de su materialización es la que mejor se alinea con las reglas sobre asignación de este tipo de riesgo, con los estándares nacionales e internacionales sobre compensaciones e indemnizaciones en disputas contractuales y con las normas sobre el desequilibrio económico del contrato estatal y la teoría de la imprevisión.

BIBLIOGRAFÍA

Doctrina

- Alviar, Helena. Coord. *Nuevas tendencias del derecho administrativo*. Bogotá: Temis/Ediciones Uniandes, 2016.
- Arancibia, Jaime. “La mayor onerosidad fortuita en el contrato de obra pública”. *Revista de Derecho del Estado*, n.º 56 (2023).
- Benavides, José Luis. *El contrato estatal, entre el derecho público y el derecho privado*, 2.ª ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2004.
- . “La noción equívoca del equilibrio contractual”. En *Libro en memoria del prof. Dr. Luis Villar Borda*, dirigido por Emilsen González. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2008.
- . “Riesgos contractuales”. En *Contratación estatal: estudios sobre la reforma del estatuto contractual Ley 1150 de 2007*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2009.
- C. E. “La distribución de riesgos y su armonización con el equilibrio financiero del contrato”. En *Antología. Jurisprudencias y conceptos del Consejo de Estado 1817-2017, Sección Tercera. Tomo III A*, 435.
- Cabrera, Mauricio. “Ni privatización ni estatización: la defensa del interés público”. En *Intervención del Estado en la economía colombiana*. Bogotá: Comisión Presidencial para la Reforma de la Administración Pública del Estado Colombiano, Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, 1990.
- Conellan, Clare, Elizabeth Ogre-Gross y Angelica André. “Compensatory damages principles in civil and common law jurisdictions: Requirements,

- underlying principles and limits”. En *The guide to damages in international arbitration*. Londres: Global Arbitration Review, 2018.
- Conrad, Sebastián; Francisco Vásquez y Mónica Ibagón. “La planeación de los contratos públicos en diálogo de los sistemas: una comparación entre el derecho colombiano, el español y el alemán”. En *Fallos referentes en contratación estatal*, editado por José Luis Benavides. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2020.
- Dávila, Luis Guillermo. *Régimen jurídico de la contratación estatal*, 3.^a ed. Bogotá: Legis, 2017.
- Durán, Álvaro y Felipe Herrera “Propósitos y efectos de la asignación de riesgos en contratos estatales”. En *Infraestructura y derecho*. Bogotá: Legis, 2017.
- . “El riesgo de diseño en los contratos estatales para la ejecución de obras”. En *Contratos estatales*, tomo II. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez/Universidad del Rosario, 2022.
- Escobar Gil, Rodrigo. *Teoría general de los contratos de la Administración pública*. Bogotá: Legis, 1999.
- Esquirol, Jorge L. *Las ficciones del derecho latinoamericano*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores/Ediciones Uniandes, 2014.
- Expósito, Juan Carlos. “Alteración grave que da lugar al desequilibrio económico del contrato. Diferencia entre el hecho del príncipe y la teoría de la imprevisión. Los tributos como forma de ruptura del equilibrio económico del contrato”. En *Los grandes fallos de la jurisprudencia administrativa colombiana*, editado por Andrés Fernando Ospina. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2013.
- Granillo Campo, Raúl Enrique. *Distribución de los riesgos en la contratación administrativa*. Buenos Aires: Astrea, 1990.
- Kennedy, David. “Law and the political economy of the world”. *Leiden Journal of International Law* 26, n.º 1 (2013): 7-48. <https://doi.org/10.1017/S0922156512000635>
- Kennedy, Duncan. *Three globalizations of law and legal thought: 1850-2000*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006.
- Marienhoff, Miguel. *Tratado de derecho administrativo, tomo IIIA*, 4.^a ed. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1998.
- Meier, Gerald. *Biography of a subject. An evolution of development economics*. Oxford: Oxford University Press, 2005.
- Pereira, Gustavo. “Justicia distributiva, responsabilidad y compensación”. *Isegoría*, n.º 27 (2002). <https://doi.org/10.3989/isegoria.2002.i27.564.225-237>
- PwC. *Damages awards in international commercial arbitration. A study of ICC awards*. Londres: Queen Mary University, 2020.

- Restrepo, Juan Camilo. *Derecho presupuestal colombiano*, 2.^a ed. Bogotá: Legis, 2014.
- Rodríguez, Libardo. *El equilibrio económico en los contratos públicos*, 2.^a ed. Bogotá: Temis, 2021.
- de Soto, Hernando. “The missing ingredient: What poor countries will need to make their markets work”. *Housing Finance International* 3, n.º 1, 1994.
- Suárez, Gonzalo. *Estudios de derecho contractual público*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, 2014.

Normativa y documentos oficiales

C. N.

Circ. 073/2013, Gobernación de Antioquia, 5.

D. 423/2001.

Departamento Nacional de Planeación (DNP). Del riesgo previsible en el marco de la política de contratación pública. [Documento CONPES 3714/2011]. Bogotá, Colombia: DNP.

L. 80/1993.

L. 448/1998.

L. 1150/2007.

L. 1508/2012.

L. 1682/2013.

Jurisprudencia

C. Const., Sent. C-333, ago. 1.º/96. M. P. Alejandro Martínez Caballero.

—, Sent. C-300, abr. 12/2012. M. P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

C. E., Sec. Tercera, Sent. ago. 21/2011, Rad. 1997-4390. M. P. Ruth Stella Correo Palacio.

—, Sent. jun. 28/2012, Rad. 1996-1233. M. P. Ruth Stella Correo Palacio.

—, Sent. ago. 13/2014, Rad. 2006-3354. M. P. María Adriana Marín.

—, Sent. may. 6/2015, Rad. 1995-0271. M. P. Olga Mélida Valle de la Hoz (E).

—, Sent. dic. 10/2015, Rad. 2012-0012. M. P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

—, Sent. feb. 8/2017, Rad. 2013-0717. M. P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

—, Sent. jul. 19/2018, Rad. 2013-182[57576]. M. P. Marta Nubia Velásquez Rico.

- , Sent. may. 7/2021, Rad. 2009-0498. M. P. María Adriana Marín.
- , Sent. abr. 19/2024, Rad. 2008-0656. M. P. José Roberto Sáchica Méndez.
- , Sent. may. 16/2024, Rad. 2017-1428. M. P. José Roberto Sáchica Méndez.
- , Sent. jun. 17/2024, Rad. 2008-00233. M. P. William Barrera Muñoz.
- CSJ, Cas. Civil, Sent. feb. 21/2012, Rad. 2006-0537. M. P. William Namén Vargas.

Laudos arbitrales

- APP GICA S. A. vs. ANI*, laudo, n.º 136972 (CCB-CAC, 24 de octubre del 2023).
- Concesión Transversal del Sisga c. ANI*, laudo, n.º 121233 (CCB-CAC, 8 de octubre del 2021).
- Concesión Vías del Nus c. ANI*, laudo, n.º 135526 (CCB-CAC, 7 de noviembre del 2023).
- Departamento de Cundinamarca c. Concesionaria Panamericana*, laudo, n.º 1016 (CCB-CAC, 26 de enero del 2011).