

ACCIONES CONSTITUCIONALES FRENTE A LA CONTRATACIÓN ESTATAL

NUBIA DEL PILAR MONROY MORENO

**INSTITUCIÓN UNIVERSITARIA COLEGIOS DE COLOMBIA- UNICOC
COLEGIO JURÍDICO Y DE CIENCIAS SOCIALES DERECHO Y CIENCIAS
POLÍTICAS
CHÍA
2015**

ACCIONES CONSTITUCIONALES FRENTE A LA CONTRATACIÓN ESTATAL

NUBIA DEL PILAR MONROY MORENO

Director:

CARLOS FERNANDO AMAYA RODRIGUEZ

Trabajo presentado como requisito para obtener el título de Abogada

**INSTITUCIÓN UNIVERSITARIA COLEGIOS DE COLOMBIA- UNICOC
COLEGIO JURÍDICO Y DE CIENCIAS SOCIALES DERECHO Y CIENCIAS
POLÍTICAS
CHÍA
2015**

AGRADECIMIENTOS:

Expreso mi infinito agradecimiento de forma muy especial a Dios por enseñarme a aceptar mis logros con humildad, a mi familia que es lo mejor y lo más valioso que poseo porque permitieron que llegara a esta instancia de mi vida, en la cual he sabido luchar con la fuerza que me han dado, que sin su apoyo hubiese sido imposible haber salido adelante en este complejo camino del saber.

De la misma manera vaya mi agradecimiento a mi alma mater UNICOC, a mis maestros que se hicieron presentes durante todo este proceso, en particular a mi Director de Trabajo de Grado, Doctor Carlos Fernando Amaya Rodríguez, quien con su conocimiento, apoyo, paciencia y abnegada vocación docente, ha sabido guiarme por el sendero del bien y del éxito profesional.

A todos ustedes, gracias

*“El hombre que se levanta,
es aún mas grande
que el que no ha caído”
Concepción Arenal*

DEDICATORIA:

A Dios

Por permitir la realización de mi gran sueño, por darme la facultad de llegar a la cima y mostrarme cuales son mis próximos retos, por proporcionarme salud, perseverancia, sabiduría, valor para lograr mis objetivos, por enriquecerme y fortalecerme espiritualmente día a día y por acogerme en su infinita bondad y amor.

A mi Madre María Teresa

Por ser el ser más sublime que Dios me ha dado, que con su sencillez y humildad supo ser la verdadera forjadora de mi superación, quien en los momentos más difíciles me ha infundido con su compañía el deseo de llegar hasta el final, por sus valores, por la motivación constante que me ha permitido ser una persona de bien, por convertirse en una segunda madre para mi hija, cuando la deje sola por querer alcanzar mi sueño, pero más que nada, por su amor incondicional.

A mi hija María Camila

Por ser la razón de mi lucha constante en el arduo camino de formarme como profesional, por su apoyo tan puro y sincero a pesar de su corta edad, por regalarme esos momentos de su infancia que eran valiosos para su formación, por su motivación para nunca rendirme en los estudios y poder llegar a ser un ejemplo para ella, por su comprensión, por sus oraciones, por enseñarme a perseverar con esa alegría que la identifica, sobre todo por su ternura y amor único.

A mi esposo Fabio

Por estar conmigo en aquellos momentos en que el estudio y el trabajo ocuparon mi tiempo y esfuerzo, por haberme enseñado que siempre hay una luz al final del camino, por el apoyo incondicional infundado siempre en la perseverancia y constancia para hacer lo que se quiere responsablemente en aras de dar ejemplo, por su respaldo económico absoluto y por su gran amor.

TABLA DE CONTENIDO

	Pág.
INTRODUCCIÓN.....	8
1. CONTRATACIÓN ESTATAL	10
1.1. TEORÍA DEL SERVICIO PÚBLICO Y LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA ..	10
1.2. EL CRITERIO LEGAL, ORGÁNICO Y MATERIAL COMO FACTOR QUE DETERMINA LA NATURALEZA JURÍDICA DEL CONTRATO ESTATAL	15
2. ACCIONES CONSTITUCIONALES FRENTE A LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA 24	
2.1. Las acciones de grupo.....	24
2.2. La acción pública de inconstitucionalidad.....	26
2.3. Acción de tutela.....	29
2.4. Acción Popular.....	31
2.5. Acción de Cumplimiento.....	33
3. LA ACCIÓN CONSTITUCIONAL: ¿VÍA PRINCIPAL O SUBSIDIARIA EN LOS ASUNTOS RELACIONADOS CON LA CONTRATACIÓN ESTATAL?	36
3.1. INTERPRETACIÓN DE NORMAS Y REGLAS EN EL CONTRATO ESTATAL	37
3.2. DERECHOS CIVILES, POLÍTICOS Y SOCIALES	41
3.2.1. Derechos fundamentales y derechos particulares.....	41
3.2.2. La acción del Estado.....	41
3.2.3. Derechos fundamentales en Colombia	43
3.3. DIFERENCIAS ENTRE LOS MECANISMOS PREVENTIVOS, TRANSITORIOS Y CAUTELARES PREVISTOS POR LA CONSTITUCIÓN	44

CONCLUSIONES.....	50
REFERENTES BIBLIOGRÁFICOS	52

INTRODUCCIÓN

Uno de los principales aspectos de la administración pública se relaciona con la actividad contractual que despliegan los entes del Estado con el fin de satisfacer las necesidades de la sociedad, promover la prosperidad general y generar desarrollo en el país. Esta actividad contractual del Estado se enmarca dentro de la regulación establecida por el Estatuto de Contratación, Ley 80 de 1993, la Ley 1150 de 2007, el Decreto Ley 019 de 2012, legislación que señala los procedimientos previos, concomitantes y posteriores que se deben cumplir al momento de celebrar un contrato.

Ese marco normativo establece cuáles son los contratos estatales y la normatividad que ha ellos debe aplicarse; de esta manera, el artículo 32 del Estatuto establece que son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, así como los que se definen a título enunciativo.

Se concluye entonces la prevalencia de un criterio orgánico como único factor que permite establecer la naturaleza jurídica de los contratos que celebran las entidades públicas; pese a lo anterior, el artículo 13 del mismo estatuto prevé que los contratos que celebren las entidades a que se refiere el artículo 2 del mismo ordenamiento, se regirán por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, salvo en las materias particularmente reguladas en esta ley. Es así pues como se puede ver que en este régimen mixto existe una tensión entre los principios de la contratación pública y de la contratación privada, como ocurre, por ejemplo, el principio de la autonomía de la voluntad.

El marco jurídico que se aplica a los contratos estatales varía de acuerdo con la naturaleza de cada uno, pues si bien puede pensarse que los contratos enunciados en el artículo 32 de la Ley 80 de 1993 se regirán por las disposiciones del derecho público, puede pregonarse lo mismo respecto de los contratos de compra venta y arrendamiento que celebran las entidades públicas, pues estos por regla general se rigen por disposiciones civiles y comerciales; tampoco existe claridad doctrinal, jurisprudencial y legislativa en torno al tema, porque no se ha establecido una línea de interpretación y armonización de las

instituciones de derecho público y derecho privado en lo relacionado con la contratación de las entidades del Estado.¹

Por otro lado, la actividad estatal puede afectar a terceros, ya sea individualmente o en forma colectiva. Ante esta realidad, la Constitución Política define acciones que pueden emplearse en procura del restablecimiento de los derechos de esos potenciales afectados. Sin embargo sería un error asumir de manera automática que las acciones constitucionales pueden emplearse en todos los eventos relacionados con la contratación estatal.

El presente trabajo busca determinar la procedibilidad de las acciones constitucionales frente a los contratos estatales, cuando la jurisdicción competente es la Contencioso Administrativa. En primer lugar se definen las acciones constitucionales que son aplicables a los contratos estatales, así como a las actuaciones administrativas en general y se analiza la legitimidad de la acción constitucional como principal y no subsidiaria para la protección del derecho según exista o no otra vía judicial. Así mismo se analiza si las acciones constitucionales operan como mecanismo preventivo, transitorio o cautelar para tutelar los derechos e intereses colectivos que se ven involucrados con el ejercicio de la contratación estatal.

El trabajo se encuentra organizado en tres capítulos y en el primero de ellos se analiza el marco legal relacionado con la contratación estatal; las acciones constitucionales son el tema objeto del segundo capítulo. Con base en esos antecedentes, en el tercer capítulo se concreta el análisis sobre si la acción constitucional es una vía principal o subsidiaria en los asuntos relacionados con la contratación estatal, lo que lleva a estudiar la forma como se interpretan las normas y reglas en el contrato estatal y la pertinencia de los diferentes mecanismos preventivos, transitorios y cautelares establecidos en la constitución.

¹ Al respecto, ver a BETANCOURT JARAMILLO, Carlos. Derecho Procesal Administrativo. Señal Editores. Séptima edición. 2009 y a CORREA PALACIO, Ruth Stella. El ejercicio de los poderes del Estado en el contrato estatal. Páginas 1 – 44. En “Reforma al régimen de contratación estatal”. (Comp.) DE VIVERO ARCINIEGAS, Felipe. Universidad de los Andes. 2010

1. CONTRATACIÓN ESTATAL

La contratación que realizan las instituciones del Estado en cumplimiento de su función constitucional puede analizarse desde la perspectiva del servicio público y de la actividad administrativa. Por otro lado, la naturaleza jurídica del contrato estatal está determinada por el criterio legal, orgánico y material. Con el propósito de tener bases apropiadas para abordar el tema de las acciones constitucionales frente a la contratación estatal, en el presente capítulo se desarrollan esos temas, con el fin de advertir la esencia jurídica del contrato estatal como una expresión de la función administrativa.

1.1. TEORÍA DEL SERVICIO PÚBLICO Y LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA

La intervención del Estado y particularmente de su actividad administrativa dentro de la sociedad ha sido comprendida desde la perspectiva que se conoce como la teoría del servicio público, dado que ésta teoría permite realizar distinciones entre la función de los particulares y las actuaciones propias del aparato Estatal. Esta teoría tuvo su origen en la jurisprudencia de Francia durante el Siglo XIX, en respuesta a la necesidad de ponderar a esa estructura sólida y con poderes tan amplios, que los particulares se veían frente a ella como si se tratara de súbditos en lugar de ciudadanos². De acuerdo con Duguit, el servicio público debe considerarse un elemento del Estado en sustitución del sistema monárquico.³

De acuerdo con Maurice Hauriou, el servicio público se constituye en la razón de ser de la administración pública, por lo que se convierte en tema fundamental del Estado Moderno⁴; por ello, el servicio público es también tema central del derecho administrativo⁵.

² ANGULO, Juan José. Riesgo de oportunismo del gobierno en el sector eléctrico colombiano. Aproximación al diseño institucional de la regulación eléctrica en Colombia. Universidad del Rosario. Bogotá. 2012.

³ DUGUIT, L. Traité de Droit Constitutionnel, T. II, Ancienne Librairie Fontemoing & Cie. Paris. 1923, pág. 54.

⁴ VELILLA, Marco Antonio. Los servicios públicos como instrumento de solidaridad y cohesión social del Estado, Bogotá, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez C. Ltda., 2005, p. 27.

Entre tanto, para Rivero servicio público es “toda actividad de interés general que la administración asume”⁶. Lo anterior puede explicar la razón de la existencia misma del derecho administrativo, como la herramienta a través de la cual el Estado busca garantizar la prestación de las funciones que la sociedad le ha asignado para beneficio común; en otras palabras, si no existiera el derecho administrativo, el Estado no contaría con las herramientas necesarias para protegerse a sí mismo contra los obstáculos jurídicos que debe enfrentar durante el cumplimiento de funciones que la Constitución le asigna, como la atención de la justicia, la seguridad, etc.

Así, las tareas asignadas a la administración pública, nos reafirma el potencial como gestora del servicio público, encargada de satisfacer las necesidades y expectativas sociales de una colectividad, con un servicio de calidad buscando la optimización, la consecución, permanencia de su función, así como la responsabilidad en el manejo de los recursos públicos aplicados a la inversión y sometidos a los parámetros constitucionales y legales, siendo parte fundamental para el logro de los fines del Estado.

Con respecto a la evolución histórica del concepto de servicio público, Maldonado⁷ refiere que la primera vez que se habló del mismo en los órganos jurisdiccionales franceses fue en el llamado fallo Blanco⁸, cuando se hizo responsable al Estado “por el daño causado a los particulares por personas que el Estado emplea en el servicio público”. En algunos países de Europa el servicio público es conocido bajo la denominación de servicio económico de interés general o servicio universal, en consideración a su impacto en la sociedad. La comprensión de este servicio en términos de René Chapus se resume así:

⁵ MONTAÑA, Alberto. El concepto de servicio público en el derecho administrativo. Bogotá, Universidad Externado de Colombia. 2005. p. 136.

⁶ RIVERO, Jean. Droit administrative. París: Dalloz, 1996. Citado por Alberto Montaña Plata, El concepto de servicio público en el derecho administrativo. Bogotá. Universidad Externado de Colombia. 2005. p. 168.

⁷ MALDONADO, Tomás. La noción de servicio público a partir de la concepción del Estado Social de Derecho. Universidad del Norte. Actualidad Jurídica. 2007. Barranquilla. Pp. 54-64.

⁸ Fallo que en 1872 resolvió el caso instaurado por el padre de Agnès Blanco, donde una menor resultó lesionada después de ser arrollada por un camión del Estado. El caso sirvió como precedente a que la responsabilidad del Estado también se extienda a las actividades realizadas por él con ocasión al servicio público y, por tanto, el Tribunal resolvió que debió regirse por las normas del derecho público y no las del código civil, como anteriormente se hacía. MALDONADO, Tomás. Óp. Cit. pp. 56.

La administración es sumisa a un derecho que rige su organización y su actividad y, por ende, su relación con los asociados, quienes son su razón de ser y en la cual tiende a satisfacer sus necesidades mediante el ejercicio de actividades de interés general o, más precisamente, actividades de servicio público.⁹

El concepto de servicio público ha sido desarrollado desde tres perspectivas diferentes, como son la orgánica, la material y la funcional; desde la primera, el concepto de servicio público corresponde a un organismo de derecho público que existe para prestar un servicio también público, lo que implica una competencia de carácter técnico¹⁰. Así mismo, desde la perspectiva material las actividades propias del servicio público son las que se orientan a la satisfacción de un interés general, son ejercidas por un organismo público y normalmente están por fuera de la órbita del derecho privado¹¹. Y desde la perspectiva funcional, el servicio público es definido como una actividad de interés general que se identifica por la existencia de reglas y poderes exorbitantes¹².

Por su parte, Palacio, al analizar el asunto, plantea que “Al Estado, como simple garante de los derechos individuales, se le asignaron tareas de intervención de la órbita de los particulares en la búsqueda del beneficio comunitario, otorgando gran importancia a la noción de servicio público y a sus obligaciones sociales”¹³. La autora señala que los nuevos derroteros y orientaciones estatales, su vocación competitiva, su papel de ente regulador, la nueva concepción de los servicios públicos y su finalidad social, las políticas económicas de globalización, la cercanía entre el mundo público y el mundo privado y sus regulaciones; la satisfacción del interés general como una obligación y la aplicación de reglas igualitarias,

⁹ CHAPUS René. *Droit administratif général*, París. Montchrestien, 1998. p. 1. Citado por Alberto Montaña Plata, en: *El concepto de servicio público en el derecho administrativo*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2005, p. 52.

¹⁰ CASTRO CUENCA, Carlos. *Aproximación a la Corrupción en la Contratación Pública*. Especial Referencia a las Fórmulas de Tipificación de la Corrupción en la Contratación Pública. Universidad de Salamanca. España. 2009. Pág.131

¹¹ JEZÉ, G. *Principios generales del derecho administrativo*. T. II. 1, La noción de servicio público, los agentes de la administración pública. Depalma. Buenos Aires. 1949, pág. 9.

¹² AUBY J, DUCOS R., AUBY J. *Institutions administratives*. 1971. pp. 24 a 27.

¹³ PALACIO, María Teresa. “*Resurgimiento o Crisis de la Noción de Servicio Público*”. *Revista de Derecho Público* No 11 Junio de 2000 Universidad de los Andes Facultad de Derecho. p. 4.

“constituyen la base fundamental de una nueva concepción y organización social, con un especial concepto de legalidad y legitimidad, donde el particular y el Estado aúnan sus fuerzas en orden a la búsqueda del mejoramiento de la calidad de vida de los asociados y su justicia material”.¹⁴

Se observa que el interés general es una expresión común al referirse a la conceptualización del servicio público, dado que se interés aparece como la razón justificadora de la intervención del Estado; podría afirmarse entonces que el servicio público es entendido como un mecanismo de atención de necesidades de la comunidad, que actúa bajo parámetros específicos y propios de su naturaleza.

Con respecto al nivel de intervención del Estado en la atención del servicio público han existido a lo largo de la historia diferentes posiciones. El mismo Duguit al respecto sostuvo que el servicio público:

Es toda actividad cuyo cumplimiento debe ser regulado, asegurado y fiscalizado por los gobernantes, por ser indispensable a la realización y al desenvolvimiento de la interdependencia social, y de tal naturaleza que no puede ser asegurado completamente más que por la intervención de la fuerza gobernante.¹⁵

Se observa que esta es una posición que supone la plena intervención del Estado como un requisito para la atención de este tipo de servicio. Sin embargo el concepto se ha ido concretando en la medida en que le han sido reconocidas determinadas características como la generalidad, la igualdad, la continuidad y la obligatoriedad. La generalidad se refiere al hecho de que debe tratarse de una actividad que no puede estar dedicada a atender las necesidades de unos pocos particulares mientras que se excluye a otros miembros de la sociedad; quiere esto decir que el servicio debe resultar asequible a todos los miembros de la sociedad, ya sea que finalmente todos hagan o no uso de él.¹⁶

¹⁴ *Ibíd.* p. 12.

¹⁵ 4DUGUIT, León. *Las transformaciones del derecho público*. Madrid. Francisco Beltrán, 1926. p.105.

¹⁶ MARIENHOFF, Miguel. *Tratado de Derecho Administrativo Tomo II*. Tercera Edición. Buenos Aires: Editorial Abeledo-Perrot. 1988.

El atributo de igualdad del servicio público se refiere a que la forma como el mismo se presta es igual para todos los integrantes de la comunidad, es decir, sin que exista ninguna discriminación en razón de calidades individuales de cada persona; en virtud de este atributo, tanto las características del beneficio recibido como del costo o contraprestación, deben ser las mismas para todos los integrantes de la sociedad. Por su parte la continuidad se refiere a que la disponibilidad del servicio no puede ser ocasional sino permanente, por lo que no pueden presentarse interrupciones en su prestación bajo ninguna circunstancia ni por ninguna justificación. Por último, la característica de obligatoriedad se refiere a que su prestación no puede resultar opcional o discrecional para el organismo estatal que lo presta o para quien lo haga en su nombre, si fuera el caso.

No se requiere sin embargo que un Estado preste de manera directa los servicios de interés general para que éstos sean considerados como servicios de carácter público; de hecho en la mayoría de las sociedades contemporáneas los particulares asumen la prestación de algunos de esos servicios. En la medida en que el Estado requiere recurrir a particulares para la prestación de algunos de esos servicios, se requiere de la celebración de contratos entre el organismo estatal y particulares. Así mismo es posible que, si bien el organismo público siga el encargado de atender la prestación de tales servicios, deba adquirir productos o servicios, y contratar arrendamientos para poder operar.

Con respecto a la importancia que en Colombia se le reconoce al servicio público, ésta puede deducirse del pronunciamiento de la Corte Constitucional cuando afirmó que el servicio público de interés general prestado por un particular hace que éste adquiera el carácter de autoridad, pues existe un ejercicio del poder público, y la característica fundamental del servicio público, es que tiene un régimen especial en atención al servicio¹⁷. Igualmente la Corte ha señalado que su carácter esencial se predica cuando las actividades que lo conforman contribuyen “de modo directo y concreto a la protección de bienes, a la

¹⁷ Corte Constitucional. Sentencia T-507 de 1993. Magistrado ponente Alejandro Martínez Caballero.

satisfacción de intereses o a la realización de valores ligados con el respeto, vigencia, ejercicio y efectividad de los derechos y libertades fundamentales”¹⁸.

En concordancia con estos conceptos del servicio público y de la actividad administrativa, los contratos de compraventa y arrendamiento, al igual que los demás que requiera el aparato estatal para cumplir su función, están llamados a garantizar un modelo de relación entre el Estado y los particulares en el cual se garantice en primer lugar el beneficio general por encima del beneficio individual y se aseguren las condiciones necesarias para que los mencionados conceptos sean viables. A diferencia de un contrato similar acordado entre particulares, en el caso de la contratación administrativa deben incluirse cláusulas que doten al Estado de los elementos jurídicos suficientes para poder cumplir el rol que la misma sociedad espera que cumpla, aunque sin que ello implique el desconocimiento de los derechos que los particulares con los cuales necesita contratar para adelantar esa tarea.

1.2. EL CRITERIO LEGAL, ORGÁNICO Y MATERIAL COMO FACTOR QUE DETERMINA LA NATURALEZA JURÍDICA DEL CONTRATO ESTATAL

La administración pública celebra contratos con el fin de satisfacer los intereses generales; se entiende por contrato un acuerdo de voluntades generador de obligaciones entre las partes, definición puede aplicarse plenamente tanto a los contratos estatales como a los que se celebran entre particulares. Los contratos que celebra la Administración en ejercicio de sus potestades administrativas son de derecho público y se consideran contratos administrativos.¹⁹

¹⁸ Corte Constitucional, Sentencia C-473 de 1994. Magistrado ponente Alejandro Martínez Caballero.

¹⁹ BERNAL, Francisco Javier. Derecho Administrativo. Programa Administración Pública Territorial. Escuela Superior de Administración Pública. 2008. 229 p.

No obstante, en los contratos estatales surge el problema del concurso de voluntades, dado que una de las partes es el Estado y la otra es un particular, y se generan derechos y obligaciones respecto de la administración, lo que da origen a diversas teorías, como la teoría positiva y la negativa.

De acuerdo con la teoría negativa, surgida originalmente en Alemania, señala que el contrato administrativo es inaplicable en derecho administrativo y que lo que se conoce como contratos estatales son en realidad actos administrativos. Dentro de las justificaciones de esta posición está en primer lugar el hecho de que entre las partes no existe igualdad jurídica, lo que imposibilita la autonomía de las partes que lo conciertan, pues en estos contratos una de las partes acepta o rechaza las condiciones regladas que establece la Administración. El segundo argumento de esta teoría es que el contrato administrativo se encuentra fuera del comercio; de acuerdo con esta teoría no se requiere la voluntad del particular.²⁰

Por otra parte está la denominada teoría positiva, de origen francés, que defiende la existencia de los contratos estatales propios de la administración; de acuerdo con esta corriente ideológica, estos contratos se desarrollan bajo la teoría de los actos de poder que determina que el Estado mantiene su poder y en desarrollo del mismo configura y celebra este tipo de contratos. Una tercera teoría es la teoría de la Ley, que se enfoca en el papel que tiene la ley para determinar cuáles son los contratos que se consideran como administrativos y cuáles no lo son.²¹

Así, los contratos estatales constituyen una función administrativa, que de manera general se expresa por medio de actos administrativos, lo que implica decisiones que en principio son unilaterales, lo que hace parte de la esencia de esa función y del derecho administrativo en general.

Las decisiones unilaterales de la Administración o de la ley producen efectos jurídicos en la medida en que crean, extinguen o modifican situaciones

²⁰ ALONSO, Edwin. Consideraciones dinámicas del arbitraje en los contratos concluidos por la administración pública. *En* Revista Iter ad Veritatem. N° 8. 2010. pp. 19-36.

²¹ *Ibíd.*

jurídicas determinadas; circunstancia que también ocurre en el caso de los contratos que celebra la Administración, en la medida en que el acuerdo surgido entre las partes crea, extingue o modifica situaciones jurídicas.²²

El acto administrativo unilateral como expresión propia de la Administración ha sido identificado con la facultad impositiva de la misma; esta naturaleza hace que el acto administrativo unilateral tenga carácter obligatorio para los administrados. Sin embargo, esa característica no resulta tan clara en el caso de los contratos, dado que en éstos no cabe la simple manifestación e imposición unilateral de la Administración y en cambio, es frecuente la creación de acuerdos mutuos.

Dada esta primera distinción entre actos administrativos y contratos administrativos, puede afirmarse que el acto administrativo unilateral se identifica como la expresión clásica del derecho administrativo, en donde la expresión de la voluntad de la administración se manifiesta y constituye una imposición del Estado que, como tal, tiene carácter obligatorio para el particular; En estos casos, existe una desigualdad entre las partes, por lo que los actos administrativos constituyen un típico acto de poder, mientras que los contratos estatales son un típico acto de gestión, en donde existe igualdad entre la Administración y el particular²³. Puede entonces afirmarse, a su vez, que el contrato administrativo es una forma de acto administrativo que se distingue por el hecho de tener carácter bilateral. Sin embargo autores como Libardo Rodríguez sostienen que incluso el acto administrativo como acto de poder es también bilateral y sostiene que:

Obviamente también es una clasificación de sentido práctico, porque en un Estado de Derecho, aún los actos unilaterales, si uno se pusiera a hacer análisis filosóficos y políticos, implicarían un acuerdo de voluntades original mediante el cual, a través de las elecciones, los gobernados estarían autorizando a los gobernantes para tomar esas decisiones; pero aquí lo que se mira es el acuerdo inmediato, de tal manera que la existencia de ese acuerdo inmediato en el sentido de que la Administración toma las decisiones, sin

²² GUECHA, Ciro. El contrato como acto administrativo: una nueva teoría que determina su control de legalidad. *En* Revista de Derecho Principia Iuris. N° 14. 2010. pp. 15-38

²³ GUECHA, Ciro. *Óp. Cit.* p. 32 – 35.

que sean el resultado de un convenio con los particulares, hace que ellas adquieran la calidad de actos administrativos unilaterales.²⁴

En desarrollo de estos criterios, en el marco de la Ley 80 de 1993, el contrato estatal se determina dentro de la noción de acto jurídico generador de obligaciones; esta definición sin embargo no toma en consideración el acuerdo como elemento determinante de la existencia de los contratos.²⁵

En la medida en que crean, modifican o extinguen situaciones jurídicas, las decisiones unilaterales de la administración o de la ley producen efectos jurídicos; estos mismos efectos también pueden ocurrir en el caso de los contratos que celebra la Administración, solo que lo hace mediante el acuerdo surgido en entre las partes.

De acuerdo con lo anterior, el contrato estatal constituye una función de carácter administrativo por lo que tiene como destinación esencial la atención de los intereses de carácter general. Uno de los elementos que lo caracteriza es la selección objetiva; en efecto, en los eventos en que se encuentre en trámite una licitación, concurso de méritos o cualquier otro proceso de selección del contratista con todos los requerimientos legales, incluida la disponibilidad presupuestal, y su perfeccionamiento se efectúe en la vigencia fiscal siguiente, se atenderá con el presupuesto de esta última vigencia, previo el cumplimiento de los ajustes presupuestales correspondientes.

El Consejo de Estado se ha pronunciado ampliamente al respecto, al señalar que:

El artículo 39 de la ley 80, al ocuparse de la forma del contrato estatal, estableció que los contratos que celebren las entidades estatales “constarán por escrito” (...) La forma como se materializa el vínculo jurídico es pues escrita, sólo que las formalidades plenas están determinadas en función de la cuantía (par. Art. 39 ley 80 y art. 25 decreto 679 de 1994). Coherente y armónico con este precepto, el artículo 41 de la ley 80 de 1993 revistió a la forma escrita de un valor *ad solemnitatem* o *ad substantiam actus* o *ad esentiam* (forma *dat esse rei*), al predicar que el acto o negocio jurídico sólo nace a la vida jurídica cuando adopta esa forma obligatoria, se trata de una solemnidad esencial para su existencia jurídica de rigurosa observancia, que constituye una restricción positiva a la expresión de la voluntad. Sin

²⁴ RODRÍGUEZ, Libardo. Derecho Administrativo General y colombiano. Temis. 2001. p. 112.

²⁵ Expósito Vélez, 2003

embargo, tal y como ya lo advirtió la Sala en oportunidad precedente, el artículo 41 de la ley 80 de 1993, fue modificado por el artículo 49 de la ley 179 de 1994, que a su vez modificó el artículo 86 de la ley 38 de 1989, orgánica o normativa del presupuesto general de la Nación.²⁶

El Consejo de Estado además señala que el artículo 41 de la ley 80 de 1993 distingue entre perfeccionamiento y ejecución, de modo que por virtud de este mandato legal si un contrato no está perfeccionado no es ejecutable.

Por ministerio de la ley, entonces, en el derecho colombiano el contrato estatal es solemne o formal (art. 1500 del Código Civil) y no consensual. Su perfeccionamiento sólo tiene lugar mediante el lleno de la forma escrita prevista por la ley 80 y el registro presupuestal ordenado por las normas orgánicas de presupuesto; la manifestación de la voluntad se sujeta a un modelo preestablecido por el legislador, el cual constituye la fisonomía del negocio jurídico. O lo que es igual, sin el lleno de estos requisitos los contratos estatales no quedan perfeccionados y por tanto no pueden ser ejecutados. No basta, entonces, el simple acuerdo de voluntades sino que es preciso que la expresión del consentimiento se haga a través de ese canal previsto por la ley: debe constar por escrito y debe contar con el respectivo registro presupuestal y la inobservancia de esas solemnidades especiales “impide el nacimiento de cualquier efecto contractual”, y por lo mismo carece de relevancia jurídica al quedar por fuera del derecho. La legislación es, pues, clara en impedir la consolidación de los efectos de un negocio jurídico que no se avenga a este cauce legal, al exigir que las partes han de elevarlo a escrito y contar con el registro presupuestal. En otras palabras, el contrato únicamente existe, una vez se satisface el requerimiento de la forma documental y su registro presupuestal, que de no cumplirse priva de efectos jurídicos al acuerdo de voluntades y, por lo mismo, no puede entrar a ejecutarse. En suma, la contratación estatal verbal está, pues, excluida, prohibida o proscrita en nuestro ordenamiento jurídico.²⁷

Se observa que se trata de principios específicos propios de la contratación pública y que son distintos a los que imperan cuando se trata de negocios entre particulares. Con respecto a la interpretación de las reglas contractuales, la citada Ley 80 establece:

Artículo 28. De la interpretación de las reglas contractuales. En la interpretación de las normas sobre contratos estatales, relativas a

²⁶ Consejo de Estado. Sección tercera. Sentencia de 5 de octubre de 2005 (Rad. no. AP-01588). Consejero ponente: Ramiro Saavedra Becerra.

²⁷ Consejo de Estado. Sección tercera. Sentencia de 5 de octubre de 2005 (Rad. no. AP-01588). Consejero ponente: Ramiro Saavedra Becerra.

procedimientos de selección y escogencia de contratistas y en la de la cláusula y estipulaciones de los contratos, se tendrá en consideración los fines y los principios de que trata esta ley, los mandatos de la buena fe y la igualdad y equilibrio entre prestaciones y derechos que caracteriza a los contratos conmutativos.

Nótese que la función pública vuelve a ser la directriz cuando se trata de la interpretación de las reglas contractuales. El máximo tribunal de lo Contencioso Administrativo inclusive recuerda que tanto la ley como la jurisprudencia, establecieron que los principios generales que rigen la contratación pública en general y la función administrativa, son igualmente aplicables a la contratación directa²⁸. La posición del Consejo de Estado frente a este punto también plantea que:

Así, en materia de contratación pública, la buena fe es considerada como un modelo o criterio de actitud y conducta, que debe preceder al contrato, permanecer durante su ejecución y perdurar luego de su cumplimiento.²⁹ La Ley 80 de 1993, incorpora este principio general en el numeral segundo del artículo 5 por cuya inteligencia los contratistas deberán obrar con lealtad y buena fe en las distintas etapas contractuales, evitando las dilaciones y entramamientos que pudieran presentarse; en el artículo 23 cuando dispone que las actuaciones de quienes intervengan en la contratación estatal estarán regidas por los principios generales de la contratación, dentro de los que está el de la buena fe; además, en el artículo 28 en el que estableció que este principio se tendrá en cuenta en la interpretación de las normas de los contratos estatales, de los procedimientos de selección y escogencia de los contratistas y de las cláusulas y estipulaciones de ellos³⁰.

Para el Consejo de Estado, la buena fe impone a la administración y a los interesados en contratar con el Estado un proceder caracterizado por la mutua confianza, diligencia, prudencia y colaboración en la construcción del vínculo jurídico para la satisfacción de la necesidad colectiva y de interés público que se persigue con la contratación estatal.

²⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, ver entre otras providencias: Autos de 14 de agosto de 2003, Expediente 22.848, y de 30 de septiembre de 2004, Expediente 26945; y Sentencias de 10 de agosto de 2000, Expediente 12.964, 15 de julio de 2004, Expediente AP 1156-02, 14 de abril de 2005, Expediente AP 01577; 20 de abril de 2005, Expediente 14.519.

²⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de 22 de abril de 2006, Expediente 8830.

³⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de 7 de junio de 2001, Expediente 13.405

El Consejo de Estado también se ha referido al carácter prenegocial de los pliegos de condiciones de los contratos estatales y la vinculación que ese carácter tiene con las posibles interpretaciones, señalando que:

Es principio fundamental informador de la etapa de selección del contratista, el de garantizar la igualdad de los oferentes y por lo mismo bajo dicha óptica todas aquellas cláusulas que puedan comportar la vulneración de tal principio, son susceptibles de depuración, por parte del juez del contrato, como que la aplicación indiscriminada de aquellas, puede constituir la fuente de daños y perjuicios para cualquiera de los partícipes dentro del proceso de selección objetiva. La administración no puede establecer criterios irrazonables que no consulten el interés general presente tanto en el proceso de selección como en la ejecución del contrato estatal, so pena de ineficacia de dichas cláusulas predispuestas ante casos de violación mayúscula del ordenamiento jurídico v. gr. contravención de norma de orden público o, de exponerse a un control riguroso de contenido por parte del juez del contrato, quien por vía de la cláusula general de buena fe o, bajo la óptica del principio de objetividad o de igualdad, puede corregir o ajustar el contenido de la cláusula, con el propósito de preservar la eficacia vinculante de la que ha sido predispuesta, garantizando así, en todo caso, la aplicación cabal de los principios informadores de la contratación estatal.³¹

Las garantías relacionadas con el proceso de selección objetiva ha sido una preocupación constante del Consejo de Estado, que al respecto ha advertido además que “la administración pública, no puede, so pretexto de la cláusula de exclusividad, limitar su libertad contractual de tal suerte que, resulte obligada a concluir un sinnúmero de negocios jurídicos con un solo contratista inicial, si los mismos suponen, la observancia de los requisitos de selección que excluyen la esencia de la exclusividad”³². En la medida en que la contratación constituye una fuente lícita de negocios lucrativos para los contratistas, la neutralidad de la gestión administrativa impone a las entidades preservar el principio de igualdad en la selección de contratistas.

Intentando resumir, como se observa a lo largo de este capítulo, tanto los servidores públicos como quienes participan en la gestión contractual deben observar postulados y reglamentaciones específicas, derivados de principios constitucionales que anteponen los

³¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 1999, Expediente 12344. Magistrado Ponente Daniel Suárez Hernández.

³² Sentencia 12085 de 1999. Consejero Ponente Daniel Suárez.

intereses generales de la sociedad a los intereses particulares. También se pudo establecer que, a diferencia de un contrato acordado entre particulares, en el caso de la contratación administrativa deben incluirse cláusulas que doten al Estado de los elementos jurídicos suficientes para poder cumplir adecuadamente su rol, advirtiendo que ello no puede servir de excusa para que se desconozcan los derechos de los particulares con los cuales contrate con ese propósito. Es por ello que las decisiones unilaterales de la administración o de la ley también se pueden dar en el caso de los contratos que celebra la administración, aunque en este caso para poder hacerlo debe lograrse un acuerdo con los particulares con quienes se hayan celebrado tales contratos.

Pudo verse además que los contratos estatales se rigen por las mismas reglas de interpretación previstas en el Código Civil, como quiera que no existe norma expresa que fije una indicación contraria, posición que ha sido reconocida por el Consejo de Estado, como juez máximo de lo contencioso administrativo. Esta situación reitera la dualidad que existe entre el régimen privado y el régimen público respecto de este tipo de contratos. En el trabajo también se observó que la legislación colombiana relacionada con la contratación administrativa le reconoce mayor importancia a la autonomía de la voluntad de la que se le reconoce en otros países, al mismo tiempo que restringe ciertas opciones contractuales propias de los contratos entre particulares.

Una de las diferencias más notorias entre los contratos administrativos y los contratos entre particulares es la exigencia de que los primeros deben caracterizarse por su perfeccionamiento y su formalidad, lo cual no es requisito indispensable en los segundos para que tengan plena validez legal.

Como se observa en este primer capítulo, tanto los servidores públicos como quienes participan en la gestión contractual deben observar postulados y reglamentaciones específicas, derivados de principios constitucionales que anteponen los intereses generales de la sociedad a los intereses particulares. También se pudo establecer que, a diferencia de un contrato acordado entre particulares, en el caso de la contratación administrativa deben incluirse cláusulas que doten al Estado de los elementos jurídicos suficientes para poder cumplir adecuadamente su rol, advirtiendo que ello no puede servir de excusa para que se desconozcan los derechos de los particulares con los cuales contrate con ese propósito. Es

por ello que las decisiones unilaterales de la administración o de la ley también se pueden dar en el caso de los contratos que celebra la administración, aunque en este caso para poder hacerlo debe lograrse un acuerdo con los particulares con quienes se hayan celebrado tales contratos.

Pudo verse además que los contratos estatales se rigen por las mismas reglas de interpretación previstas en el Código Civil, como quiera que no existe norma expresa que fije una indicación contraria, posición que ha sido reconocida por el Consejo de Estado, como juez máximo de lo contencioso administrativo; esta situación reitera la dualidad que existe entre el régimen privado y el régimen público respecto de este tipo de contratos. Así mismo se observó que la legislación colombiana relacionada con la contratación administrativa le reconoce mayor importancia a la autonomía de la voluntad de la que se le reconoce en otros países, al mismo tiempo que restringe ciertas opciones contractuales propias de los contratos entre particulares.

Una de las diferencias más notorias entre los contratos administrativos y los contratos entre particulares es la exigencia de que los primeros deben caracterizarse por su perfeccionamiento y su formalidad, lo cual no es requisito indispensable en los segundos para que tengan plena validez legal.

2. ACCIONES CONSTITUCIONALES FRENTE A LAS ACTUACIONES DE LA ADMINISTRACIÓN .

La incidencia de las acciones individuales y colectivas sobre las decisiones de la gestión de la administración pública, orientan al ciudadano para que considere cuando una norma o un acto de la administración requieren de la defensa de los intereses públicos, de ahí que la Constitución establece varias acciones a favor de los ciudadanos dirigidas a objetarlas, demandarlas y emprender algún camino que lleva a ser derogadas o simplemente dejarlas sin validez alguna. A continuación se hace un breve resumen de tales acciones que pueden versar sobre las actuaciones de la Administración.

2.1. Las acciones de grupo

En primer lugar están las acciones de grupo, que se adelantan mediante la intervención de un abogado para la indemnización de los daños individuales causados a un grupo integrado por no menos de veinte personas; de igual manera a dicho género pertenece también la acción de inconstitucionalidad, mediante la cual el ciudadano puede obtener de la Corte Constitucional una declaración con fuerza de cosa juzgada, consistente en dejar sin valor y por fuera del ordenamiento jurídico, total o parcialmente, una ley de la república o un decreto con fuerza de ley expedido por el gobierno nacional.³³

La carta política de 1991 consagró este tipo de acción con el propósito de permitir a un grupo de personas que han sufrido un perjuicio análogo, como consecuencia de un mismo hecho, presentar una demanda en conjunto y obtener de esa manera una sentencia que las favorezca a todos en igualdad de condiciones. Con base en la prescripción constitucional, se puede afirmar que la ley es la encargada de regular el tema de las acciones originadas en los daños ocasionados a un número plural de personas, sin perjuicio de las correspondientes acciones particulares. Se desprende de lo anterior, que si alguno de los perjudicados no desea hacer parte del grupo o clase afectada por la misma causa que

³³ HINESTROSA, Fernando. Tratado de las Obligaciones. Universidad Externado de Colombia. Primera Edición. Bogotá, 2002.

afectó a los demás integrantes en condiciones uniformes, no está obligado a reclamar la indemnización del daño percibido en conjunto con ellos, y podrá iniciar su propia reclamación en forma individual. La acción de grupo se ejercerá exclusivamente para obtener el reconocimiento y el pago de la indemnización de los perjuicios.

Es oportuno decir aquí en relación a la acción de grupo que quien actúe como actor o demandante, representa a las demás personas que hayan sido afectadas individualmente por los hechos, sin que sea necesario que cada uno de los perjudicados ejerza por separado su propia acción, ni haya dado poder para ser representado. De cualquier manera, las acciones de grupo deben ser ejercidas por conducto de apoderado judicial. La sentencia C-215/99 hace referencia a la acción de grupo expresando que en cuanto se refiere a las acciones de clase o de grupo, éstas no hacen relación exclusivamente a derechos constitucionales fundamentales, ni únicamente a derechos colectivos, toda vez que comprenden también derechos subjetivos de origen constitucional o legal, los cuales suponen siempre a diferencia de las acciones populares la existencia y demostración de una lesión o perjuicio cuya reparación se reclama ante el juez.

En este caso, lo que se pretende es reivindicar un interés personal cuyo objeto es obtener una compensación pecuniaria que será percibida por cada uno de los miembros del grupo que se unen para promover la acción. Sin embargo, también es de la esencia de estos instrumentos judiciales, que el daño a reparar sea de aquellos que afectan a un número plural de personas que por su entidad deben ser atendidas de manera pronta y efectiva³⁴.

En concreto, las acciones de grupo tienen las siguientes características:

- No involucran derechos colectivos. El elemento común es la causa del daño y el interés cuya lesión debe ser reparada, que es lo que justifica una actuación judicial conjunta de los afectados.
- En principio, por tratarse de intereses individuales privados o particulares, los criterios de regulación deben ser los ordinarios.

³⁴ RODRÍGUEZ, Libardo. Derecho Administrativo, General y colombiano. Temis.14ª ed. Bogotá. 2005. 386 p.

– Los mecanismos de formación del grupo y la manera de hacer efectiva la reparación a cada uno de sus miembros sí deben ser regulados de manera especial, con fundamento en la norma constitucional, atendiendo a las razones de economía procesal que inspiran su consagración en ese nivel. En cuanto al juez competente para conocer de las acciones de grupo, depende de si la acción de grupo se origina en la actividad de entidades públicas o de particulares que desempeñen funciones administrativas, en cuyo caso la competencia será de la jurisdicción de lo contencioso administrativo. En los demás casos conocerá la jurisdicción civil ordinaria.³⁵

2.2. La acción pública de inconstitucionalidad.

Por otra parte, en cuanto a la acción de Inconstitucionalidad, ha sido la propia carta política la que ha otorgado la titularidad de esta acción al común de los ciudadanos colombianos, quienes a través de ella buscan demandar la inaplicabilidad de las disposiciones por ser contrarias al mandato superior y desterrarlas de una vez por todas del ordenamiento jurídico. La Corte Constitucional ha definido la acción de inconstitucionalidad:³⁶

Como el derecho político consagrado en el artículo 40 de C.P., por medio del cual se plantea un “diálogo entre el ciudadano, las autoridades estatales comprometidas en la expedición y aplicación de las normas demandadas y el juez competente para juzgarlas a la luz del Ordenamiento Superior”. Por tanto, para que la acción pública constituya una legítima expresión de la democracia participativa, resulta razonable imponer al demandante la carga mínima de la demostración argumentativa del cargo inconstitucional que propone ante la corte. En este sentido el ejercicio del derecho político está

³⁵ En cuanto a los requisitos de la demanda de acción de grupo, según quien sea el demandado, en la solicitud se deberá expresar: i) El nombre del apoderado, acompañando del poder debidamente conferido; ii) La identificación clara de los poderdantes, indicando sus nombres, documentos de identidad y domicilio; iii) El estimativo del valor de los perjuicios resultantes de la vulneración; iv) Cuando no fuere posible proporcionar el nombre de todos los afectados de un mismo grupo (integrado por 20 personas mínimo), deberán darse los criterios para su identificación y definir el grupo al cual pertenecen; v) La identificación del demandado; vi) La justificación de la procedencia de la acción de grupo, y vii) Los hechos de la demanda y las pruebas que se pretendan hacer valer durante el curso del proceso.

³⁶ Corte Constitucional Sentencia C-115 de 2006. Bogotá. Imprenta Nacional. Magistrado Ponente Jaime Córdoba Triviño.

supeditado a la identificación de las disposiciones acusadas; las normas constitucionales que han sido presuntamente vulneradas; las razones claras, ciertas, suficientes y pertinentes que sustentan el concepto de la violación; al igual que los motivos jurídicos que fundamentan la competencia del Tribunal. Lo anterior lleva a dos competencias definidas. La primera que el conocimiento de un asunto de inconstitucionalidad por parte de la corte está supeditado a la presencia de una demanda cuyos cargos cumplan con los requisitos anotados. La segunda que la competencia para el control constitucional adquiere carácter rogado, de forma tal que se excluye el conocimiento oficioso de las normas sometidas a estudio, excepción hecha de aquellas disposiciones que, por expreso mandato del Estatuto Superior, deben surtir el control previo y automático”.

La acción de inconstitucionalidad implica el ejercicio de un derecho político que tiene por titular a cualquier ciudadano. El objeto de la acción es la salvaguarda del principio de supremacía constitucional, que otorga a la Constitución el calificativo de norma de normas. Se relaciona con las leyes de la república y determinados decretos con fuerza de ley (los dictados por el gobierno nacional) en cuanto puedan contrariar el estatuto superior, con la finalidad de que la corte, mediante sentencia, retire la norma acusada del ordenamiento jurídico nacional, total o parcialmente.³⁷

El titular es el ciudadano o sea el nacional colombiano mayor de 18 años y en ejercicio de sus derechos de ciudadanía, lo cual significa que no podrá ser interpuesta ni por los extranjeros, ni por menores de edad, ni por personas que hayan perdido o tengan suspendidos sus derechos políticos, inherentes a la condición de ciudadano, así como tampoco a nombre de una persona jurídica. La petición será presentada por el ciudadano, directamente o por intermedio de apoderado. “La corte no rechaza ni inadmite ha dicho la corporación, en demandas de inconstitucionalidad presentadas a nombre de otro, bajo la condición de que mandante y mandatario sean ciudadanos en ejercicio”³⁸.

La acción pública de inconstitucionalidad puede interponerse en cualquier tiempo cuando se ataca la norma por su contenido material, pero prescribe dentro del año siguiente

³⁷ DAZA, Diana. Jurisdicción competente para conocer de las controversias contractuales de las empresas de servicios públicos domiciliarios mixtas. Universidad Santo Tomás de Aquino. 2008. p. 21.

³⁸ Corte Constitucional. Sentencia C-003 de 1993. Magistrado Ponente Alejandro Martínez Caballero.

a la promulgación de la misma cuando esta sea impugnada por vicios de forma o de procedimiento. Respecto al señalamiento de las razones de inconstitucionalidad, la Corte en la sentencia C-1052 de 2001, señaló que deben ser claras, ciertas, específicas, pertinentes y suficientes, como carga mínima de argumentación que el actor debe exponer para la admisión de la demanda y así evitar la inadmisión o un fallo inhibitorio³⁹.

También se cuenta con algunas acciones de carácter individual y público, ya que éstas se establecen por cualquier persona natural o jurídica ante los más altos tribunales de justicia y se interponen con el fin de hacer respetar el principio de ley y el interés general.

Ahora bien, cuando se habla de la actividad contractual del estado, señala la Corte, que es una modalidad de gestión pública, que se rige por los principios previstos en el artículo 209 y 123 de la Constitución Política, como parámetros específicos del cumplimiento de la función administrativa.⁴⁰

El fin de la contratación pública en el Estado Social de Derecho está directamente asociado al cumplimiento del interés general, puesto que el contrato público es uno de aquellos “instrumentos jurídicos de los que se vale el Estado para cumplir sus finalidades, hacer efectivos los deberes públicos y prestar los servicios a su cargo, con la colaboración de los particulares a quienes corresponde ejecutar, a nombre de la administración, las tareas acordadas. De hecho, la contratación del Estado es una de las formas de actuación pública de mayor utilización, pues muchos sostienen que el contrato estatal surge con la propia consolidación del Estado moderno, pues cuando éste asume la responsabilidad de prestar los servicios y adelantar funciones para la defensa de los derechos de los administrados y, por ese hecho, aumenta la complejidad de las tareas a su cargo, necesita del apoyo, la intervención y la experiencia que aportan los particulares”.

El interés general, además de guiar y explicar la manera como el legislador está llamado a regular el régimen de contratación

³⁹ Corte Constitucional. Sentencia C-1052 de 2001. Magistrado Ponente Manuel José Cepeda Espinosa.

⁴⁰ Corte Constitucional. Sentencia C-1052 de 2001. Magistrado Ponente Manuel José Cepeda Espinosa.

administrativa, determina las actuaciones de la Administración, de los servidores que la representan y de los contratistas.

Dentro de esta concepción, el contratista, además de estar vinculado al cumplimiento de las obligaciones generales de todo contrato, queda supeditado al cumplimiento de los fines del Estado, puesto que concreta el interés general que representa la continuidad y eficiencia en la prestación de los servicios públicos, colaboración que no le impide la legítima obtención de utilidades, así como el cumplimiento de la función social que se requiere para la realización de dichos fines.

Como se ha dicho, en la realización de los fines del estado, la actividad contractual juega un importante papel, a lo que compete que el legislador tenga siempre en cuenta el interés general en la elaboración de normas que no contraríen el Texto Constitucional. Al ocurrir la contrariedad con dicho texto supremo, se faculta al ciudadano ejercer sus derechos políticos para el respectivo control.

2.3. Acción de tutela.

La acción de tutela es el mecanismo de protección de los derechos fundamentales.

La Constitución de 1991 la establece en los siguientes términos:

Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe en su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública. La protección consistirá en una orden para que aquel respecto de quien se solicita la tutela, actúe o se abstenga de hacer. El fallo, que será de inmediato cumplimiento, podrá impugnarse ante el juez competente y, en todo caso, éste lo remitirá a la Corte Constitucional para su eventual revisión. Esta acción sólo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. En ningún caso podrán transcurrir más de diez días entre la solicitud de tutela y su resolución. La ley establecerá los casos en los que la acción de tutela procede contra particulares encargados de la prestación de un servicio público o cuya conducta afecte grave y directamente el interés colectivo, o respecto de

quienes el solicitante se halle en estado de subordinación renuente o indefensión⁴¹.

La Jurisprudencia de la Corte Constitucional ha sido clara en expresar que la tutela es un mecanismo transitorio, extraordinario, y que en ningún momento sustituye la acción ordinaria. Sin embargo, en casos excepcionales procede en forma definitiva, cuando la administración ha acudido a vías de hecho para la expedición de sus actos, como acontece cuando se desconoce el debido proceso y el derecho de defensa. Es así como en sentencia T – 418 de 2.003, el alto Tribunal expresó lo siguiente:

Si se trata de una decisión proferida en proceso administrativo, fiscal o disciplinario, en la que se alega la existencia de una vía de hecho en la decisión correspondiente, el examen del juez de tutela es distinto, pues, en estos casos, el afectado siempre puede acudir ante la jurisdicción contenciosa administrativa. En estos eventos, cuando existe indudablemente la vía de hecho, según las circunstancias del caso concreto, y frente a un perjuicio irremediable, debidamente sustentado, el juez de tutela puede conceder la acción de tutela, como mecanismo transitorio, o, excepcionalmente, en forma definitiva.⁴²

Es claro que esta acción únicamente procede cuando no se disponga de otro medio para la defensa judicial, pero en su escrito GIACOMETTE FERRER⁴³, señala que la ley establece los casos en donde esta acción procede contra particulares que presten un servicio público o cuya conducta afecte grave y directamente el interés colectivo. Teniendo en cuenta lo anterior, podemos deducir que, la tutela como mecanismo eficaz para proteger los derechos fundamentales que puedan verse vulnerados a través de un acto administrativo y que comprometan el interés colectivo o general, entraría a operar una vez agotados los medios o la acciones a que hayan lugar, ya que la contratación estatal puede en casos comprometer este interés, se abre la posibilidad a que la Acción de Tutela entre a operar, como se anoto anteriormente.

⁴¹ Constitución Política. Artículo 86. 1991.

⁴² Corte Constitucional. Sentencia T-418 de 2003. Magistrado Ponente Alfredo Beltrán Sierra.

⁴³ GIACOMETTE FERRER, Ana. Mecanismos de Protección Constitucional. Compilación Normativa. Editorial Ibáñez. Bogotá. 2014.

2.4. Acción Popular

La intervención por parte de los miembros de una comunidad, resulta esencial en la defensa de los intereses colectivos que se puedan ver afectados por la gestión de la administración pública; la particularidad de los derechos de los titulares de la acción hace que ésta no surja a favor determinado grupo, si no como miembros de una colectividad.

Para el Consejo de Estado, en consonancia con el artículo 9º, al ocuparse de la procedencia de las acciones populares, establece que toda acción u omisión de las autoridades públicas que hayan violado o amenacen violar los derechos e intereses colectivos, acoge a la actividad contractual del Estado como una modalidad de gestión pública que ha de guiarse entre otros por los principios de moralidad, eficacia, economía, imparcialidad y publicidad⁴⁴, en tanto aquella se constituye en un instrumento esencial para el cumplimiento de los fines del Estado. Reitera esta vez la corporación que la jurisprudencia del Consejo de Estado ha señalado que los negocios jurídicos en que sea parte el Estado son manifestación nítida de la función administrativa:

... por descontado se tiene que todo contrato estatal como expresión de la función administrativa (art. 209 C.N.)⁴⁵, tanto en su celebración como en su ejecución busca el cumplimiento de los fines estatales, por manera que los contratistas colaboran en el logro de los mismos y, en consecuencia, cumplen una función social que implica obligaciones (art. 3º Ley 80 de 1993), o lo que es igual, las partes convergen en la satisfacción de un interés público y ello es así —como afirma Vedel— porque el objetivo perseguido por la Administración ‘debe ser siempre

⁴⁴ El Consejo de Estado refiere a la siguiente jurisprudencia de la Corte Constitucional: Corte Constitucional, sentencia C-449 de 1992.

⁴⁵ Art. 209 C.P.: inciso segundo: “Las autoridades administrativas deben coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado...”.

un objetivo de interés público', por ser éste el fin de la actividad del Estado (...).⁴⁶

El Consejo de Estado ha manifestado del carácter principal y no subsidiario de la acción popular, a partir del marco constitucional y legal:

“(...) su titularidad radica en un colectivo debido a su carácter ‘supraindividual’, dando lugar a una legitimación colectiva que se otorga a un individuo como miembro de una colectividad afectada (art.12 Ley 472 de 1998) (...). “De suerte que, a diferencia de lo que sucede con la acción de tutela (art. 86 CN), la protección de los derechos colectivos por vía popular no es excepcional y por lo mismo se constituye en instrumento idóneo para la defensa de los mismos, en un plano distinto al individual, vale decir, desde su perspectiva abstracta y no concreta (...). “Y la acción popular no es subsidiaria sino principal debido a que la existencia de otros medios de defensa no la hace improcedente, pues es principal e independiente de otras acciones”.⁴⁷

Cuando se trata de contratos estatales el Tribunal aduce que estos no están fuera del alcance de la acción popular, cuando con ocasión de estos resulten amenazados o vulnerados los derechos colectivos, toda vez que representa una actividad del estado,⁴⁸ pues su celebración conlleva a cumplir fines estatales, como

⁴⁶ Referencia jurisprudencial dada por el Consejo de Estado para explicar el carácter de principal y autónoma de la acción popular: Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, auto de 16 de marzo de 2005, radicación 25000-23-26-000-20020121601 (27.921), actor: Eptisa Proyectos Internacionales S.A. y Otros, demandado: Instituto Nacional de Vías - invias, referencia: Contractual recurso ordinario de reposición, C.P.: Ruth Stella Correa Palacio. En el mismo sentido Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de noviembre 25 de 2004, radicación: 110010326000200300055-01, expediente: 25560, ref. Recurso de anulación de laudo arbitral, actor: Sociedad Centrimed Ltda., demandado: Hospital Militar Central.

⁴⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 10 de febrero de 2005, rad: 25000-23-25-000-2003-00254-01, actor: Exenober Hernández Romero, referencia: AP-00254, C.P.: María Elena Giraldo Gómez. En el mismo sentido Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, auto de 24 de mayo de 2001, exp.: AP-076, C.P.: Olga Inés Navarrete y Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 9 de septiembre de 2004, rad.: 25000-23-27-000-2003-00571-01, AP-571, actor: Mario Efrén Sarmiento Riveras y otros contra la Superintendencia de Economía Solidaria. En el mismo sentido Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, exp. AP-166, sentencia de 17 de junio de 2001, C.P.: Alier E. Hernández Enríquez y Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 5 de octubre de 2005, actor: Procuraduría General de la Nación, demandada: Amadeo Tamayo Morón, rad.: 2001-23-31-000-2001 (AP-01588)-01, C.P.: Ramiro Saavedra Becerra.

⁴⁸ Entendido como negocio jurídico de la administración, expresión nítida del principio de la autonomía de la voluntad, esto es, un acto en el que una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa, o como acuerdo entre ellas para constituir, regular o extinguir entre ellas una relación jurídica

lo estipulado en el artículo 3° de la Ley 80 de 1993, pues trae intrínseco el principio de legalidad con la marca del interés general y la expresión del ejercicio de la función administrativa (art. 209 de CP). Agrega el Consejo de Estado que no hay discusión alguna cuando la conducta que vulnere el derecho o interés colectivo provenga de un contrato estatal.

Se reafirma que el contrato estatal por pertenecer a las categorías de la manifestación de administración, puede suscitar situaciones en donde se vulnere o se vea amenazado tanto un derecho o un interés público, pues el estrecho vínculo con los principios orientadores de la función administrativa, deja entre ver que le corresponde al juez constitucional la revisión de estas actuaciones por hacer parte de preceptos superiores del texto constitucional como lo menciona AMAYA RODRIGUEZ en la Ponencia Control Constitucional y las actuaciones Administrativas.⁴⁹

2.5. Acción de Cumplimiento

La falta de diligencia o la inacción de la autoridad pública, para hacer cumplir con los deberes y obligaciones derivados de los actos administrativos, emanados de la administración, hacen que las expectativas de los asociados se frustren o se sientan defraudados, aguardando el obrar de sus de sus autoridades, expresión de ALVARO GOMEZ HURTADO, Situación que se asemeja al incumplimiento de deberes y obligaciones.

La acción de cumplimiento está instituida en el artículo 87 de la Constitución Política y desarrollada por la Ley 393 de 1997, como un mecanismo para que toda persona pueda acudir ante la autoridad judicial para hacer efectivo el cumplimiento de una Ley o un

(artículos 1494 del Código Civil y 864 del Código de Comercio) que en materia de contratación estatal está previsto actualmente en los artículos 13, 23, 32 y 40 de la Ley 80 de 1993, en consonancia con el artículo 8 del Decreto 679 de 1994.

⁴⁹ AMAYA RODRIGUEZ, Carlos Fernando, Control Constitucional y las Actuaciones Administrativas-.II Congreso Mundial de Justicia Constitucional, 25 al 28 de agosto de 2015 en Buenos Aires (Argentina).

acto administrativo. Así mismo, es una garantía, que permite a través de una orden o exigencia a la autoridad renuente para que cumpla con su deber y obligaciones ya sean por omisión o por acción, en actos o en hechos que surja tal incumplimiento. Tal como lo señaló la Corte Constitucional:

“el objeto y finalidad de esta acción es otorgarle a toda persona, natural o jurídica, e incluso a los servidores públicos, la posibilidad de acudir ante la autoridad judicial para exigir la realización o el cumplimiento del deber que surge de la ley o del acto administrativo y que es omitido por la autoridad, o el particular cuando asume este carácter. De esta manera, la referida acción se encamina a procurar la vigencia y efectividad material de las leyes y de los actos administrativos, lo cual conlleva la concreción de principios medulares del Estado Social de Derecho, que tienden a asegurar la vigencia de un orden jurídico, social y económico justo”⁵⁰

De conformidad con lo dispuesto por el artículo 9° de la Ley 393 de 1997, la acción de cumplimiento no procederá cuando el afectado tenga o haya tenido otro instrumento de defensa judicial para lograr el efectivo cumplimiento de la norma o acto administrativo, salvo que de no proceder el juez, se cause un perjuicio grave e inminente para el accionante. Sobre el particular en sentencia C-193 de 1998, la Corte Constitucional señaló:⁵¹

“Como es bien sabido, la finalidad de la acción de cumplimiento es buscar un mecanismo o instrumento procesal idóneo para asegurar la realización material de las leyes y actos administrativos. De este modo se logra la vigencia y el respeto del ordenamiento jurídico, en cuanto la ejecución de las leyes y actos administrativos, permite realizar los diferentes cometidos estatales confiados a las autoridades, y proteger y hacer efectivos los derechos de las personas. Cuando se trata de asegurar el efectivo cumplimiento de la ley material, esto es, de normas generales, impersonales y abstractas, es indudable que el instrumento de protección creado por el Constituyente -la acción de cumplimiento- es el único mecanismo directo idóneo (...). Iguales consideraciones son válidas con respecto a los actos administrativos de contenido general que por contener normas de carácter objetivo impersonal y abstracto, son equivalentes materialmente a las leyes.

⁵⁰ Corte Constitucional, sentencia C-157 de 1998. Magistrados Ponentes Drs. Antonio Barrera Carbonell y Hernando Herrera Vergara.

⁵¹ Corte Constitucional, Sentencia C-193 de 1998. Magistrados Ponentes Drs. Antonio Barrera Carbonell y Hernando Herrera Vergara.

Por el contrario, cuando se trata de actos administrativos subjetivos, que crean situaciones jurídicas individuales, concretas y particulares, el cumplimiento efectivo del respectivo acto interesa fundamentalmente a la esfera particular de la persona y no a la que corresponde a la satisfacción de los intereses públicos y sociales. Por ello se justifica constitucionalmente, por considerarse razonable y no afectar el contenido esencial de la norma del artículo 87 constitucional, la previsión del legislador, en el sentido de que en tales casos, el afectado, o sea, a quien se le lesiona directamente su derecho pueda acudir a los mecanismos ordinarios que también éste ha instituido para lograr el cumplimiento de tales actos, porque dentro de la autonomía discrecional de que goza para la configuración de la norma jurídica, no resulta contrario al referido mandato constitucional que el precepto acusado permita la existencia de mecanismos alternativos para el cumplimiento de esta clase de actos, salvo cuando de no asegurarse la efectiva ejecución del acto particular y concreto se pueda derivar para el interesado "un perjuicio grave e inminente". En otros términos, no es inconstitucional que el Legislador haya considerado que la acción de cumplimiento no subsume de manera absoluta las acciones que existen en los diferentes ordenamientos procesales para asegurar la ejecución de actos de contenido particular o subjetivo".

Se reitera nuevamente, que la finalidad de la acción de cumplimiento es la adecuación de un mecanismo o instrumento que garantice la realización material de las leyes y actos administrativos que conlleve a los propósitos perseguidos por el estado en manos de las autoridades en aras de proteger y hacer efectivos los derechos del conglomerado, haciéndose la exigencia ante las autoridades que por acción u omisión ha dejado de cumplir con sus deberes y obligaciones y que con ello causan perjuicio a la colectividad, pues se ve afectado el interés general con las decisiones que se tomaron o dejaron de hacer.

Se deriva de ello la exigibilidad a la administración pública cuando por fallas en la gestión, la contratación estatal menoscaba el interés colectivo, colocando en la cuerda floja, la moralidad administrativa y la defensa del patrimonio público como fundamento constitucional.

En lo que respecta a la acción de cumplimiento lo que busca es la realización de un deber legal o que surja de un acto administrativo, para el caso que nos compete el acto administrativo en la modalidad del contrato estatal, hace que dicha acción se invoque cuando no se conlleve a la consecución de los fines del Estado y

que con ello sea inminente el daño causado a los derechos e intereses colectivos, ya que el ordenamiento superior lo que propende es la protección de los mismos y constituyéndose en la base constitucional; lo que significa que con este acto administrativo hay obligaciones y deberes por cumplir a una colectividad y así exigir la ejecución cuando haya lugar a ello. Es de aclarar que para hacer tal exigencia, se debe agotar los mecanismos o instrumentos judiciales para lograr el cumplimiento del deber jurídico o administrativo, en caso de no contar con mecanismo alguno o que se produzca un perjuicio grave o inminente por causa de los efectos del contrato estatal. No procede esta acción, cuando se quiera proteger derechos que se puedan garantizarse a través de otra acción.

3. LA ACCIÓN CONSTITUCIONAL: ¿VÍA PRINCIPAL O SUBSIDIARIA EN LOS ASUNTOS RELACIONADOS CON LA CONTRATACIÓN ESTATAL?

Los conflictos legales que se pueden originar como consecuencia de un contrato estatal pueden involucrar tanto a las partes contractuales como a terceros, siendo estos últimos cualquier persona natural o jurídica que se sienta afectada en sus derechos por dicho contrato. Es por ello que para poder analizar si la acción constitucional es una vía principal o subsidiaria cuando se trata de la vulneración de derechos con ocasión de la actividad de contratación estatal, a continuación se analizan las dos situaciones. La primera de ellas se refiere a la interpretación de las normas contractuales, que es el caso en el que se ven involucradas directamente las partes, valga señalar la entidad del Estado y el contratista; a su vez la segunda parte se refiere a los casos en los que la controversia involucra a terceros, es decir a cualquier persona de la sociedad en general.

3.1. INTERPRETACIÓN DE NORMAS CONSTITUCIONALES EN EL CONTRATO ESTATAL

La intervención por parte de los miembros de una comunidad, resulta esencial en la defensa de los intereses colectivos que se puedan ver afectados por la gestión de la administración pública; la particularidad de los derechos de los titulares de la acción hace que ésta no surja a favor determinado grupo, si no como miembros de una colectividad.

A lo que aduce profesor Carlos Amaya⁵², que el interés general es la esencia de la función administrativa, constituyéndose en la principal fuente de su ejercicio, característica

⁵² AMAYA RODRIGUEZ, Carlos Fernando, Control Constitucional y las Actuaciones Administrativas- (Ponencia) .II Congreso Mundial de Justicia Constitucional, 25 al 28 de agosto de 2015 en Buenos Aires (Argentina).

que resulta del proceso de constitucionalización del derecho en ordenamientos jurídicos latinoamericanos, destacando que este fenómeno no es ajeno al derecho administrativo, puesto que se entiende como el conjunto de normas y principios, ponderándose sobre las expresiones del ejercicio de la función administrativa o ejecutiva del Estado.

El estudio de la contratación estatal debe realizarse a partir de los principios y las reglas que enmarcan y encausan toda la normatividad que la consagra, así como los hechos, actos y estipulaciones de los contratos, propósito para el cual el artículo 23 de la Ley 80 de 1993 estableció:

Artículo 23. De los principios en las actuaciones contractuales de las entidades estatales. Las actuaciones de quienes intervengan en la contratación estatal se desarrollarán con arreglo a los principios de transparencia, economía y responsabilidad y de conformidad con los postulados que rigen la función administrativa. Igualmente, se aplicarán a las mismas las normas que regulan la conducta de los servidores públicos, las reglas de interpretación de la contratación, los principios generales del derecho y los particulares del derecho administrativo.

Se observa que la función pública vuelve a ser la directriz cuando se trata de la interpretación de las reglas contractuales. Así mismo el artículo 1618 del Código Civil señala que "Conocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras". Ya desde 1968, es decir, mucho antes de que existiera la Ley 80, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, expresa:

Las referidas reglas de interpretación contractual no son meros consejos del legislador, sino verdaderas normas de obligatoria aplicación por parte de los jueces; que, si bien es cierto que ellas no tienen índole sustancial, puesto que no confieren derechos subjetivos ni imponen obligaciones civiles propiamente dichas, si son preceptos instrumentales que señalan las nociones, factores y conceptos que el juez ha de tener en cuenta para descubrir la intención de las partes contratantes, para apreciar la naturaleza jurídica de las convenciones y para determinar los efectos de éstas⁵³.

⁵³ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de Diciembre 16 de 1.968

Es aquí, donde se converge el control de la administración, señalando el máximo tribunal de lo Contencioso Administrativo, inclusive recuerda que tanto la ley como la jurisprudencia, establecieron que los principios generales que rigen la contratación pública en general y la función administrativa⁵⁴ emanan directamente del texto constitucional y aunado por el Consejo de Estado en la creación del vínculo jurídico para la satisfacción de la necesidad colectiva y de interés público que se persigue con la contratación estatal.⁵⁵

Así mismo, el Tribunal considera pertinente referenciar el artículo 95 de la Constitución Política que consagra en su numeral 9° el deber de todos los ciudadanos de contribuir al financiamiento de las inversiones y gastos que efectúa el Estado dentro de los parámetros de equidad y justicia, y por ende tendrán el derecho a reclamar a los funcionarios claridad en su manejo y correcta destinación en todas las actividades donde se afecte el patrimonio público, derecho que ha sido reconocido por la Corte Constitucional, con ocasión del estudio de constitucionalidad del artículo 40 de la Ley 472 de 1998, y que se transcribe a continuación:

“Constituye cabal desarrollo de la Carta Política, pues la prevalencia del interés general (art. 1°.); la proclamación de un orden justo (art. 2°.) y la vigencia de los principios axiológicos que en el Estado Social de Derecho guían la contratación pública, como modalidad de gestión que compromete el patrimonio y los recursos públicos, cuya intangibilidad las autoridades están obligadas a preservar (art. 209) hacen, a todas luces, necesario que el legislador adopte mecanismos idóneos para hacer efectiva la responsabilidad patrimonial de los responsables de la contratación estatal, con miras a la recuperación de la totalidad de las sumas que se desvían del patrimonio público, a causa de la corrupción administrativa, en materia de contratación pública. “Es de todos conocido que la corrupción administrativa es uno de los más devastadores flagelos que carcomen el patrimonio público, y que ésta ha encontrado terreno fértil principalmente en el campo de la contratación pública, en el cual ha alcanzado en el último tiempo niveles insospechados, y que, por esa vía, cuantiosísimos recursos públicos resultan

⁵⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, ver entre otras providencias: Autos de 14 de agosto de 2003, Expediente 22.848, y de 30 de septiembre de 2004, Expediente 26945; y Sentencias de 10 de agosto de 2000, Expediente 12.964, 15 de julio de 2004, Expediente AP 1156-02, 14 de abril de 2005, Expediente AP 01577; 20 de abril de 2005, Expediente 14.519.

⁵⁵ *Ibid.*

desviados de la inversión pública social, con grave sacrificio para las metas de crecimiento económico y de mejoramiento de las condiciones de vida de la mayoría de los colombianos”⁵⁶.

Afirma el profesor Carlos Amaya ⁵⁷ que desde el texto constitucional se definen los fines de la función administrativa, ya que en el marco de la revisión del art. 209 de la constitución, refiriéndose a la resolución de inconstitucionalidad en contra de la Ley 489 de diciembre 29 de 1988, que establece principios, objeto y control de la misma, clasificando los principios en finalísticos, funcionales y organizacionales. Haciendo una relación directa entre la función administrativa y los intereses del estado. Así pues, la actuación administrativa emana directamente de la constitución como fundamento en los diferentes modos acción, para posteriormente poner en marcha la satisfacción de necesidades y así cumplir con el interés colectivo

A propósito de la interpretación de los contratos estatales a la luz de las normas del derecho común, el Consejo de Estado mediante pronunciamiento de la Sección Tercera, en mayo de 2012 recordó que:

Las reglas de interpretación de los contratos, obligatorias para el juez en la medida en que el ordenamiento jurídico pretende que la voluntad de las partes —y no la del intérprete— sea escrupulosamente respetada al momento de aplicar o de establecer los alcances del acto o negocio del cual se trate, especialmente cuando el tenor literal de éste no resulta suficientemente esclarecedor respecto de dicha intención de los sujetos, se encuentran consagradas, como se ha expresado, en el Código Civil y resultan aplicables a la contratación estatal en casos como el sub iudice, pese a que la contratista del Estado tiene la condición de comerciante —lo cual determina la aplicación preferente de las disposiciones del Estatuto Mercantil—, por virtud de lo normado tanto en el artículo 822 del Código de Comercio como en el inciso primero del artículo 13 de la Ley 80 de 1993⁵⁸.

⁵⁶ Corte Constitucional, sentencia C-088 de 2 de febrero de 2000.

⁵⁷ AMAYA RODRIGUEZ, Carlos Fernando, Control Constitucional y las Actuaciones Administrativas-II (Ponencia) Congreso Mundial de Justicia Constitucional, 25 al 28 de agosto de 2015 en Buenos Aires (Argentina).

⁵⁸ Consejo de Estado. Sección Tercera, Subsección A, Consejo de Estado, 9 de mayo de 2012, Consejo de Estado. Sección Tercera, Subsección A, Consejo de Estado, 9 de mayo de 2012, 22.714, Actor: Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina.

Sin embargo, además del entorno del contrato estatal es necesario referirse al entramado constitucional y jurídico que se ha desarrollado en el país a partir de 1991 en cuanto a los derechos de las personas, dado que es desde esa perspectiva que se puede estudiar la coherencia de las acciones constitucionales frente a la contratación estatal.

3.2. DERECHOS CIVILES, POLÍTICOS Y SOCIALES

Marshall y Bottomre⁵⁹ proponen una clasificación entre derechos civiles, políticos y sociales que contribuye a establecer un orden del sistema de los derechos fundamentales; de acuerdo con este autor, esa clasificación tiene un origen histórico, pues los derechos civiles se habrían consolidado durante el Siglo XVIII, los derechos políticos en el XIX y los derechos sociales en el Siglo XX; al menos así puede afirmarse de la evolución en Gran Bretaña, en Estados Unidos y en los países Escandinavos, aunque en naciones como Alemania se dio primero el reconocimiento del parte del estado a los derechos sociales que a los derechos políticos; situación similar se presentó en Francia. A pesar de esa diversidad en la evolución histórica de los derechos en diferentes contextos geográficos, la consolidación de los derechos políticos presupone que existan los derechos civiles; por ejemplo no resulta posible el ejercicio del derecho político elemental de elegir y ser elegido sin que previamente se reconozca el derecho a la libertad individual.

La celebración de elecciones es un rasgo característico de la democracia, pero se requieren una serie de condiciones para lograr que la democracia funcione adecuadamente; así por ejemplo el régimen cubano supone la celebración del ejercicio del voto, pero al no existir derechos civiles plenos, las elecciones no son más que un simulacro que ha sido montado por la dictadura. Es por ello que la garantía de la plenitud de los derechos civiles es necesaria para que exista la verdadera competencia que sustenta al sistema democrático.

Así mismo, los derechos sociales requieren la preexistencia de derechos civiles y políticos. Dado que no resulta posible resolver el problema de la distribución justa de la

⁵⁹ MARSCHALL, T., BOTTOMORE, T. Ciudadanía y clase social (Segunda ed.). Madrid: Alianza. 1998.

riqueza a un asunto estrictamente técnico o matemático, la alternativa consiste en plantear criterios de distribución que sean formulados mediante la participación de los diferentes grupos que conforman la sociedad; esos criterios deben concebirse de forma que puedan ajustarse a los cambios normales de las circunstancias sociales. Lo anterior evidencia que los derechos civiles y políticos constituyen una condición necesaria para acceder a los derechos sociales, aunque esa condición no resulte suficiente. Es por ello que los derechos fundamentales no se encuentran organizados de la misma manera en todas las sociedades, pues la forma en que han ejercido su influencia los hechos históricos en cada sociedad ha sido diferente y por lo tanto cada sociedad ha respondido a tales hechos con un ordenamiento jurídico organizado de manera diferente, que no hace posible considerar a unos derechos fundamentales como de primera generación y a otros de tercera, pues esa clasificación puede válidamente variar de una sociedad a otra. Si se analizan desde la perspectiva de su eficacia, tampoco resulta posible desligarlo; por ejemplo, los derechos sociales relacionados con el sistema distributivo de la riqueza, solo operan en un contexto en el que exista un marco civil que proteja los derechos civiles y los derechos políticos.

3.1.1. Acciones del Estado

Algunos consideran que el ejercicio de los derechos fundamentales liberales requiere solamente el establecimiento de una restricción o de un límite a las acciones del Estado, mientras los derechos sociales hacen necesaria una prestación estatal. Varios de los derechos civiles y políticos hacen necesaria una acción positiva del Estado; por ejemplo, la seguridad del espacio privado y la participación en los procesos electorales solo se pueden dar en la medida en que exista una notoria intervención del Estado; así mismo sucede la protección de la libertad de expresión, que es un derecho que supone la acción negativa del Estado.

Si bien hasta el Siglo XVIII se reconocida a los derechos fundamentales un carácter de objetividad, ese carácter fue cuestionado durante el Siglo XIX⁶⁰. Por ejemplo Marx denunció que el discurso político de los derechos humanos “como uno de enmascaramiento de los intereses de clase, en este caso de la clase burguesa en su sublevación contra el absolutismo, le sustrae a los derechos su dimensión ontológica para reemplazarla por la ideología; para Marx⁶¹, los derechos constituyen una expresión que no conduce a la emancipación de todo el género humano, sino a la emancipación política de la clase burguesa.

Durante el siglo XX Hans Kelsen plantea que “los derechos naturales son un vestigio del derecho natural que se resiste a morir luego de la demolidora crítica racionalista a la teología como explicación del orden humano y social”⁶². Para Kelsen, los derechos fundamentales son expresión de normas positivas que fijan las correspondientes obligaciones en cabeza de determinadas personas, por lo que no hay derechos sin obligaciones ni estas pueden existir sin que a su vez existan normas positivas que las consagren.

A su vez el autor danés Alf Ross, también durante el Siglo XX, al analizar desde el enfoque lingüístico las expresiones relacionadas con derechos subjetivos, plantea que el concepto de los derechos no tiene contenido semántico y que se trata tan solo de un constructo técnico empleado con el propósito de sintetizar la presentación de relaciones jurídicas complejas. A pesar de ello, para Ross los derechos siguen cumpliendo simultáneamente una función técnica en el marco de la presentación de los supuestos fácticos de las normas y de sus consecuencias jurídicas, como una función psicológica: ellos rememoran y refuerzan el carácter mágico–religioso del derecho, muy importante para la obediencia a la ley y para la aceptación normativa.⁶³

⁶⁰ CASASOLA, F. A. La acción de tutela contra particulares y los efectos de las sentencias de tutela, de acuerdo con la doctrina de la corte constitucional de Colombia. Bogotá. 2006.

⁶¹ MARX, Karl. La cuestión judicial, en: Escritos de juventud, FCE, México, 1982, 463–490.

⁶² KELSEN, Hans. Teoría pura del derecho, 7ª. ed., Porrúa, México, 1993.

⁶³ ROSS, A. La finalidad del castigo. Derecho, filosofía y lenguaje. 1976

3.1.2. Derechos fundamentales en Colombia

En Colombia, con la constitución de 1991 se da un giro a la forma como debía verse el estado de derecho con la connotación social, con lo que se implementa toda una serie de reconocimientos especiales a los ciudadanos. De hecho, la Constitución vigente contempla, dentro del Título II De los derechos, las garantías y los deberes, el Capítulo I, que se refiere precisa y exclusivamente a los derechos fundamentales, el cual consta de 31 artículos. Este capítulo establece que el derecho a la vida es inviolable, que nadie será sometido a desaparición forzada, torturas, tratos o penas crueles inhumanos o degradantes. Frente al derecho a la igualdad, la Constitución establece que todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica.

Además se menciona de manera explícita el derecho a la intimidad personal y familiar y a su buen nombre, siendo deber del Estado respetarlos y hacerlos respetar, así como el derecho al libre desarrollo de su personalidad, sin más limitaciones que las que imponen los derechos de los demás y el orden jurídico. También se garantiza las libertades de conciencia, de culto y expresar y difundir su pensamiento y opiniones, así como el derecho a la honra. La paz también es considerada un derecho y un deber de obligatorio cumplimiento. Otros derechos consagrados en la Constitución son el de presentar peticiones respetuosas a las autoridades, circular libremente por el territorio nacional y el trabajo.

Adicionalmente se consagra que el debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas, el derecho a invocar el Habeas Corpus, el derecho a la libre asociación y el derecho a constituir sindicatos. El artículo 40 señala que todo ciudadano tiene derecho a participar en la conformación y control del poder público, derecho del cual se desprenden los derechos a elegir y a ser elegido, participar en elecciones, constituir partidos, revocar el mandato a los elegidos, tener iniciativa en las corporaciones públicas, interponer acciones públicas de defensa de la Constitución y la ley y acceder al desempeño de funciones y cargos públicos.

Así mismo se establecen en el artículo 44 los derechos fundamentales de los niños. Al señalar los deberes de la Fiscalía General de la Nación en ejercicio de su funciones, el artículo 250 establece que en caso de requerirse medidas que impliquen afectación de derechos fundamentales, deberá obtenerse la respectiva autorización por parte del juez que ejerza las funciones de control de garantías para poder proceder a ello.

Los estudiosos de la teoría de los derechos han propuesto su clasificación en tres categorías: de primera generación, de segunda generación y de tercera generación⁶⁴. Los derechos de primera generación tienen como fin la protección de los derechos civiles y las libertades públicas y fueron consagrados inicialmente en la “Declaración Universal de los derechos del hombre y del ciudadano” durante la Revolución Francesa en el Siglo XVIII. Por su parte los derechos de segunda generación permiten que el individuo se ponga en condiciones de igualdad frente al Estado para reclamar de la autoridad pública la protección de sus derechos económicos, sociales y culturales. Por último los derechos de tercera generación son los denominados colectivos de la humanidad o derechos de las nuevas generaciones y son definidos como aquellos subjetivos e intereses legítimos que pertenecen a personas indeterminadas y a diversos grupos sociales y se refieren a ámbitos como el consumo, el medio ambiente, el patrimonio de la humanidad, entre otros⁶⁵.

⁶⁴ ESCOBAR, C., ZAPATA, K. Derecho a la seguridad social para las parejas del mismo sexo. (E. d. Derecho, Ed.) Medellín: Universidad EAFIT. 2008.

⁶⁵ Fix-Zamudio, H. Los abogados mexicanos y el ombudsman. México: C.N.D.H. 2012.

3.3. DIFERENCIAS ENTRE LOS MECANISMOS PREVENTIVOS, TRANSITORIOS Y CAUTELARES PREVISTOS POR LA CONSTITUCIÓN APLICABLES A LA CONTRATACION ESTATAL

Para analizar la pertinencia de las acciones constitucionales en el entorno de la contratación estatal, debe en primer lugar registrarse que el artículo 89 de la Constitución establece que: “Además de los consagrados en los artículos anteriores, la ley establecerá los demás recursos, las acciones, y los procedimientos necesarios para que puedan propugnar por la integridad del orden jurídico, y por la protección de sus derechos individuales, de grupo o colectivos, frente a la acción u omisión de las autoridades públicas”. Esto implica entonces que estos mecanismos tienen aplicación cuando se haya quebrantado el orden jurídico o se haga necesario proteger los derechos individuales, de grupo o colectivos.

En cuanto a la acción de inconstitucionalidad, la misma carta política en el numeral 1 del artículo 241 establece que a la Corte Constitucional se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución para lo cual debe decidir sobre demandas de inconstitucionalidad promovidos contra actos reformativos de la Constitución, cualquiera que sea su origen sólo por vicios de procedimiento en su formación. Así mismo decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que presenten los ciudadanos contra las leyes, tanto por su contenido material como por vicios de procedimiento en su formación y sobre demandas de inconstitucionalidad presentadas contra los decretos con fuerza de ley dictados por el Gobierno con fundamento en los artículos 150 numeral 10 y 341 de la Constitución, por su contenido material o por vicios de procedimiento en su formación. Teniendo que la contratación estatal no cumple con ninguno de estos requisitos, puede afirmarse que la acción de inconstitucionalidad no procede para resolver conflictos entre los ciudadanos y las partes que intervienen en este tipo de contratos.

Así mismo, la acción de tutela es una opción prevista por el artículo 86 superior para para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública. Sin embargo, tal como lo advierte el mismo artículo, esta acción solo procede cuando el

afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, por lo que en primera instancia el interesado debe agotar los demás mecanismo legales previstos por la ley, independientemente de que se trate de asuntos relacionados o no con la contratación estatal.⁶⁶

El artículo 88 de la Constitución implementó un tipo de acción que tiene como fin la protección de los derechos e intereses colectivos relacionados con diferentes aspectos relevantes de la comunidad. Con este mecanismo se busca proteger a grupos de personas que consideran que se están vulnerando sus derechos, los que no tienen que ser de carácter fundamental; estas acciones están reguladas por la ley 472 de 1998.⁶⁷

Las acciones populares son medios procesales para la protección de derechos e intereses colectivos y se ejercen para evitar el daño contingente, hacer cesar el peligro, la amenaza, la vulneración o agravio sobre los derechos e intereses colectivos, o restituir las cosas a su estado anterior cuando fuere posible.⁶⁸

A su vez las acciones de grupo son aquellas interpuestas por un número plural o un conjunto de personas que reúnen condiciones uniformes respecto de una misma causa que

⁶⁶ El mismo artículo estableció además que la protección consistiría en una orden para que aquel respecto de quien se solicita la tutela, actúe o se abstenga de hacerlo, mediante un fallo de inmediato cumplimiento, que puede impugnarse ante el juez competente. Adicionalmente previó que en todo caso el juez remitirá su fallo a la Corte Constitucional para su eventual revisión, con lo cual le dio a la Corte la facultad de última instancia de proteger los derechos fundamentales de todos los colombianos. Sin embargo se fijó un límite para este mecanismo, el que solo procede cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, a no ser que sea empleada como mecanismo transitorio para prevenir un perjuicio irremediable. Uno de los principales atractivos del mecanismo de tutela fue y sigue siendo aún más de 20 años después, su gran agilidad, dado que la Asamblea Nacional Constituyente estableció que en ningún caso podrán transcurrir más de diez días entre la solicitud de tutela y su resolución; las bondades de este mecanismo han desbordado inclusive en muchas oportunidades la capacidad operativa del sistema judicial, además de que son muchos los funcionarios que han debido pagar penas privativas de la libertad por incumplir las decisiones judiciales generadas a través de este mecanismo. Sistemas como el de salud y el de prestación de servicios públicos han sido especialmente objeto de acciones de tutela. BERNAL, C., El derecho de los derechos, escritos sobre la aplicación de los derechos fundamentales. Primera Edición. Quinta reimpresión ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 2012.

⁶⁷ Corte Constitucional. Sentencia T-028 de 2010. Magistrado Ponente Dr. Nilson Pinilla Pinilla. Bogotá: Corte Constitucional.

⁶⁸ Congreso de la República. Ley 472 de 1998.. Por la cual se desarrolla el artículo 88 de la Constitución Política de Colombia en relación con el ejercicio de las acciones populares y de grupo y se dictan otras disposiciones. Artículo 2°. Bogotá: Imprenta Nacional.

originó perjuicios individuales para dichas personas. Las condiciones uniformes deben ser también respecto de todos los elementos que configuran la responsabilidad. La acción de grupo se ejercerá exclusivamente para obtener el reconocimiento y pago de indemnización de perjuicios.⁶⁹

Si bien la Corte ha reiterado la improcedencia de la acción de tutela para resolver litigios surgidos de obligaciones contractuales, también ha sostenido que tratándose de servicios públicos ese mecanismo resulta viable para protegerles a los usuarios derechos que tengan el carácter de fundamentales o se encuentren en conexidad con alguno que ostente esa calidad⁷⁰. En cuanto a las acciones populares, con la expedición de la Ley 472 de 1998, el legislador reguló las acciones populares, lo que llevó a la Corte a redefinir los criterios de procedencia y alcance de la acción de tutela, consignando en la sentencia T-1451 de 2000 los siguientes elementos: (i) la protección de los derechos colectivos debe realizarse, en principio, mediante la acción popular; (ii) el requisito esencial para la procedencia de la acción, es la conexidad o relación directa entre la vulneración de un derecho colectivo, y uno fundamental; (iii) el peticionario debe ser la misma persona que alega una vulneración a sus derechos fundamentales, por conexidad; (iv) debe probarse la pretendida vulneración a un derecho fundamental; (v) la orden del juez debe buscar el restablecimiento del derecho fundamental vulnerado, más que la protección del derecho colectivo.⁷¹

Ahora bien, en la afectación del interés colectivo, predicable de la gestión administrativa, cuando su modo de actuar sea un contrato administrativo, facultan al juez constitucional para su revisión, teniendo en cuenta la constitución y la actuación como elementos primordiales para la defensa de los derechos e intereses colectivos, pero sin olvidar que el control realizado es por mandato superior; ya que lo que se pretende proteger

⁶⁹ *Ibíd.*

⁷⁰ Corte Constitucional. Sentencia T-299 de 2008. Magistrado Ponente Dr. Jaime Córdoba Triviño. Bogotá: Corte Constitucional.

⁷¹ Corte Constitucional. Sentencia T-418 de 2010. Bogotá: Imprenta Nacional. Magistrada Ponente María Victoria Calle Correa.

son los derechos que comprometen a la comunidad y la satisfacción de necesidades colectivas.

De otro lado, es importante resaltar que de acuerdo con la finalidad protectora de derechos e intereses, la decisión que tome el Juez debe concordar con lo presupuestado por la carta suprema; la solicitud hecha ante el juez debe concordar con el fallo que este emita, la acción constitucional persigue la protección integral de un derecho de rango superior y de interés general para la colectividad, lo cual deja a completa libertad del Juez Constitucional de tomar las medidas que considere necesarias para la prevalencia del orbe Constitucional. En este sentido como lo afirma el profesor Carlos Amaya,⁷²

“Ahora bien se tiene total certeza que el control de constitucionalidad se aplica a las actuaciones administrativas, pero se reflexiona respecto de las libertades que se le confieren al juez constitucional para el aseguramiento de la supremacía del texto constitucional sobre todos los componentes del ordenamiento jurídico, pues esta libertad en el arbitrio judicial contraviene de cierta manera las reglas taxativas aplicadas al juez natural de las actuaciones administrativas, quien solo puede fallar o resolver con forme a la norma taxativa al caso y bajos los cargos formulados por el accionante, así como conceder solo lo solicitado en la demanda.”

En este orden de ideas, vemos la rigurosidad que acompaña el escenario de las acciones constitucionales, en cuanto a la procedibilidad cuando exista la vulneración o amenaza de derechos e intereses colectivos involucrados con la contratación estatal y con ello la consolidación imperante en el control que estas ejercen respecto de la contratación estatal, cuando es mandato constitucional. Ahora bien, respecto a las facultades dadas al juez constitucional para su revisión, encontramos la aplicación de las facultades ultra y extrapetita, que colaboran con la carga del accionante, identificando los derechos amenazados o vulnerados, garantizando la salvaguarda de los derechos colectivos a través de, medidas idóneas cuando se está al frente de un acto administrativo de tal naturaleza y complejidad como lo es el contrato estatal.

⁷²AMAYA RODRIGUEZ, Carlos Fernando, Control Constitucional y las Actuaciones Administrativas-. (Ponencia) II Congreso Mundial de Justicia Constitucional, 25 al 28 de agosto de 2015 en Buenos Aires (Argentina).

CONCLUSIONES

De acuerdo con el análisis efectuado, las acciones constitucionales tienen procedibilidad limitada frente a los contratos estatales, en los casos en que la jurisdicción competente es la Contencioso Administrativa; esta limitación se presenta especialmente cuando se trata situaciones generadas en virtud de contratos estatales y relacionadas con la vulneración de derechos constitucionales, cuya protección es competencia de los jueces constitucionales. Concretamente la acción de tutela, la acción popular son las acciones constitucionales que pueden aplicarse en el contexto de los contratos estatales.

Igualmente se concluye que las acciones constitucionales son una opción subsidiaria para la protección del derecho, dado que existen en el ordenamiento jurídico otras alternativas que debe agotarse prioritariamente, las cuales son emanadas del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (Ley 1437 de 2011). Así mismo es claro que las acciones constitucionales constituyen mecanismos cautelares orientados a tutelar los derechos e intereses colectivos que se ven involucrados con el ejercicio de la contratación estatal u otra expresión de la función administrativa.

En materia contractual es importante tener en cuenta que el criterio determinante de la competencia de la jurisdicción contencioso administrativa vigente en el ordenamiento jurídico colombiano, es el criterio orgánico, que implica la identificación de la naturaleza jurídica de las entidades parte dentro de una controversia, para así poder definir el juez competente. En consecuencia, siempre que en un litigio una de las partes este por una o más entidades públicas, el juez que deberá conocer es el contencioso administrativo, conforme a la cláusula general de competencia establecida por la Ley 1437 de 2011 en su artículo 104. A lo que se debe aclarar que cuando la afectación o amenaza del interés general se presente o se pueda prevenir, se podrá ejercer las acciones correspondientes (acción de grupo, acción popular, acción de tutela), por estar consagrado constitucionalmente, ante el juez constitucional.

Se puede inferir que la Constitución Política, la legislación y la jurisprudencia restringen el campo de acción de la jurisdicción contencioso administrativa frente al

ejercicio de las acciones constitucionales en la contratación estatal. En cambio, esas acciones constitucionales son competencia primordial de la Juez Constitucional, si se tiene en cuenta que, de conformidad con el artículo 241 superior, “la Corte Constitucional se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución, en los estrictos y precisos términos de este artículo”

Por cuanto la primera impresión de la gestión pública nos vincula al manejo de los recursos públicos, su contenido se amplía cuando se llega a los intereses colectivos y las decisiones que conllevan la responsabilidad social, con su posterior control a través de los mecanismos propuestos constitucionalmente, sometiéndose la estructura estatal al fomento del ejercicio de dicho control, dándose la respectiva aplicación en las formas participativas ciudadanas y comunitarias en la administración pública.

El carácter de residual como procedibilidad de las acciones constitucionales frente a la vulneración o amenaza de derechos fundamentales o colectivos, causados por un acto administrativo, se da por la naturaleza del derecho que se pretenda salvaguardar a lo que amerita la injerencia del juez constitucional, haciendo claridad nuevamente que para hacer uso de estas acciones con este fin, debe agotarse los mecanismos pertinentes para ello si los hay, de no existir queda abierto el ejercicio para la protección tanto de derechos fundamentales como de derechos colectivos.

1 REFERENTES BIBLIOGRÁFICOS

- ABADÍA, Francisco. La ampliación jurisprudencial del catálogo de derechos fundamentales. Universidad Externado de Colombia. Maestría en Derecho Público. Bogotá D.C. 2011.
- ALONSO, Edwin. Consideraciones dinámicas del arbitraje en los contratos concluidos por la administración pública. En Revista Iter ad Veritatem. N° 8. 2010. pp. 19-36.
- AMAYA RODRIGUEZ, Carlos Fernando, Control Constitucional y las Actuaciones Administrativas. Ponencia presentada en el II Congreso Mundial de Justicia Constitucional, 25 al 28 de agosto de 2015 en Buenos Aires (Argentina).
- ANGULO, Juan José. Riesgo de oportunismo del gobierno en el sector eléctrico colombiano. Aproximación al diseño institucional de la regulación eléctrica en Colombia. Universidad del Rosario. Bogotá. 2012.
- ARÉVALO, Álvaro Augusto. Universidad Externado de Colombia. Facultad de Derecho. Maestría en Derecho Administrativa. Bogotá D.C. 2009
- AUBY J, DUCOS R. AUBY J. Institutions administratives. 1971. pp. 24 a 27.
- AYORA TORO, A. Apuntes críticos sobre la justificación de los estados de excepción en Colombia a la luz del principio de proporcionalidad: tensión entre política y derecho. Disertación Doctoral. 2015.
- BERNAL, Francisco Javier. Derecho Administrativo. Programa Administración Pública Territorial. Escuela Superior de Administración Pública. 2008. 229 p.
- BLUHUM, Erick. El precedente en el derecho administrativo colombiano. Pontificia Universidad Javeriana. Facultad de Derecho. Bogotá. 2012.
- CALDERÓN Andrea, PÉREZ Yina Constanza. Universidad Externado de Colombia. Facultad de Derecho. Bogotá D.C. 2009.

CASASOLA, F. A. La acción de tutela contra particulares y los efectos de las sentencias de tutela, de acuerdo con la doctrina de la corte constitucional de Colombia. Bogotá. 2006.

CASTRO CUENCA, Carlos. Aproximación a la Corrupción en la Contratación Pública. Especial Referencia a las Fórmulas de Tipificación de la Corrupción en la Contratación Pública. Universidad de Salamanca. España. 2009. Pág.131

CHAPUS René. Droit administratif général, París. Montchrestien, 1998. p. 1. Citado por Alberto Montaña Plata, en: El concepto de servicio público en el derecho administrativo. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2005, p. 52.

Congreso de la República. Ley 472 de 1998. Por la cual se desarrolla el artículo 88 de la Constitución Política de Colombia en relación con el ejercicio de las acciones populares y de grupo y se dictan otras disposiciones. Artículo 2°. Bogotá: Imprenta Nacional.

Consejo de Estado. Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo. Consejera ponente Ruth Stella Correa Palacio. 3 de diciembre de 2007.

Consejo de Estado. Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo. Sentencia

de 1999, Expediente 12344. Magistrado Ponente Daniel Suárez Hernández.

Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de 7 de junio de 2001, Expediente 13.405

Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de 22 de abril de 2006, Expediente 8830.

Consejo de Estado. Sentencia dictada el 29 de agosto de 2007 en el proceso número: 850012331000030901 Radicado interno: 15324, Consejero Ponente Mauricio Fajardo Gómez.

Consejo de Estado. Sección tercera. Sentencia de 5 de octubre de 2005 (Rad. no. AP-01588). Consejero ponente: Ramiro Saavedra Becerra.

Corte Constitucional, Sentencia C-473 de 1994. Magistrado ponente Alejandro Martínez Caballero.

Corte Constitucional. Sentencia C-003 de 1993. Magistrado Ponente Alejandro Martínez Caballero.

Corte Constitucional. Sentencia C-1052 de 2001. Magistrado Ponente Manuel José Cepeda Espinosa.

Corte Constitucional. Sentencia C-835 de 2003. Magistrado Ponente Jaime Araújo Rentería.

Corte Constitucional. Sentencia T-028 de 2010. Magistrado Ponente Dr. Nilson Pinilla Pinilla. Bogotá: Corte Constitucional.

Corte Constitucional. Sentencia T-299 de 2008. Magistrado Ponente Dr. Jaime Córdoba Triviño. Bogotá: Corte Constitucional.

Corte Constitucional. Sentencia T-418 de 2003. Magistrado Ponente Alfredo Beltrán Sierra.

Corte Constitucional. Sentencia T-507 de 1993. Magistrado ponente Alejandro Martínez Caballero.

DAZA, Diana. Jurisdicción competente para conocer de las controversias contractuales de las empresas de servicios públicos domiciliarios mixtas. Universidad Santo Tomás de Aquino. 2008.

DUGUIT, L. *Traité de Droit Constitutionnel*, T. II, Ancienne Librairie Fontemoing & Cie. París. 1923

DUGUIT, León. *Las transformaciones del derecho público*. Madrid. Francisco Beltrán, 1926.

ESCOBAR, C., ZAPATA, K.. *Derecho a la seguridad social para las parejas del mismo sexo*. (E. d. Derecho, Ed.) Medellín: Universidad EAFIT. 2008.

FIX-ZAMUDIO, H. *Los abogados mexicanos y el ombudsman*. México: C.N.D.H.. 2012.

- FORERO, Deisy Joanna. Contratos de compraventa y arrendamiento celebrados por entidades públicas, entre el régimen público y privado. Universidad del Rosario. Facultad de Jurisprudencia. Maestría en Derecho Administrativo. Bogotá. 2015.
- GIACOMETTE FERRER, Ana. Mecanismos De Protección Constitucional. Centro Colombiano de Derecho Procesal Constitucional. Bogotá. 2014.
- GUECHA, Ciro. El contrato como acto administrativo: una nueva teoría que determina su control de legalidad. En Revista de Derecho Principia Iuris. N° 14. 2010. pp. 15-38.
- HINESTROSA, Fernando. Tratado de las Obligaciones. Universidad Externado de Colombia. Primera Edición. Bogotá, 2002.
- JEZÉ, G. Principios generales del derecho administrativo. T. II. 1, La noción de servicio público, los agentes de la administración pública. Depalma. Buenos Aires. 1949
- Ley 1150 de 2007. Por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993 y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con Recursos Públicos.
- MALDONADO, Tomás. La noción de servicio público a partir de la concepción del Estado Social de Derecho. Universidad del Norte. Actualidad Jurídica. 2007. Barranquilla. Pp. 54-64.
- MARIENHOFF, Miguel. Tratado de Derecho Administrativo Tomo II. Tercera Edición. Buenos Aires: Editorial Abeledo-Perrot. 1988.
- MARSCHALI, T., BOTTOMORE, T. Ciudadanía y clase social (Segunda ed.). Madrid: Alianza. 1998.
- MARX, Karl. La cuestión judicial, en: Escritos de juventud, FCE, México, 1982, 463-490.
- MOLINARES, Viridiana. . El precedente constitucional: Análisis de la Sentencia T-292 de 2006. Universidad del Norte. Barranquilla. 2006.

- MONTAÑA, Alberto. El concepto de servicio público en el derecho administrativo. Bogotá, Universidad Externado de Colombia. 2005.
- MURCIA RAMOS, Ángela María. Los Derechos Colectivos y la Contratación Estatal. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 2012
- OLANO GARCÍA, Hernán Alejandro. Historia Constitucional Colombiana. Bogotá. Doctrina y ley. 1997. p. 417.
- PALACIO, María Teresa. “Resurgimiento o Crisis de la Noción de Servicio Público”. Revista de Derecho Público No 11 Junio de 2000 Universidad de los Andes Facultad de Derecho.
- QUINTERO, A. Sobre la declaratoria de inexecutable de la “Ley de pequeñas causas” (Ley 1153 de 2007). 2013. Nuevo Foro Penal, 3(71), 7-10.
- RINCÓN, Yamir. Responsabilidad de las empresas prestadoras de servicios públicos. Universidad Javeriana. Facultad de Derecho. Programa de Especialización en Derecho Comercial y Financiero. Bogotá D.C. 2011.
- RIVERO, Jean. Droit administrative. París: Dalloz, 1996. Citado por Alberto Montaña Plata, El concepto de servicio público en el derecho administrativo. Bogotá. Universidad Externado de Colombia. 2005.
- RODRÍGUEZ, Libardo. Derecho Administrativo General y colombiano. Temis. 2001
- RODRÍGUEZ, S. La influencia de la jurisprudencia en la configuración del régimen de procedencia de la acción de nulidad contra actos particulares en el nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. U. Externado de Colombia. 2014.
- ROSS, A. La finalidad del castigo. Derecho, filosofía y lenguaje. 1976.
- SANDOVAL CARRANZA J., ESCOBAR, D. Superación de la teoría de los móviles y las finalidades. Pronunciamientos del consejo de estado frente a la nulidad y restablecimiento del derecho. 2014.

SIERRA PORTO Humberto, PADRÓN Floralba, CASTILLO María Carolina. Vicios formales de la ley. Análisis desde la jurisprudencia constitucional colombiana. Revista Derecho del Estado N°14. 2003. Universidad Externado de Colombia. Pp. 177- 195

TORRES SÁNCHEZ D., ALFONSO BUITRAGO, D. GÓMEZ, C. El derecho de petición, alcances y efectos jurídicos. Efectivización y materialización por parte de los servidores públicos. 2012.

VELILLA, Marco Antonio. Los servicios públicos como instrumento de solidaridad y cohesión social del Estado, Bogotá, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez C. Ltda., 2005