

COMENTARIOS A LA CONTRATACIÓN DE LAS EMPRESAS DE SERVICIOS
PÚBLICOS DOMICILIARIOS

MARIANO MEDINA RESTREPO

UNIVERSIDAD DE MANIZALES
FACULTAD DE DERECHO
MANIZALES
2001

COMENTARIOS A LA CONTRATACIÓN DE LAS EMPRESAS DE SERVICIOS
PÚBLICOS DOMICILIARIOS

MARIANO MEDINA RESTREPO

Trabajo de grado para optar al título de Abogado

Presidente
JUAN ROBERTO JIMÉNEZ CARMONA
Abogado

UNIVERSIDAD DE MANIZALES
FACULTAD DE DERECHO
MANIZALES
2001

CONTENIDO

	Pág
INTRODUCCIÓN	5
1. EL CONTRATO	8
1.1. ANTECEDENTES	8
1.2. CONCEPTOS	12
1.3. DEFINICIÓN	18
2. EL CONTRATO ESTATAL	20
2.1. GENERALIDADES	20
2.2. DEFINICIÓN	25
2.3. LA LEY 80 DE 1993	36
2.3.1. Criterios y otros aspectos del Estatuto	38
2.3.1.1. Las cláusulas exorbitantes	39
2.3.1.2. Registro de proponentes	39
2.3.1.3. Principios contractuales	39
2.3.1.4. Selección del contratista	40
2.3.2. Regímenes especiales no cobijados por la Ley 80	40
2.3.2.1. Régimen especial anterior a la Ley 80	40
2.3.2.1.1. Regímenes de contratos en el servicio público de educación y salud	40
2.3.2.1.2. Régimen del Banco de la República	41
2.3.2.1.3. Derechos de autor	41
2.3.2.1.4. Régimen de armas y municiones	41
2.3.2.1.5. Del régimen de las entidades sin animo de lucro prestatarias de los servicios públicos	41
2.3.2.1.6. Régimen especial para el Distrito Capital	41
2.3.2.1.7. Régimen especial de administración aduanera	42
2.3.2.2. Régimen posterior de la Ley 80	42
2.3.2.2.1. Del régimen de los radio aficionados	42
2.3.2.2.2. De los contratos de edición e impresión de las entidades estatales	42
2.3.2.2.3. Contratos para el servicio público de salud	42

2.3.2.2.4. Régimen de transporte	43
2.3.2.2.5. Servicios públicos domiciliarios	43
2.3.2.2.6. Recursos naturales	43
2.3.2.2.7. Régimen especial para el sector eléctrico	43
2.3.2.2.8. Régimen especial de la Corporación Autónoma Regional del Río Grande de la Magdalena	43
2.4. NORMATIVIDAD SOBRE CONTRATOS ESTATALES	44
2.4.1. Normas constitucionales	44
2.4.2. Normas del Código Civil	45
2.4.3. Normas del derecho comercial	45
2.4.4. Normas del Código Contencioso Administrativo	45
2.4.5. Normas del Código Penal	45
2.4.6. Normas de la Ley 23 de 1991 y Decretos 2651 de 1991 y 171 de 1993	45
2.5. NORMATIVIDAD VIGENTE DEL DECRETO LEY 222 DE 1983	46
3. LOS SERVICIOS PÚBLICOS	47
3.1. NOCIONES GENERALES	47
3.2. DEFINICIÓN	49
3.3. MARCO CONSTITUCIONAL	54
4. RÉGIMEN CONTRACTUAL DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS	58
4.1. LOS SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS	58
4.2. EL CONTRATO EN LA LEY DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS	62
4.3. CONCEPTOS JURISPRUDENCIALES	85
4.4. EL CONTRATO DE SERVICIOS PÚBLICOS	93
5. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES	98
BIBLIOGRAFÍA	113

INTRODUCCIÓN

La Constitución Política de 1991 hace varias referencias al concepto de servicio público, pero así mismo destaca dentro del universo de los servicios públicos, una especie, la de los servicios públicos domiciliarios.

Es así como en 1994 nace a la vida jurídica la Ley 142 o Régimen de Servicios Públicos Domiciliarios, normatividad ésta que establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios y dicta otras disposiciones.

Dentro de dicha Ley, se determinan varias entidades o personas que pueden prestar servicios públicos (artículo 15) y con ello también en su título II, el régimen de los actos y contratos (artículos 30 y SS).

Teniendo en cuenta la especialidad de ésta norma, fue que nos adentramos en el estudio de los contratos que se aplicaban a cada una de las empresas prestadoras de los servicios públicos domiciliarios, en algunos casos dependiendo de su capital accionario, contratos que son de aquellos que la empresa en particular, ejecuta para el desarrollo de todas las actividades que sirven para el buen desempeño administrativo y operativo de la entidad, los cuales son diferentes al contrato que la empresa celebra con los usuarios del servicio, llamado también contrato de condiciones uniformes.

Hoy, aquello que nunca se vio como un reto, sino más bien como una forma de adquirir nuevos conocimientos y que además, sirven para el desarrollo intelectual, profesional y laboral; se está viendo reflejado en un beneficioso trabajo de grado, que con seguridad, va a ser de mucho provecho en pro de dar algunos visos de claridad en asuntos relacionados con este tema. Con base en las conclusiones expuestas, se pudo dar desarrollo a este trabajo tomando cinco capítulos, que dieron vida a esta obra.

En primer lugar se tiene en cuenta el concepto general de contrato, dentro del cual se muestran antecedentes, conceptos, definiciones y otros temas afines.

Seguidamente, se tomo el contrato estatal como tal, igualmente con ciertas generalidades, aspectos normativos y conceptos doctrinales, amén de algunas definiciones.

A continuación se tiene presente los servicios públicos, en el que a parte de nombrar o precisar unas nociones generales, también se dan definiciones, se aprecia el marco constitucional y se habla de los servicios públicos domiciliarios como tal.

Ya en cuarto lugar se tiene el régimen contractual de estas empresas de servicios públicos domiciliarios, donde se observan aspectos normativos, jurisprudenciales y doctrinales que ofrecen conceptos sobre el tema y se hace una referencia especial, informal y breve del contrato de condiciones uniformes.

Finalmente, se presenta el capítulo de conclusiones y recomendaciones, dentro del cual se presenta un concepto final y personal al que se llegó gracias al estudio dedicado del tema a todo lo largo del trabajo, tanto en el anteproyecto, como en el proyecto y efectivamente dentro del informe final, y que sucintamente se presenta apoyados en aspectos tanto constitucionales, como normativos, jurisprudenciales y doctrinales que como auxiliares de la justicia, han llevado a tener conceptos más claros para el tema de la referencia.

Por último, existe satisfacción y modestamente orgullo con este logro, al cual se ha llegado, no sólo con la ayuda del Todopoderoso, sino con la de mi familia, la de la mujer que amo, la de todos los docentes que me guiaron, de la gente querida que me rodea, la de mi presidente y amigo y la del resto de mis amigos que fueron un apoyo constante e incondicional.

1. EL CONTRATO

1.1 ANTECEDENTES

A través de toda su historia, el hombre en su proceso de convivencia, al igual que en sus relaciones con la naturaleza y con los bienes que lo rodean se ha ido preocupando por buscar acciones que deriven a que dichas relaciones se concreten entre ellos mismos y por supuesto se observe en lo posible una voluntad entre sus actuaciones que conlleven a la satisfacción de sus necesidades

Dichas actuaciones se han venido observando inclusive desde la creación del mundo, de acuerdo con lo establecido por la creencia cristiana en su libro sagrado.¹

¹ Llamado la Biblia o Libros canónicos del Nuevo y Viejo Testamento.

Y es que si se adentra a la misma creación, podemos observar como Dios o Yahvé según el libro del Génesis, del libro sagrado antes citado, pacta con Adán y Eva su estadía en el paraíso o Edén, con la sola condición de no probar las frutas (manzanas) del árbol prohibido, evento en el cual serían apartados de dicho oasis, posteriormente se observó que los presentes personajes incumplieron el pacto y fueron desterrados del paraíso, concibiéndose así el incumplimiento histórico del primer pacto según las creencias cristianas.

Es tenido en cuenta este evento, puesto que la Biblia o Libro Sagrado del cristianismo trae la definición de pacto e inclusive en muchos más eventos el Dios cristiano pacta otros negocios, por así llamarlos, con sus feligreses o seguidores. Según la Biblia pacto es:

“Es el trato, convenio o alianza que dios, por su propia iniciativa a hecho con su pueblo. En el antiguo testamento se habla de un primer pacto hecho con Noé después del diluvio. De un pacto hecho con Abraham refrendado con Isaac y con Jacob, y finalmente, el pacto hecho con todo el pueblo Israelita en el Sinaí. Es ratificado en Moab, los términos principales de ese pacto estaban escritos en la tabla de la ley que quedaron guardados en *el cofre del pacto*. El profeta Jeremías anunció un nuevo pacto. En el nuevo testamento, se habla del nuevo pacto que Dios ha hecho con los que tienen fe en Jesucristo. En el griego del original, una misma palabra significa tanto pacto como testamento “nuevo testamento”, quiere decir, “nuevo pacto” y “antiguo testamento” “antiguo pacto”. La idea de pacto, viene a ser por ello, la clave de la historia de la salvación”. (sic)

Es con base en esta definición de pacto que se hace remisión al diccionario de la lengua española² el cual define esta palabra como:

“m. (Lat. Pactum) Tratado: un pacto razonable. Fig. acuerdo: hacer un pacto con la realidad (Sinon. V. Convenio) Pacto social, el suscrito por la patronal o el gobierno de un país y la clase trabajadora”.

Como se puede observar es inclusive sinónimo de convenio, el cual igualmente lo define este diccionario³ como:

“m. Pacto, acuerdo: Convenio comercial. Convenio colectivo, acuerdo entre los asalariados y los empresarios para regular las condiciones laborales. Sinónimo arreglo, capitulación, acuerdo, concierto, **contrato**, transacción, pacto, ajuste, alianza, protocolo, misión, convención”. (Negrillas fuera del texto).

Lo que demuestra que efectivamente los contratos se observan desde épocas remotas. Y es que al adelantarse más en la historia, en la mayoría de los pueblos indígenas y aborígenes existía otra figura que se denominaba trueque que según su definición en el diccionario jurídico del doctor Cabanellas⁴ es:

“Cambio, permuta. Contrato por el cual las partes se obligan a darse y recibir recíprocamente una cosa por otra. Integra la forma primitiva del comercio, lo subsistente en los pueblos salvajes y la usual en relaciones privadas de carácter amistoso y relativas a cosas, muebles por supuesto”.

² Pequeño Larousse Ilustrado. 1995. Ramón García Pelayo y Gross. Edición exclusiva para Colombia. P. 753.

³ Idem. P. 273.

⁴ CABANELLAS DE TORRES, Guillermo. Diccionario Jurídico Elemental. Editorial Heliasta. S.R.L. Primera Edición. 1979. Buenos Aires (Arg.), P. 317.

Lo anterior demuestra otra clase de contrato, este un poco más acercado a lo que hoy se tiene como definición de contrato.

Estos ejemplos traídos a colación no son más que algunos de los actos que se observan en la relación del hombre, ya que existen muchos otros actos dentro de la sociedad como son por ejemplo el matrimonio, el cual es un contrato solemne por medio del cual se unen dos personas con el fin de vivir juntos, de procrear y de auxiliarse mutuamente; el contrato del matrimonio se constituye y perfecciona por el libre y mutuo consentimiento de los contrayentes, expresado ante el funcionario competente en la forma y con los requisitos establecidos por la ley.⁵

De igual forma, existe otro acto y este es de carácter natural e involuntario el cual es nacer, que con el tiempo, el fruto del mismo es el de llegar a ser persona al obtener el estado civil, tener la capacidad de ejercer ciertos derechos y contraer determinadas obligaciones.

Se realizan las dos actuaciones anteriores, por ser situaciones que se presentan a diario en el argot social y popular, además de ser la más común dentro de todos los estratos representativos de la sociedad en cualquier parte del mundo.

⁵ Al Derecho, Consejos Legales. Editorial La Patria. Fascículo No. 7. Manizales. Octubre 25 de 1996. P. 1.

1.2 CONCEPTOS

El hombre a fin de satisfacer en forma ordenada sus necesidades, tiene que establecer diversos tipos de relaciones jurídicas. En primer término, las que lo vinculan con las cosas de la naturaleza, de donde dimanar la propiedad, la posesión y los derechos reales desmembrados. En segundo lugar, las que lo vinculan con sus semejantes. Estas relaciones suelen llamarse corrientemente obligaciones, en razón de suponer un vínculo jurídico entre personas. Un grupo de obligaciones se refiere a la satisfacción de necesidades orden económico y otro grupo a las necesidades de tipo heterosexual.

Es así que la importancia es tener una concepción clara en las relaciones jurídicas del hombre y que se pone de presente desde que se es persona. Cuando el hombre compra, cambia, vende, entre otras, se debe legislar con fundamento en esas relaciones. En esta razón jurídica hay dos extremos, por el sujeto y por el objeto:

- El sujeto es el mismo hombre o persona
- El objeto es la prestación u obligación

La prestación en los contratos bilaterales es el objeto precisamente. Toda obligación supone dos sujetos, donde uno tiene el derecho (acreedor) y el otro la obligación (deudor) entre ambos hay una relación jurídica.

Acudiendo al tratadista Valencia Zea⁶ y siendo importante precisar las fuentes de las obligaciones y sobre lo cual han discutido mucho los juristas desde tiempos inmemoriales, es necesario tener en cuenta que se trata de precisar los hechos próximos o actuaciones de donde nacen las obligaciones y no las fuentes remotas o mediatas. Desde este punto de vista, se puede decir que toda obligación tiene una fuente mediata o remota: El propio ordenamiento jurídico. Siendo la ley una fuente remota de las obligaciones. Justamente valdría decir que el contrato obliga por que así lo establece la ley; lo mismo cabe decir del medio ilícito como fuente de obligaciones. Y afirma el autor que el jurisconsulto romano GAYO distinguió dos únicas fuentes de las obligaciones: El contrato y el delito.

⁶ VALENCIA ZEA, Arturo. Derecho Civil, Tomo III: De las Obligaciones. Sexta Edición. Editorial Temis. Bogotá. 1982. Págs. 51-52.

Ya las Institutas de Justiniano, mencionaron cuatro fuentes: los contratos, los cuasicontratos, los delitos y los cuasidelitos; mas tarde, los glosadores agregaron una nueva fuente: La ley.

Para el caso que nos ocupa se tendrá en cuenta lo referente a los contratos y no sin antes resaltar lo dispuesto por el doctor Reyes Echandía⁷, cuando adentrándonos en la ley penal y más específicamente en el delito como hecho jurídico cuando afirma:

“El mundo fenoménico esta constituido por hechos. Tales hechos son naturales (un terremoto) o humanos, según que su causa, sea debido a un fenómeno de la naturaleza o una actividad del hombre. Los hechos humanos, a su vez, pueden interesar o no al derecho. En el primer caso se les denomina jurídicos. En el segundo extra jurídicos (Dormir).

Los hechos jurídicos humanos son voluntarios e involuntarios (nacer) en la medida en que sean producto o no de un querer racional. Los voluntarios, por su parte, son lícitos si se acomodan al ordenamiento jurídico (CONTRATO) e ilícitos si lo contrarían. El más importante de estos últimos es el delito. Y desde un punto de vista estrictamente fenoménico, el delito es de acuerdo con el esquema precedente, un hecho humano, jurídico, voluntario e ilícito”.



Teniendo en cuenta las anteriores premisas, se puede concluir entonces, que el contrato es un hecho humano, jurídico, voluntario y lícito.

Según el doctor Oscar Gallo Ramírez⁸, las actuaciones del individuo, que son manifestaciones de la voluntad encaminadas a producir efectos jurídicos o a que se produzca un fin determinado, son actos jurídicos genéricamente hablando, o son contratos, o son delitos. A otra categoría de engendros jurídicos pertenecen los hechos jurídicos en los que para nada interviene la voluntad del hombre tendiente a producir el efecto jurídico, o en los que ninguna actuación del hombre participa de su producción. Hechos y actos jurídicos son fuente o causa eficiente de resultados jurídicos, engendros de derechos y obligaciones de dar, hacer o no hacer, que nacen, se modifican, se transmiten o se extinguen.

De igual forma se advierte que si bien en lenguaje corriente parecen sinónimas palabras como acto Jurídico y Contrato en lenguaje jurídico, en derecho, ello no puede ser así. Acto jurídico es toda manifestación de la voluntad encaminada a producir efectos jurídicos; tiene la intención, el querer un resultado jurídico. Si el acto jurídico se produce sin convenio, sin concertación de dos o más voluntades que se quieren vincular jurídicamente, si su formación es unilateral, el acto jurídico será unilateral. Si hay convenio, convergencia de voluntades varios vinculantes jurídicamente, el acto jurídico es contrato.

⁷ REYES ECHANDÍA, Derecho Penal, parte general. Editorial Temis. Bogotá. 1987, p. 89.

Así también cita a SAVIGNY que ha dicho que el contrato es el concierto de dos o más voluntades sobre una declaración común, destinada a regular sus relaciones jurídicas. El acto jurídico sin concierto de voluntades es acto jurídico unilateral, no es contrato. Por lo anterior, no puede, no debe seguirse hablando de contratos unilaterales, porque la unilateralidad o la bilateralidad es lo que diferencia al acto jurídico simple del contrato. El contrato es un acto jurídico complejo, bilateral en su formación. Existen pues, como categoría de los actos jurídicos los actos de formación unilateral y los contratos. Categorías estas claramente definidas y separadas.

De la misma manera el mismo jurista precisando conceptos aprecia que para la doctrina comercial existen negocios para cuya formación se requiere la concurrencia de voluntades de dos o más partes, tendientes a vincularse, en tanto otros sólo requieren la expresión de una sola voluntad. Los primeros son negocios jurídicos bilaterales o plurilaterales, como la convención a que hace referencia al Código Civil (art. 1945), al referirse al contrato, y los segundos se reconocen como actos jurídicos unilaterales, cuyo ejemplo típico es el testamento. El mismo Código Civil en la norma precitada nos dice: "Cada parte puede ser de una o de muchas

⁸ UNIVERSIDAD DE MANIZALES. Facultad de Derecho. Núcleo de Investigaciones Socio-jurídicas. Libreta del Diálogo Académico ITER No. 4. Abril de 1994. Págs. 1-7.

personas". Lo esencial hasta aquí, es el reconocimiento que la misma hace de la necesidad de que existan dos partes, no importa la cantidad de personas que concurren por cada parte en la declaración de voluntad, para que exista contrato.

Es más acertada la doctrina mercantil al clasificar los actos jurídicos o negocios jurídicos, desde el punto de vista de su formación, en unilaterales y plurilaterales. Esta concepción, más próxima a la realidad, les permite, inclusive, subclasificar los negocios plurilaterales, refiriéndose al contrato, en negocios jurídicos de contraprestación y en negocios complejos o de colaboración.

En tal sentido se refiere al contrato como un negocio jurídico de contraprestación, para indicar que en él las partes presentan intereses opuestos y diferentes.

En la compraventa al vendedor le interesa percibir un precio en dinero, mientras que al comprador le importa el objeto, el bien, la mercancía. En cambio en el negocio jurídico complejo los intereses de quienes intervienen, son iguales y afines, no hay contraposición o polos, es más,

todos colaboran en la realización de tales intereses, fines u objetivos, como en el contrato de sociedad.⁹

Se puede finalizar diciendo que las obligaciones entre personas tienen su nacimiento a la vida jurídica de varias formas, como ocurre con el concurso real de voluntades de dos o más individuos en el caso del contrato o la convención; igualmente puede nacer una obligación del hecho voluntario de una persona que se obliga, a manera de ejemplo, en la aceptación de una herencia; también puede surgir una obligación como consecuencia de un delito y por disposición de la ley como la surgida entre los padres y los hijos.

1.3 DEFINICION

Se considera que la definición de contrato que trae nuestro Código civil no es lo suficientemente clara y se presta para confusión. Según éste, contrato es: "El acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no

⁹ UNIVERSIDAD DE MANIZALES. Op. Cit. ITER No. 5. Págs. 7-8.

hacer alguna cosa. Cada parte puede ser de una o de muchas personas". La definición anterior desconoce que en la mayoría de los casos en los contratos se producen obligaciones recíprocas para los contratantes; veamos como ejemplo el contrato de compraventa, una de las partes se obliga a la entrega de una casa (vendedor) y la otra a pagar el precio (comprador).

2. EL CONTRATO ESTATAL

2.1 GENERALIDADES

El contrato en su concepción genérica, ha sido concebido desde sus más remotos orígenes como un "instrumento" para alcanzar fines diversos y para satisfacer necesidades vitales. En efecto, ya en Roma se distinguía la "causa eficiente" de la "causa final", basando en esta última el concepto global del contrato, lo cual pone de manifiesto el carácter instrumental del mismo.

Los contratos de la administración, como es lógico, no escapan a este concepto instrumental, en virtud del cual el contrato no constituye el fin mismo, sino uno de los mecanismos que utiliza la administración para cumplir con el cometido estatal. Es más, ese carácter instrumental del contrato toma especial significancia cuando una de las partes contratantes es precisamente el Estado.

“El Contrato del Estado no es un fin en sí mismo, no agota su causa en el equilibrio de prestaciones determinadas, sino que todo el negocio se coloca en bloque al servicio de un interés público polifacético y móvil. Este fin es el verdadero fundamento del contrato del Estado, de tal forma que cuando aquel se desconecta de este, debe procederse a su modificación o liquidación”.¹⁰

Son oportunas algunas consideraciones generales sobre el contrato de derecho privado y el contrato administrativo, como dos categorías jurídicas distintas, por ser la concesión el contrato administrativo por excelencia, y por la inclinación que aun existe en nuestro medio jurídico, de alcanzar el contrato administrativo como un contrato de derecho privado, que se rige exclusivamente por los principios del Código Civil.

En el derecho Colombiano contemporáneo, la Administración al contratar, lo hace por procedimientos propios del derecho público, o sea mediante contratos administrativos o apelando a las formas y procedimientos del derecho privado.

Según el doctor Jaime Betancurt Cuartas¹¹ el contrato es un acto típico entre los que crean situaciones jurídicas de carácter particular. Los contratantes modelan la situación jurídica según su voluntad. Crean derechos y obligaciones. Pero el acuerdo de voluntades para que sea válido debe producirse dentro del marco de la ley que señala la capacidad y competencia de los contratantes, los procedimientos y

¹⁰ MONEDERO GIL, José Ignacio. Doctrina del Contrato del Estado. Madrid. Fábrica Nacional de Moneda y Timbre. 1977.

formas del acuerdo y los fines que pueden constituir su objeto lícito. En este sentido, puede decirse que la ley vigente al momento de contratar se incorpora al contrato en cuanto determina la validez formal e intrínseca de las obligaciones y derechos de los contratantes. (Ley 153 de 1887, art. 38)

En derecho privado es principio jurídico el de libertad contractual, que permite a los particulares obligarse a todo aquello que la ley no prohíbe. En derecho público, por el contrario, es la ley la que rige toda la actividad de la administración, que no puede ejecutar sino los actos autorizados u ordenados por ella. Toda ley es en sí misma de interés general. Las que se relacionan con la organización y funcionamiento del Estado, son además de orden público. Referente a la evolución histórico jurídica Solano Sierra¹² dice que:

“La contratación administrativa en Colombia, esta enmarcada dentro de una evolución que evidenció dispersiones y vacíos; incongruencias y heterogeneidad; pero en determinados momentos históricos también ha denotado progresivos avances; así nos lo demuestra el derrotero cronológico normativo en tan delicada y controvertida materia”.

En ese orden de ideas cita como antecedentes legislativos principales: La Ley 53 de 1909, Ley 110 de 1912 (Código Fiscal Nacional), Ley 61 de 1921, Decreto – Ley 528 de 1964, Decreto – Ley 3130 de 1968.

¹¹ Nuevo Estatuto general de la contratación administrativa. Decretos reglamentarios - jurisprudencias y conceptos del Consejo de Estado. Sexta Edición. Biblioteca Jurídica Dike. Medellín. 1995. Págs. 306-307.

¹² SOLANO SIERRA, Jairo Enrique. Contratación Administrativa, Ley 80 de 1993. Ediciones Librería del Profesional. Bogotá. 1994. Págs. 93-94.

Es a partir de la expedición de los Decretos – Leyes 1670 de 1975 y 150 de 1976 (derogatorio de lo anterior), que se inicia realmente la codificación de la contratación pública siendo estos dos estatutos los que marcan el progreso normativo sobre la materia en nuestro país.

En el año de 1983, nació para la vida jurídica de los contratos administrativos el Decreto 222 que derivó múltiples inconvenientes de interpretación y que a la postre no llevó a alcanzar los objetivos trazados inherentes a los cometidos estatales de eficiencia en la prestación de los servicios a cargo de las entidades públicas por el formalismo reglamentario que entrababa el actuar contractual, traducido en el exceso de trámites y el detallismo de procedimientos; agregándose además que, con la promulgación de la Constitución Política de 1991, requería los ajustes imprescindibles para hacerlo operante y es así como nos encontramos hoy ante una nueva sistematización del régimen contractual estatal, contenido en la Ley 80 de 1993, que determina las reglas propias que regirán, en general, la contratación de la administración pública en Colombia; el mismo produce un cambio fundamental en el sistema de contratación y como se dijo antes, desaparece la normatividad anterior, que era minuciosa y detallada y que encasillaba a la administración dentro de

unos moldes de los cuales no se podía salir, además que mostraba la supremacía del Estado sobre el particular lo que dentro del Estatuto Contractual de 1993, tiende tímidamente a desaparecer ya que este busca poner al contratista privado o particular, en igualdad de condiciones con el contratante en cabeza del Estado, de igual forma, suspende la contratación privada con caducidad. Hoy en día todo contrato que haga el Estado es administrativo. También existirán contratos interadministrativos.

Es oportuno recordar y tener presente, como bien acertadamente decía él profesor de contratación administrativa de la Universidad de Manizales, doctor J. J. Ramos, cuando anotaba que: “La **competencia** para contratar es la del Ente, la **capacidad** para contratar es la del particular”. (negritas nuestras)

Es así como los contratos de la administración, como es lógico, no escapan a ese concepto instrumental en virtud del cual el contrato no constituye el fin mismo, sino uno de los mecanismos que utiliza la administración para cumplir con el cometido estatal. Es más, ese carácter instrumental, en virtud del cual el contrato toma especial significancia cuando una de las partes contratantes es el Estado.

2.2 DEFINICIÓN

Extractando la definición dada por algunos diccionarios jurídicos se tiene:

Según la definición del doctor Mario Madrid – Malo¹³ en su Diccionario Básico, dispone:

“Acto por el cual una parte se obliga con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa. Es el acuerdo de voluntades cuya finalidad es generar obligaciones.

El contrato es unilateral si una parte se obliga con otra que no contrae obligaciones (como en el mutuo). Es bilateral o sinalagmático si una y otra parte contratante se obligan recíprocamente (como en la permuta).

Se habla de contrato gratuito – también llamado de beneficencia - cuando solamente tiene por objeto la utilidad de una de las partes, mientras que sobre la otra recae el gravamen (como el comodato). Por el contrario, hay contrato oneroso cuando el objeto es la utilidad de ambos contratantes, cada uno de los cuales se grava en beneficio del otro (como la sociedad).

El contrato oneroso se llama conmutativo si hay equivalencia entre lo que las partes deben dar o hacer (como la compraventa). Recibe el nombre de aleatorio si la materia está constituida de un hecho eventual o fortuito, de modo que el equivalente es una contingencia incierta de pérdida o beneficio (como la apuesta).

Si el contrato subsiste por sí mismo, sin necesidad de otro acuerdo de voluntades, se denomina principal (como todos los caucionados con fianza). Es llamado accesorio, cuando tiene por objeto asegurar el cumplimiento de una obligación

¹³ MADRID-MALO G, Mario. Ciencia Jurídica, Diccionario Básico de Términos jurídicos. Editorial Legis. Segunda reimpresión. Bogotá. Septiembre de 1994. Págs. 123 y 124.

principal, de modo que sin ella no puede subsistir (como la fianza). El contrato es real si se perfecciona por la tradición de la cosa (como la prenda). Es solemne si no produce efecto civil sin la observancia de ciertas formalidades especiales (como el matrimonio). Es consensual si para perfeccionarse requiere el solo consentimiento de las partes (como el secuestro convencional).

Aunque en el Código Civil también se da al contrato el nombre de convención, la doctrina niega que una y otra palabra sean sinónimos o equivalentes. Todo acuerdo de voluntades es convención, pero solo tiene carácter contractual si genera obligaciones. Por eso se ha dicho que la convención es el género y el contrato una de sus especies.

En todo contrato se distinguen:

1. Las cosas que son de su esencia, sin las cuales no produce efecto o pasa a ser contrato diferente.
2. Las cosas que son de su naturaleza, pues no siendo esenciales se entienden pertenecerle sin que haya necesidad de cláusula especial.
3. Las cosas puramente accidentales, que sin pertenecerle por esencia ni por naturaleza se le agregan mediante cláusulas especiales".

De igual forma el doctor Guillermo Cabanellas de torres¹⁴, estipula que:

"La convención, para Auby y Rau, es el acuerdo de dos o más personas sobre un objeto de interés jurídico; y el contrato constituye una especie particular de convención, cuyo carácter propio consiste en ser productor de obligaciones. El Cód. Civ. arg. (art. 1.137) dice que "hay contrato cuando varias personas se ponen de acuerdo sobre una declaración de voluntad común, destinada a reglar sus derechos". Es muy semejante a la definición dada por Savigny, para quien el contrato "es el concierto de dos o más voluntades sobre una declaración de voluntad común, destinada a reglar sus relaciones jurídicas".

El Cód. Civ. esp. (art. 1.254) expresa que "el contrato existe desde que una o varias personas consientan en obligarse respecto de otra, u otras, a dar alguna cosa o prestar algún servicio".

Hay diversas maneras de clasificar los contrato, según se enuncie uno y otro de sus caracteres. El Código Civil francés señala en sus arts. 1.102 a 1.107 algunas de estas clasificaciones, lo que también hace el Código argentino (arts. 1.138 a 1.143)

¹⁴ CABANELLAS DE TORRES, Guillermo. Op. Cit. Págs. 70-74.

Los contratos son de conformidad con este último Cód: a) Unilaterales y bilaterales. Los primeros son aquellos en que una sola de las partes se obliga hacia la otra, sin que ésta le quede obligada; los segundos, cuando las partes se obligan recíprocamente la una hacia la otra; b) A título oneroso y a título gratuito. Son a título oneroso, cuando las ventajas que procuran una u otra de las partes no les es concedida sino por una prestación que ella le ha hecho o que se obliga a hacerle a la otra; son a título gratuito, cuando se aseguran a una u otra de las partes alguna ventaja, independiente de toda prestación de su parte; c) Consensuales o reales. Los primeros quedan concluidos para producir sus efectos propios desde que las partes hubiesen recíprocamente manifestado su consentimiento; los segundos para producir sus efectos propios, quedan concluidos desde que una de las partes haya hecho a la otra tradición de las cosas sobre la que versare el contrato; forman la clase de los contratos reales el mutuo, el comodato, el contrato de depósitos y la constitución de prenda y anticresis; d) nominados o innominados, según la ley los distingue, o no, bajo una denominación especial.

Los contratos bilaterales, o sea aquellos en que los dos contratante se obliguen recíprocamente uno hacia el otro, se denominan también sinalagmáticos. Además, los contratos, conforme con la clasificación que de ellos hace el Código Civil francés, pueden ser conmutativos o aleatorios. Es esta, en realidad, una subdivisión que se hace de los contratos a título oneroso. Es conmutativo el contrato, cuando las prestaciones que se deben las partes pueden ser apreciadas por cada una de ellas inmediatamente; y aleatorios, cuando la prestación debida por una de las partes depende de un acontecimiento incierto que hace imposible esta evaluación hasta su realización.

Pueden también dividirse los contratos en principales y accesorios. Los primeros son aquellos que subsisten por sí solos, mientras que los accesorios solamente pueden existir unidos al principal del que dependen. Así, el de fianza puede considerarse como un contrato accesorio.

También pueden distinguirse los contratos de utilidad pública de aquellos de utilidad privada; lícitos o ilícitos, por razón de ser celebrados de acuerdo o en contra de la ley, la moral o las buenas costumbres; solemnes o no solemnes, según que la forma sea establecida por la ley, declarándolos nulos sino se ajustan a la establecida por ésta, como ocurre con ciertas donaciones; verbal o escrito; de buena o mala fe; civil o mercantil; verdadero o simulado; colectivos o individuales, etc. A LA GRUESA. Se denomina también préstamo a la gruesa o préstamo a riesgo marítimo; y es según el art. 1.120 del Cód. de Com. arg., un "contrato por el cual una persona presta a otra cierta cantidad sobre algunos objetos expuestos a los riesgos marítimos, bajo la condición de que, pereciendo esos objetos, pierda el dador la suma prestada; y llegando a buen puerto los objetos, devuelva el tomador la suma con un premio estipulado". ABSRACTO. Moderna creación; o al menos análisis reciente de la técnica, la integra el contrato abstracto, caracterizado por su independencia de la causa, por su abstracción (de aquí el nombre) de la misma. A TÍTULO ONEROSO. Aquel en el cual las ventajas que mutuamente se procuran las partes no les son concedidas sino por una prestación que cada una de ellas ha hecho o se obliga a hacer. ALEATORIO. Conforme al art. 1.790 del Cód. Civ. esp., es aquel en que "una de

las partes o ambas recíprocamente se obligan a dar o hacer alguna cosa en equivalencia de lo que la otra parte ha de dar o hacer, para el caso de un acontecimiento incierto, o que ha de ocurrir en tiempo indeterminado".

COLECTIVO DE CONDICIONES DE TRABAJO. V. Pacto colectivo de condiciones de trabajo. COLECTIVO DE TRABAJO. Es el suscrito, con uno o más patronos, por una entidad laboral; esto es, por un sindicato o grupo obrero, para facilitar ocupación remunerada a los trabajadores afiliados o representados.

CONMUTATIVO. Aquel en que cada una de las partes se obliga a dar o hacer alguna cosa cierta, reconocida y equivalente a la que se recibe. (v. contrato aleatorio).

CONSENSUAL. El que se perfecciona por el mero consentimiento de las partes.

CONSIGO MISMO. En la noción de Planiol y Ripert es el celebrado mediante un desdoblamiento de cualidades en el cual por acumulación del papel de ambas partes, una misma persona puede realizar, en presencia de intereses opuestos, dos declaraciones de voluntad correlativas.

DE ADHESIÓN. Aquel en que una de las partes fija las condiciones uniformes para cuantos quieran luego participar en él, si existe mutuo acuerdo sobre la creación del vínculo dentro de las inflexibles cláusulas.

DE AJUSTE. El que se celebra entre el capitán y los oficiales y demás tripulación de un buque.

DE APRENDIZAJE. "El contrato por el cual el jefe de una empresa o su principal, se obliga a iniciar en forma gradual y completa en la práctica de un oficio o negocio, o a dirigir en el ejercicio de su profesión, a que otra persona que, en cambio, se obliga a trabajar bajo su dirección.

DE ARRENDAMIENTO AGRÍCOLA. Se encuentra regulado en Argentina por la Ley 11.627, del mismo nombre, dada el 28 de septiembre de 1932; la cual lo define en su art. 1º de la siguiente forma: "Todo contrato en que una de las partes se obliga a ceder el uso o goce de una extensión de tierra, fuera del radio de las ciudades y pueblos, con destino a cualquier clase de explotación de índole agrícola, ganadera o mixta en todas sus aplicaciones, y la otra, a pagar por ese uso o goce un precio en dinero o en especie, o de entregar un tanto por ciento del rendimiento, quedará sujeto a las prescripciones de la presente ley".

DE ARRENDAMIENTO DE COSAS. Convenio por el cual el propietario o poseedor de una cosa mueble o inmueble concede a otra persona el uso y disfrute de aquélla durante tiempo determinado y precio cierto o servicio especificado.

DE ARRENDAMIENTO DE OBRAS O SERVICIOS. Aquel en el cual una de las partes se compromete a hacer una obra o a prestar un servicio mediante el precio que otra ha de abonarle.

DE CAMBIO. El art. 589 del Cód. de Com. arg. lo define diciendo que: "Es una convención por la cual una persona se obliga, mediante un valor prometido o entregado, a hacer pagar por un tercero al otro contratante, o a otra persona, cierta suma, entregándole un orden escrita".

DE CESIÓN DE CRÉDITOS. El art. 1.434 del Cód. Civ. arg. expresa: "Habrà cesión de crédito cuando una de las partes se obligue a transferir a la otra parte del derecho que le compete contra su deudor, entregándole el título de crédito si existiese".

DE COMODATO. Según el art. 2.255 del Cód. Civ. arg.: "Habrà comodato o préstamo de uso, cuando una de las partes entregue a la otra alguna cosa no fungible, mueble o raíz, con facultad de usarla".

DE COMPRAVENTA O DE COMPRA Y VENTA. El art. 1.323 del Cód. Civ. arg. expresa: "Habrà compra y venta cuando una de las partes se obligue a transferir a la otra la propiedad de una cosa, y esta se obligue a recibirla y a pagar por ella un precio cierto en dinero".

DE CUENTA CORRIENTE BANCARIA. El celebrado entre una persona o entidad y una institución bancaria, que permite a la primera de las partes mencionadas emitir órdenes de pago, llamadas cheques, para que sean abonadas por la segunda, la cual les debita en la cuenta de aquella.

DE CUENTA CORRIENTE MERCANTIL. Expresa el art. 771 del Cód. de Com. arg.: "La cuenta corriente es un contrato bilateral y conmutativo,

por el cual una de las partes remite a la otra, o recibe de ella en propiedad, cantidades de dinero u otros valores, sin aplicación o empleo determinado, ni obligación de tener a la orden una cantidad o valor equivalente; pero a cargo de acreditar al remitente por sus remesas, liquidarlas en las épocas convenidas, compensarlas de una sola vez hasta la concurrencia del débito y el crédito, y pagar el saldo". DE DEPÓSITO. Expresa el art. 2.182 del cód. Civ. arg.: "El contrato depósito se verifica cuando una de las partes se obliga a guardar gratuitamente una cosa mueble o inmueble que la otra le confía, y a restituir la misma e idéntica cosa. DE DOBLE. El que consiste en la compra, al contado o a plazos, de valores al portador, y en la reventa simultánea, a plazos y a precio determinado, a la misma persona, de títulos de la misma especie, según la definición que de este contrato bursátil da el art. 60 del Regl. de la bolsa de Madrid. DE DONACIÓN. El Cód. Civ. francés lo define como: "un acto por el cual el donante se despoja actual e irrevocablemente de la cosa donada, a favor del donatario que lo acepta". DE EDICIÓN. Aquel en virtud del cual una de las partes, el autor de una obra literaria o cultural, se obliga a entregar esta a otra persona, el editor, con objeto de que la publique o propague, y con la obligación de entregar a aquel, por tal concepto, una cantidad de dinero fija o proporcional a las ventas, o ambas retribuciones según se convenga. DE EMPLEO PRIVADO. En la Ley italiana de empleo privado se definía este contrato como "aquel en virtud del cual una sociedad o un particular que dirigen una empresa, toman a su servicio, habitualmente por tiempo indeterminado, la actividad profesional del otro contratante, a fin de que colabore en un empleo superior o subalterno de funciones no puramente manuales". DE FLETAMENTO. Según el art. 1018 del Cód. de Com. arg.: "fletamento es el contrato de arrendamiento de un buque cualquiera, para el transporte de mercancías o personas. Se entiende por fletante, el que da, y por fletador, el que toma el buque en arrendamiento". DE JUEGO. El contrato de juego tendrá lugar cuando dos o más personas, entregándose al juego, se obliguen a pagar a la que ganare una suma de dinero u otro objeto determinado. DE LOCACIÓN. Para el art. 1.493 del Cód. Civ. arg. "habrá locación cuando dos partes se obliguen recíprocamente la una a conceder el uso o goce de una cosa, o a ejecutar una obra, o prestar un servicio; y la otra, a pagar por este uso, goce o servicio, un precio determinado en dinero". DE LOCACIÓN DE OBRA. Es aquel en virtud del cual una persona se obliga, mediante retribución, a realizar una obra. DE LOCACIÓN DE SERVICIOS. Pic dice que el arrendamiento de obras es un contrato por el cual una persona se obliga frente a otra, a ejecutar un trabajo o una empresa determinada; el arrendamiento o locación de servicios es un contrato por el cual una persona pone su actividad y sus talentos profesionales al servicio de otra persona por un tiempo determinado o indeterminado. DE MANDATO. Expresa el art. 1.869 del Cód. Civ. arg. que el mandato, "como contrato, tiene lugar cuando una parte da a otra en poder, que esta acepta, para representarla, al efecto de ejecutar en su nombre, y de su cuenta, un acto jurídico, o una serie de actos de esta naturaleza". DE MUTUO. Expresa el art. 2.240 del Cód. Civ. arg. que: "Habrá mutuo o empréstito de consumo cuando una parte entregue a la otra una cantidad de cosas que esta última está autorizada a consumir, devolviéndole en el tiempo convenido igual cantidad de cosas de la misma especie y calidad". DE PERMUTA. Para el art. 1.485 del Cód. Civ. arg. "el contrato de trueque o permutación tendrá lugar cuando uno de los contratantes se obliguen a transferir a otro la propiedad de una cosa, con tal que este le dé la propiedad de otra". DE PRENDA. v. prenda. DE PRÉSTAMO. v. Contrato de mutuo. DE PRÉSTAMO DE CONSUMO. v. Contrato de mutuo, mutuo. DE PRÉSTAMO DE USO. Comodato. Contrato de comodato. DE RENTA VITALICIA. El contrato oneroso de

renta vitalicia lo define el art. 2.070 del Cód. Civ. arg. expresando que existirá éste "cuando alguien por una suma de dinero, o por una cosa apreciable en dinero, mueble o inmueble que otro le da, se obliga hacia una o muchas personas a pagarles una renta anual durante la vida de uno o muchos individuos, designados en el contrato". DE REPRESENTACIÓN. Tan solo en algunos códigos modernos figura el contrato de representación teatral y radiotelefónica, formas nuevas que anteriormente estaban intercaladas en otros contratos. El de representación es aquel contrato por el cual una de las partes entrega a otra una obra teatral o musical, o ambas cosas a la vez, para que le dé públicamente, con la obligación de pagar en concepto de derechos de autor, cierta suma. DE SEGURO. El art. 492 del Cód. de Com. arg. define este contrato expresando que es aquel "por el cual una de las partes se obliga, mediante cierta prima a indemnizar a la otra de una pérdida o de un daño, o de la privación de un lucro esperado que podría sufrir por un acontecimiento incierto". DE SOCIEDAD. El art. 1.648 del Cód. Civ. arg. expresa: "Habrá sociedad cuando dos o más personas se hubiesen mutuamente obligado, cada una con una prestación, con el fin de tener alguna utilidad apreciable en dinero, que dividirán entre sí del empleo que hicieren de lo que cada uno hubiese aportado". DE TRABAJO. Aquel que tiene por objeto la prestación retribuida de servicios de carácter económico, ya sean industriales, mercantiles o agrícolas. Más técnicamente cabe definirlo así: El que tiene por objeto la prestación continuada de servicios privados y con carácter económico, y por el cual una de las partes da remuneración o recompensa a cambio de disfrutar o de servirse, bajo de su dependencia o dirección, de la actividad profesional de otra. DE TRABAJO DOMÉSTICO. Trabajo doméstico. DE TRABAJO MARÍTIMO. v. Contrato de ajuste, trabajo marítimo. DE TRANSPORTE. El contrato en virtud del cual las empresas de ferrocarriles, arrieros y en general, todos los que se encargan de conducir mercaderías o personas, se obligan, mediante una comisión, porte o flete, a transportar unas o otras, en el tiempo y lugar convenido. DIRIGIDO. Designación moderna de la intervención estatal en la contratación privada, particularmente en la laboral. EXTINTIVO. Aquel cuyo objeto consiste en revocar las obligaciones creadas por un contrato anterior. ILÍCITO. El que se opone a un precepto terminante de la ley, fundado en el orden público o de las buenas costumbres, tal como los entienda en cada época el legislador o el Tribunal encargado de fallar. INNOMINADO. El que carece de denominación o nombre especial en el ordenamiento jurídico. LEONINO. El oneroso que desconoce la equitativa relación entre las prestaciones por abuso de la superioridad propia o de la ajena debilidad o ignorancia. LÍCITO. El que en la forma y en fondo se adapta a las prescripciones legales o se concierta dentro de la esfera de libertad que la ley concede o reconoce. MERCANTIL. El peculiar del Derecho de la contratación comercial o el que, común en ciertos aspectos básicos con el homónimo del Derecho Civil, se rige según la legislación mercantil. MÚLTIPLE. El que sin estar comprendido en una categoría especial del ordenamiento positivo, combina el contenido y las prestaciones de varios, o modifica en gran parte alguna de las formas genuinas o típicas. ONEROSO DE RENTA VITALICIA. v. Renta vitalicia. POR ADHESIÓN. v. Contrato de adhesión. POR EQUIPO. Variedad del contrato colectivo de trabajo (v) la constituye el contrato por equipo. Ramírez Gronda lo caracteriza como aquel que consiste "en contratar directamente con los trabajadores, quienes se han unido ocasionalmente para efectuar un trabajo en común, mediante una remuneración global, y que el jefe del grupo distribuye entre los obreros en forma convenida. PRINCIPAL. El que subsiste por sí mismo o independientemente de cualquier otro. PRIVADO. El perteneciente al Derecho Civil o a otra rama del

Derecho Privado, donde predomina la libertad de las partes para concertarlos y darles flexibilidad con cláusulas especiales. El que consta por documento privado. PÚBLICO. El regido por normas de orden público. El que corresponde al ámbito del Derecho Público sinónimo de contrato solemne. Aquel que consta por escritura pública. El que, lejos de mantenerse en secreto, ha sido manifestado por las partes, aun sin recurrir a los órganos oficiales de publicidad. REAL. El convenio que para su perfección requiere, además del consentimiento de las partes, la tradición o entrega, de la cosa sobre la cual versare. SIMULADO. El que se propone en cubrir la real intención de las partes, que tratan así de eludir algún precepto fiscal o de otra índole que les perjudica, o cuando tienden a dañar a tercero, con beneficio propio o sin él. SINLAGMÁTICO. Sinónimo de contrato bilateral (v). SINDICAL. Variedad del contrato colectivo del trabajo (v) cuando, en representación de los trabajadores, es concertado, frente a uno o más patrimonios, por un sindicato o varios agrupados. (v. Contrato por equipo, Sindicato). SOCIAL. Doctrina o tesis puesta en boga por Juan Jacobo Rousseau, por el cual había existido un estado primitivo de naturaleza, en el cual el hombre, aislado, disfrutó de independencia absoluta. SOLEMNE. El que, por expreso precepto de la ley, a de ser otorgado con sujeción a determinadas formas, substanciales para la validez del contrato y la eficacia de sus cláusulas. SUCESIVO. El que contiene prestaciones periódicas; como la compra a plazos, o el arrendamiento cuya renta se paga por meses o anualidades. TÍPICO. El que esta regulado con substantividad en la legislación positiva, y no incluye cláusulas que lo deformen o combinen con otros también susceptibles de independencia en concepto y régimen. (v. Contrato innominado). UNILATERAL. Aquel en que una sola de las partes se obliga hacia otra, sin que éste le que de obligada”.

Por su parte el doctor Manuel Ossorio¹⁵ lo define como:

“Parte o convenio que se obliga entre partes que se obligan sobre materia o cosa determinada y a cuyo cumplimiento pueden ser compelidas (Dic. Acad.). En una definición jurídica, se dice que hay contrato cuando dos o más personas se ponen de acuerdo sobre una declaración de voluntad común, destinada a arreglar sus derechos. Capitánt lo define como acuerdos de voluntades, entre dos o más personas, con el objeto de crear entre él los vínculos de obligaciones; y también documento escrito destinado a aprobar una convención. Los contratos han de ser celebrados entre las personas capaces y no han de referirse a cuestiones prohibidas o contrarias a la moral o a las buenas costumbres. Los contratos lícitos obligan a las partes contratantes en iguales términos que la ley”.

Así mismo, los doctores Raymond Guillien y Jean Vincent¹⁶ en su diccionario jurídico, determinan:

¹⁵ OSORIO, Manuel. Diccionario de Ciencias jurídicas, políticas y sociales. Editorial Heliasta. S.R.L. Buenos Aires (Arg). 1981. P.167.

“CONTRATO. - Der. Civ. Convención que hace surgir una o más obligaciones, y por la cual se crea o trasfiere un derecho real. V. Convención”.

“CONTRATO ADMINISTRATIVO. – Der. Adm. Contrato realizado por una persona administrativa o por su cuenta y sometido a la competencia y al derecho administrativos, ya por disposición expresa de la ley, ya a causa de la presencia de cláusulas exorbitantes del derecho común en sus estipulaciones, ya porque confiere a su titular una participación directa en la ejecución de una actividad de servicio público”.

Igualmente, sobre la normatividad se tiene que el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública o Ley 80 de 1993 en su artículo 32, párrafo primero, establece:

“Artículo 32. De los contratos estatales. Son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refieren el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad, así como los que, a título enunciativo, se definen a continuación:...”

De igual manera el Código Civil en su artículo 1495 define contrato:

“Artículo 1495. Contrato o convención es un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa. Cada parte puede ser de una o de muchas personas”.

Del Código del Comercio se acoge el siguiente concepto legal:

“Artículo 864. El contrato es un acuerdo de dos o más partes para construir, regular o extinguir entre ellas una relación jurídica patrimonial, y, salvo estipulación en contrario, se entenderá celebrado en el lugar de residencia del

¹⁶ GUILLIEN, Raymond, Y VINCENT, Jean. Diccionario Jurídico. Editorial Temis S.A. Bogotá. 1986. P.99.

proponente y en el momento en que este reciba la aceptación de la propuesta. Se presumirá que el oferente ha recibido la aceptación cuando el destinatario pruebe la remisión de ella dentro de los términos fijados por los artículos 850 y 851”.

Adoptando un criterio finalista y siguiendo el de doctrinantes como Jéze y Sarria, se dijo en un tiempo que eran contratos administrativos solamente los celebrados por la administración para el funcionamiento de un servicio público. A contrario sensu, todos los convenios que no tenían una finalidad, se clasificaban en derecho privado, aunque una de sus partes fuera un órgano estatal. Otros tratadistas, opinando que era absurdo suponer en que el Estado tuviera una personalidad dual para actuar unas veces como tal y otras como particular, adoptaron un criterio pluralista y, por tanto, conceptuaron que todo contrato en que interviniera una persona de derecho público debía estimarse como administrativo. Surge también la tesis de que existe un contrato administrativo cuando la administración se reserva en el convenio ciertos privilegios que son inherentes a la noción de poder, como la caducidad; o que rompen el principio de la igualdad entre los contratantes, como es el sometimiento de una de ellas a las condiciones impuestas en el pliego de cargos cuando hay licitación pública o que permitan la mutabilidad del acuerdo, como la revisión periódica de los precios acordados sea que lo convenido se roce o no con un servicio público. En síntesis consideran administrativo todo contrato que contenga o lleve implícitas cláusulas de las llamadas “exorbitantes”. Ahora

bien, nuestras leyes no habían definido lo que es un contrato administrativo. Sin embargo desde que entró en vigencia la Ley 4° de 1964, reglamentada parcialmente por el Decreto 1518 de 1965, dijo: “Los contratos administrativos que celebre la nación, las empresas o establecimientos públicos descentralizados y demás entidades oficiales, con personas privadas, naturales o jurídicas para estudios, construcción, mejoras, y conservación de la obra que corresponde efectuar a esas entidades, se sujetaran a las disposiciones de la presente Ley”, condiciones que, entre otras, son la de someterse a licitación pública cuando superan determinada cuantía y la de pactar la revisión periódica de los precios pactados o unitarios convenidos, cuando ocurran las eventualidades previstas en la misma, parece, sin que pueda ello afirmarse rotundamente, que hubiera adoptado un criterio ecléctico para estimar como administrativos los contratos oficiales que tuvieran por fin realizar estudios u objetivos relacionados con el servicio público, contentivos de cláusulas exorbitantes que los distinguen de los derechos comunes. Algunos conceptos se desprenden de Auto de noviembre 9 de 1967 de la sección tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo.¹⁷

¹⁷ Auto de noviembre 9 de 1967, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. M.P. Dr. Samuel de Sala Roncallo. Anales 1967. Tomo 73. P. 21. A su vez tomado del: Diccionario Jurídico XXIII años de evolución jurisprudencial 1958-1981. Consejo de Estado de Colombia. Tomo I. Biblioteca Jurídica Dike. Maria Elena Giraldo Gómez, Nubia González Cerón. Medellín. 1982. Págs. 623-624.

La Ley 80 de 1993, haciendo eco de las críticas formuladas a la distinción que traía el Decreto – Ley 222 de 1983, entre contratos administrativos y contratos de derecho privado de la administración, consagra el concepto genérico de contrato estatal el cual se define en el artículo 32 como “todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o indisposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad, así como los que ha título enunciativo allí se definen: Contrato de obra, consultoría, prestación de servicios, concesión, encargo fiduciario y fiducia pública, que podíamos llamar los contratos estatales nominados o típicos.”

El profesor universitario y magistrado del Tribunal Administrativo de Antioquia, Ricardo Hoyos Duque afirma:

“De ahí pues que el elemento clave al momento de definir el contrato estatal no lo constituye su objeto, sus cláusulas, la forma o la jurisdicción encargada de dirimir sus controversias como ocurría en el pasado, si no la presencia subjetiva del estado, como requisito “sine qua non” de dicho contrato”.¹⁸

2.3 LA LEY 80 DE 1993

¹⁸ BETANCUR JARAMILLO, Carlos, ET AL. Comentarios al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. Medellín. Librería Jurídica Sánchez R. Ltda. Primera Edición. 1994. Págs. 156-157.

En ejercicio de la potestad que le confiere el constituyente al legislador en el inciso final del artículo 150 del ordenamiento superior, se expidió el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública (Ley 80 de 1993), la cual fue publicada en el Diario Oficial número 41094, el día jueves 28 de octubre de 1993.

El objeto de dicha normatividad es el de disponer las reglas y principios que rigen los contratos de las entidades estatales.

En cuanto a la estructura de la presente Ley, hay que decir que la misma esta contenida en nueve apartados así:

1. De las disposiciones generales. Artículos 1 al 22
2. De los principios de la contratación estatal. Artículos 23 al 31
3. Del contrato estatal. Artículos 32 al 43
4. De la nulidad de los contratos. Artículos 44 al 49
5. De la responsabilidad contractual. Artículos 50 al 59
6. De la liquidación de los contratos. Artículos 60 al 61
7. De la gestión contractual. Artículos 62 al 67
8. De la solución de las controversias contractuales. Artículos 68 al 75

9. De las disposiciones varias. Artículos 76 al 81

Con referencia a esta normatividad el doctor Carlos Betancur Jaramillo, Consejero de Estado, anota:

“El nuevo estatuto, a pesar de su intento privatizador y quizás sin proponérselo, creo un autentico contrato administrativo: El contrato estatal, que no admite clases al interior de la administración y que borra la antitécnica especie de los contratos privados de la administración, sub producto de aquella otra tesis que dividía la actividad administrativa en actos de autoridad y actos de gestión y que estuvo en boca en el siglo pasado y hasta mediados del presente.

El contrato estatal llegó así al derecho Colombiano y colmó un viejo anhelo de aquellos autores, entre los que me cuento yo, que propugnaba por borrar las diferencias entre el contrato administrativo y el privado de la administración, sometidos a un mismo régimen legal y aun mismo juez especializado, el administrativo”.¹⁹

Así también en su obra de derecho administrativo el doctor Libardo Rodríguez R.²⁰ afirma:

“De tal manera que, si como hemos visto, los llamados contratos estatales por la Ley 80 de 1993, están sometidos a un régimen jurídico mixto, que incluye normas de derecho común junto con normas y principios propios y especiales del derecho público y la competencia judicial para resolver los litigios corresponde a la jurisdicción contenciosa administrativa, podemos concluir que, finalmente de acuerdo con la teoría general sobre contratación administrativa, los citados contratos estatales, es decir, los contratos de la administración pública Colombiana, se ubican dentro de los calificados por esa teoría general como contratos administrativos”.

2.3.1 Criterios y otros aspectos del Estatuto

¹⁹ BETANCUR JARAMILLO, Carlos et al. Op. Cit. P. 216.

²⁰ RODRIGUEZ R., Libardo. Derecho Administrativo General y Colombiano. Octava Edición. Editorial Temis S.A. Bogotá. 1995. P. 318.

Se puede decir que los contratos estatales en Colombia están regulados por un régimen jurídico mixto, conformado por la disposición del derecho civil y comercial, en lo no regulado para ellos, más las normas especiales de derecho publico contenidas en la Ley 80 de 1993, así como las normas que desarrollen en el estatuto y las especiales dictadas a contratos de carácter específico.

En este orden de ideas, entramos a apreciar una serie de aspectos, que si es permitido decirlo, son sui generis y están contemplados única y exclusivamente en los contratos que celebra la administración, amén de otros que por sus características deben estar impresos en todo contrato del estado ya sea con los particulares o los denominados interadministrativos.

Los aspectos más relevantes contenidos en el Estatuto contractual vigente son los siguientes:

2.3.1.1 Las cláusulas exorbitantes

Teniendo en cuenta que el Estatuto de la Administración contiene cláusulas comunes a las de los privados, también observan la inclusión de algunas cláusulas especiales o excepcionales. A este respecto, el ordinal segundo del artículo 14 del estatuto hace referencia a la inclusión en los contratos estatales de las siguientes cláusulas excepcionales al derecho

común: Interpretación, modificación, terminación unilateral, sometimiento a las leyes nacionales, caducidad y reversión.

2.3.1.2 Registro de proponentes

Según lo dispone el propio Estatuto (artículo 22), toda las personas naturales o jurídicas que aspiren a celebrar con las entidades estatales, contratos de obra, consultoría, suministro y compraventa de bienes muebles deben inscribirse en la cámara de comercio de su jurisdicción y deberán estar clasificadas y calificadas en ese registro.

2.3.1.3 Principios contractuales

Las actuaciones de quienes intervengan en la contratación estatal se desarrollarán en arreglo a los principios de transparencia, economía y responsabilidad (artículo 23). De igual forma se puede extraer de los artículos 27 y 29 ibídem los principios de la ecuación contractual y de la selección objetiva.

2.3.1.4 Selección del contratista

Constituye un punto central del principio de transparencia, ya que la administración no puede escoger libremente a las personas con las cuales va contratar, sino que debe sujetarse a ciertas normas, dependiendo de la cuantía o el tipo de contrato, por lo tanto tenemos o podríamos decir que la regla es la licitación pública y la excepción la contratación directa, en la

cual por sus características podríamos incluir la urgencia manifiesta, que es una herramienta de la administración para contratar sin las formalidades requeridas y que se declararan mediante acto administrativo.

2.3.2 Regímenes especiales no cobijados por la Ley 80

Según el doctor Pino Ricci²¹ existen, sumados a los regímenes especiales estipulados con la propia Ley 80, otros, de origen anterior, posterior a la expedición de la Ley, los que acabaron de desencuadernar su estructura inicial.

2.3.2.1 Régimen especial anterior a la Ley 80

2.3.2.1.1 Regímenes de contratos en el servicio público de educación y

salud: Se han encontrado excepciones para contratar, que se encuentran estipuladas en las Leyes 21 y 30 de 1992.

2.3.2.1.2. Régimen del Banco de la República:

En virtud de la Ley 31 de diciembre 29 de 1992, se otorga un régimen especial, de índole privada a la contratación del emisor.

2.3.2.1.3 Derechos de autor: La Ley 44 de febrero 5 de 1993, consagra una excepción al régimen de la inhabilidad e incompatibilidad, en el sentido

²¹ PINO RICCI, Jorge. Régimen de Contratación Estatal. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. Primera Edición. 1996. Págs. 155 - 176.

que los empleados públicos podrán disponer contractualmente de obrar protegidos por el derecho de autor.

2.3.2.1.4 Régimen de armas y municiones: En virtud de la Ley 61 de 1993, se ratifica el monopolio estatal en la tenencia y el porte de armas, municiones, explosivos y sus accesorios.

2.3.2.1.5 Del régimen de las entidades sin ánimo de lucro, prestatarias de los servicios públicos: El artículo 78 de la Ley 80, de 1993, dejó intacto, salvo algunas modificaciones o derogatorias implícitas, el Decreto Administrativo 777 de 1992.

2.3.2.1.6 Régimen especial para el Distrito Capital: En virtud de las facultades otorgadas por el artículo transitorio de la Constitución, se procedió a expedir el Decreto – Ley 1421 del 21 de junio de 1993.

2.3.2.1.7 Régimen especial de administración aduanera: Finalmente, cabe anotar el régimen especial de administración aduanera, estipulado por la Ley 6ª de junio 30 de 1992.

2.3.2.2 Régimen posterior de la Ley 80

2.3.2.2.1 Del régimen de los radioaficionados: En virtud de la Ley 94 de diciembre 14 de 1993, se reglamenta la manera como el Ministerio de Comunicaciones otorga el permiso o licencia de servicio de radio comunicaciones.

2.3.2.2.2 De los contratos de edición e impresión de las entidades estatales: Aquellos contratos de esta naturaleza que celebre las entidades estatales denominadas en el literal a) del numeral primero del artículo segundo del Estatuto Contractual, tienen su basamento legal en la Ley 98 de 1993.

2.3.2.2.3 Contratos para el servicio público de salud: La Ley 100 de 1993, “por medio de la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones”, en virtud de su artículo 285, modifica expresamente el artículo 42 de la Ley 10 de 1990 y declara otros aspectos no previstos en dicha norma.

2.3.2.2.4 Régimen de transporte: En la Ley 105 de 1993, se presentan algunas excepciones al régimen de la Ley 80 como licencias de transporte, contrato de concesión de infraestructura vial y la unidad administrativa especial de aeronáutica civil.

2.3.2.2.5 Servicios públicos domiciliarios: La Ley 142 de julio 11 de 1994, dispuso en su artículo primero como servicio público domiciliario:

Acueducto, alcantarillado, aseo, energía eléctrica, distribución de gas combustible, telefonía pública, básica conmutada y la telefonía local móvil en el sector rural. Pero éste por ser el tema específico se observara en un capítulo aparte los aspectos contractuales de este régimen.

2.3.2.2.6 Recursos naturales: Dentro de la Ley 139 del 21 de junio de 1994, se exige para la celebración de los contratos entre el beneficiario del incentivo forestal y la entidad competente algunos aspectos allí incluidos.

2.3.2.2.7. Régimen especial para el sector eléctrico: Esta reglamentado en la Ley 143, de julio 11 de 1994 y por ser de un servicio público domiciliario de hará un comentario más amplio en otro capítulo.

2.3.2.2.8 Régimen especial de la Corporación Autónoma Regional del Río Grande de la Magdalena: En efecto, en razón del artículo 331 de la Constitución, se expide el régimen de esta entidad, con la Ley 161, de agosto 3 de 1994, olvidada en el Estatuto Contractual.

2.4 NORMATIVIDAD SOBRE CONTRATOS ESTATALES

Teniendo en cuenta lo dispuesto por el doctor Solano Sierra²² y en desarrollo de este capítulo se transcribirán algunas normas vinculantes, inherente a la vida del contrato en general que, en lo civil, comercial, penal, administrativo y preceptivas complementarias rigen en la legislación nacional y lógicamente las de enjambre supralegal; en resumen para introducirnos en la temática de la obra.

2.4.1 Normas constitucionales

- Artículo 150, numerales 9, 14 y 25
- Artículo 189, numeral 23
- Artículo 209.
- Artículo 273.
- Artículo 300, numeral 9
- Artículo 313, numeral 3

2.4.2 Normas del Código Civil

- Artículos 1494, 1495, 1502, 1602 y 1619

2.4.3 Normas del derecho comercial

²² SOLANO SIERRA, Jairo Enrique. Op. Cit. Págs. 81 - 89.

- Artículos 822, 864, 869 y 871

2.4.4 Normas del Código Contencioso Administrativo

- Artículos 1º, 2º, 3º, 80, 83, 87, 128 numeral 12, 131 numeral 9º, 132 numeral 9º, 206 y 253 a 264 (derogados artículo 81 Ley 80/93).

2.4.5 Normas del Código Penal

- Artículo 408, 409 y 410

2.4.6 Normas de la Ley 23 de 1991 y Decretos 2651 de 1991 y 171 de 1993

1. Artículos 59 (modificado artículo 70 Ley 446/98), 90 y siguientes y 103
2. Artículos 6º y 11 y siguientes
3. Reglamentó el artículo 6º del decreto 2651

2.5 NORMATIVIDAD VIGENTE DEL DECRETO LEY 222 DE 1983

Dentro de la Ley 80 de 1993 hubo disposiciones no derogadas del Decreto Ley 222 de febrero de 1983, "Por el cual se expiden normas sobre contratos en la nación y sus entidades descentralizadas y se dictan otras

disposiciones”, las mismas están establecidas en el capítulo III- Ocupación y Adquisición de inmuebles e imposición de servidumbres

- Artículo 108, “De la utilidad pública en la ocupación transitoria, adquisición e imposición de servidumbres sobre inmuebles de propiedad particular”.
- Artículo 109, “De la ocupación temporal y la indemnización”.
- Artículo 110, “De la negociación directa o la expropiación”.
- Artículo 111, “De la imposición de servidumbres”.
- Artículo 112, “De la desafectación de inmuebles”.
- Artículo 113, “De la vigencia de la ley 56 de 1981”.

3. LOS SERVICIOS PÚBLICOS

3.1 NOCIONES GENERALES

Se debe recordar que la noción de servicio público ha representado un papel preponderante en la historia del derecho administrativo. Es así, como durante un período que se extiende aproximadamente desde la segunda mitad del siglo pasado hasta la primera mitad del presente, el concepto de servicio público fue considerado como la noción clave del derecho administrativo. En la práctica esta noción es de gran utilización, hasta el punto que se llega a considerar que la principal actividad y preocupación de la administración debe consistir en asegurar cada día un mejor funcionamiento de los servicios públicos.

Anota el doctor Hugo Palacios Mejía²³ que la expresión “servicio público” ha sido muy utilizada en la literatura jurídica colombiana durante el siglo XX; pero que se la ha usado tal como fue concedida en Francia, esto es, sin rigor, sin esfuerzos suficientes para reducir ambigüedades en su uso; y que, por lo tanto, resulta difícil avanzar con ella seriamente en el análisis de las relaciones para las cuales fue acuñada; y agrega que cuando el constituyente se refirió a los “servicios públicos domiciliarios” hizo por fuerza de las palabras que estas aparecieran como una especie del género “servicios públicos”. Sin embargo, es apenas a comienzos del siglo XX

²³ PALACIOS MEJÍA, Hugo. El Derecho de los Servicios Públicos. Editorial Derecho Vigente S.A. Bogotá. 1999. P. 6.

cuando comienza a adquirir especial importancia en nuestro derecho público, gracias al influjo de los doctrinantes Franceses León Duquit y Gastón Jéze, la expresión “servicios públicos” aparecería ya en ciertos documentos que la corona Española produjo para sus colonias y en la Constitución de 1886 (artículos 7; 76, numerales 7 y 8; y 203)

Jéze²⁴ partía del supuesto de que la administración pública tiene por misión satisfacer las “necesidades de interés general”, y afirmaba que existe un “servicio público” cuando el legislador crea procedimientos especiales, modificables para la administración, para que los agentes estatales garanticen la atención de esas necesidades, en subordinación del interés privado al interés general.

3.2 DEFINICIÓN

Si la doctrina sobre los “servicios públicos” citaba desde su inicio, plagada de ambigüedades, el uso posterior que se hizo del concepto ha llevado a

²⁴ JEZÉ, Gastón. Principios Generales del Derecho Administrativo Tomo II. Editorial La Palma. Buenos Aires (Arg.). 1948. Págs. 4 - 26.

darle tantos sentidos y tan distintos que, sin duda, son más los problemas de comunicación que crea que los que resuelve.

Tradicionalmente se había entendido el servicio público como toda actividad de una colectividad tendiente a satisfacer una necesidad de interés general.

Entre las definiciones de servicio público, según diccionarios jurídicos, se tiene el de Cabanellas²⁵ que anota:

“Concepto capital del derecho político y del administrativo es este del servicio público, que ha de satisfacer una necesidad colectiva por medio de una organización administrativa o regida por la administración pública”

Por su parte el doctor Madrid – Malo²⁶, dispone:

“Toda actividad que se presta para atender las necesidades del interés general en forma regular e ininterrumpida, ya directamente por el Estado, y a personas particulares.

Dentro de los límites de cada departamento hay divisiones para arreglar el servicio público. En él se halla prohibida la huelga. El Estado interviene en las actividades que poseen tal carácter con el fin de racionalizar y planificar la economía para lograr el desarrollo integral.

La ley puede ordenar la revisión y fiscalización de tarifas y reglamentos de las empresas que prestan servicio público. También regula la ley otros de sus aspectos, como el del modo de hacer efectiva la responsabilidad de los funcionarios. Para su mejor prestación pueden crearse áreas metropolitanas y

²⁵ CABANELLAS DE TORRES, Guillermo. Op. Cit. P. 293.

²⁶ MADRID-MALO G.Mario. Op. Cit. P. 476.

asociaciones de municipios. Constituyen servicio público, entre otras, las siguientes actividades:

1. Las que se presentan en cualquiera de las ramas del poder público.
2. Las de empresas de transporte terrestre, marítimo, fluvial y aéreo, acueducto, energía eléctrica y comunicaciones.
3. Las de establecimientos sanitarios de toda clase.
4. Las de establecimientos de asistencia social, caridad y beneficencia.
5. Las de plantas de leche, plazas de mercado, mataderos y todos los organismos de distribución de estos establecimientos.
6. Las de todos los servicios de higiene y aseo de las poblaciones.
7. Las de explotación, elaboración y distribución de sal.
8. Las de explotación, refinación, transporte y distribución de petróleo y sus derivados.
9. Las de la industria bancaria".

Para el doctor Ossorio²⁷ es:

"Para Hauroi, el de carácter técnico, prestado al público de manera regular y continua para satisfacer una necesidad pública y por una organización pública".

Así mismo para Guillien y Vincent²⁸ son:

"1. En sentido material, toda actividad destinada a satisfacer una necesidad de interés general y que, como tal, tiene que ser garantizada y controlada por la administración, por que la satisfacción continua de esa necesidad no puede ser prestada sino por ella. Objeto de muchas controversias doctrinales, esta noción sigue siendo por la jurisprudencia, todavía en al día de hoy, uno de los elementos que sirven para delimitar el ámbito de aplicación del derecho administrativo.

2. En sentido formal, esta locución designa un conjunto organizado de medios materiales humanos utilizados por el estado o por otra colectividad pública, para la ejecución de sus tareas. En esta acepción, servicio publico es sinónimo de administración en sentido formal.

Misión de servicio público: Noción creada por la jurisprudencia del Consejo de Estado en la primera mitad del siglo, pero de denominación mucho más reciente, y de las que se encuentran también manifestaciones, por ejemplo, no

²⁷ OSSORIO, Manuel. Op. Cit. P. 704.

²⁸ GUILLIEN, Raymond y VINCENT, Jean. Op. Cit. P. 353.

solo en materia de obras públicas y de función pública, sino también de contratos administrativos o de actos unilaterales. Esta calificación se atribuye jurisprudencialmente por el juez a actividades que presentan un carácter de interés general, inclusive desempeñadas por organismos privados o por particulares. El juez se inclina a ampliar el campo de aplicación del derecho y del contencioso administrativo a los aspectos de la organización y del funcionamiento de esa actividad que considera técnicamente inoportuno someter a las reglas del derecho privado”.

En cuanto a las definiciones de carácter legal se tiene en cuenta lo dispuesto en la siguiente normatividad:

1. Artículo 2º, numeral 3, Ley 80/93
3. Se denominan Servicios Públicos “Los que están destinados a satisfacer necesidades colectivas en forma general, permanente y continua, bajo la dirección, regulación y control del Estado, así como aquellos mediante los cuales el Estado busca preservar el orden y asegurar el cumplimiento de sus fines”.

De igual manera el artículo 430 del Código Sustantivo del Trabajo, modificado por el Decreto 753 de 1956 en su artículo 1º anota:

“De conformidad con la Constitución Nacional, está prohibida la huelga de los servicios públicos.

Para este efecto se considera como servicio público toda actividad organizada que tiende a satisfacer necesidades de interés general en

forma regular y continua, de acuerdo con un régimen jurídico especial, bien que se realice por el Estado, directa o indirectamente, o por personas privadas.

Constituyen, por tanto, servicio público, entre otras, las siguientes actividades:

- a) Las que se presten en cualquiera de las ramas del poder público;
- b) Las de empresas de transporte por tierra, agua y aire; **y de acueducto, energía eléctrica y telecomunicaciones;**
- c) Las de establecimientos sanitarios de toda clase, tales como hospitales y clínicas;
- d) Las de establecimientos de asistencia social, de caridad y de beneficencia;
- e) Las plantas de leche, plazas de mercado, mataderos y de todos los organismos de distribución de estos establecimientos, sean ellos particulares o privados; (Declarado inexecutable Corte Constitucional, sentencia C-075 de febrero 20 de 1997)
- f) Las de todos los servicios de la higiene y aseo de las poblaciones
- g) Las de explotación, elaboración y distribución de sal;
- h) Las de explotación, refinación, transporte y distribución de petróleos y sus derivados; cuando estén destinadas al abastecimiento normal de combustibles del país a juicio del gobierno.

i) Derogado. L .48/1968 Artículo 3.” (negrillas fuera del texto)

Así mismo la Ley 143 de 1994 en su Artículo 5 establece: “La generación, interconexión, transmisión, distribución y comercialización de electricidad están destinadas a satisfacer necesidades colectivas primordiales en forma permanente; por esta razón, son consideradas servicios públicos de carácter esencial, obligatorio y solidario y de utilidad pública”

Igualmente el Régimen de Servicios Públicos Domiciliarios, en el Capítulo II, definiciones especiales; su artículo 14 ofrece varias definiciones, pero en cuanto a la de servicios públicos estipula en el numeral 14.20:

“**Servicios públicos.** Son todos los servicios y actividades complementarias a los que se aplica esta ley.”

3.3 MARCO CONSTITUCIONAL.

La Constitución Política de 1991 hace numerosas referencias al concepto de servicio público. No hay en ello, al terminar el siglo XX, audacia o

novedad alguna, pues este concepto fue durante la mayor parte del siglo uno de los más usados en el derecho constitucional y administrativo de los países inspirados en la tradición jurídica Francesa y Española.

En efecto, los constituyentes dedicaron todo un capítulo de la nueva Constitución, en el título XII, que se refiere al régimen económico y de la hacienda pública a regular los servicios públicos, los servicios públicos domiciliarios y materias aledañas.

En un enfoque inicial, se tendrá en cuenta lo dispuesto dentro del Ordenamiento Superior que en el capítulo 5, - De la Finalidad Social del Estado y de los Servicios Públicos -, en su articulado establece:

“Artículo 365. Los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado. Es deber del Estado asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional.

Los servicios públicos estarán sometidos al régimen jurídico que fije la ley, podrán ser prestados por el Estado, directa o indirectamente, por comunidades organizadas, o por particulares. En todo caso, el Estado mantendrá la regulación, el control y la vigilancia de dichos servicios. Por razones de soberanía y de interés social, el Estado, mediante ley aprobada

por la mayoría de los miembros de una y otra cámara, por iniciativa del Gobierno decide reservarse determinadas actividades estratégicas o servicios públicos, deberá indemnizar previa y plenamente a las personas que en virtud de dicha ley, queden privadas del ejercicio de una actividad lícita.

Artículo 366. El bienestar general y el mejoramiento de la calidad de vida de la población son finalidades sociales del Estado. Será objetivo fundamental de su actividad la solución de las necesidades insatisfechas de la salud, de educación, de saneamiento ambiental y de agua potable.

Para tales efectos, en los planes y presupuestos de la Nación y de las entidades territoriales, el gasto público social tendrá prioridad sobre cualquier otra asignación.

Artículo 367. La ley fijará las competencias y responsabilidades relativas a la prestación de los servicios públicos domiciliarios, su cobertura, calidad y financiación, y el régimen tarifario que tendrá en cuenta además de los criterios de costos, los de solidaridad y redistribución de ingresos.

Los servicios públicos domiciliarios se prestarán directamente por cada municipio cuando las características técnicas y económicas del servicio y

las conveniencias generales lo permitan y aconsejen, y los departamentos cumplirán funciones de apoyo y coordinación.

La ley determinará las entidades competentes para fijar las tarifas.

Artículo 368. La Nación. Los departamentos, los distritos, los municipios y las entidades descentralizadas podrán conceder subsidios, en sus respectivos presupuestos, para que las personas de menores ingresos puedan pagar las tarifas de los servicios públicos domiciliarios que cubran sus necesidades básicas.

Artículo 369. La ley determinará los deberes y derechos de los usuarios, el régimen de su protección y sus formas de participación en la gestión y fiscalización de las empresas estatales que presten el servicio. Igualmente definirá la participación de los municipios o de sus representantes, en las entidades y empresas que les presten servicios públicos domiciliarios.

Artículo 370. Corresponde al Presidente de la República señalar, con sujeción a la ley, las políticas generales de administración y control de eficiencia de los servicios públicos domiciliarios y ejercer por medio de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, el control, la inspección y la vigilancia de las entidades que los presten”.

4. REGIMEN CONTRACTUAL DE LOS SERVICIOS PUBLICOS DOMICILIARIOS

4.1 LOS SERVICIOS PUBLICOS DOMICILIARIOS.

Esta expresión llega a nuestra Constitución por primera vez, en 1991, y no era de uso común en las leyes colombianas hasta entonces. En el derecho anglosajón se alude a estos servicios con el nombre de “Public utilities”

En un enfoque inicial Hugo Palacios Mejía²⁹ anotaba que, con el propósito de que la ley produjera los efectos más amplios posibles sobre el sector de los servicios públicos en la economía, las primeras versiones que se

²⁹ PALACIOS MEJÍA, Hugo. Op. Cit. P. 180.

elaboraron del proyecto de ley incluían una definición general del concepto servicios públicos domiciliarios y proponían que la ley se aplicara a cualquier actividad que cumpliera con esa definición. Se trataba, pues, de un enfoque unificador y expansivo, parte del cual era la siguiente definición:

Son servicios públicos domiciliarios, para los efectos de esta ley, las actividades ordenadas a la generación o captación, transformación, interconexión, transmisión, distribución y prestación masiva de aquellos bienes y servicios de naturaleza relativamente homogénea, que todos los residentes en el país requieren en forma masiva y continua en su lugar de habitación y trabajo para vivir en forma digna y saludable y para adelantar actividades productivas.

La Constitución Política de Colombia del año 1991, en su título XII, Capítulo 5, -De la finalidad social del Estado y de los servicios públicos-, en su artículo 365, inciso primero, establece: “Los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado. Es deber del Estado asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional.”

En el mismo Ordenamiento Superior el gobierno también fue investido transitoriamente y en forma subsidiaria, para expedir las leyes necesarias que requiera la nueva Constitución para entrar a regir, cuando el congreso

no las expidiere en los términos y condiciones señalados; como ejemplo, se resalta en este caso, las relacionadas con los regímenes sobre servicios públicos, su prestación, funcionamiento y tarifas; la gestión y fiscalización de empresas estatales que presten servicios y las políticas generales de administración y control de eficiencia de los servicios públicos domiciliarios. (artículo 48 transitorio).

Es con base en lo anterior que se sanciona, el 11 de julio de 1994, la Ley 142 o Régimen de los Servicios Públicos Domiciliarios, dentro y para un área de la realidad social y en un sector de la actividad del Estado, de suyo delicado, pues influye y determina contundentemente el bienestar y las condiciones de vida de la población colombiana.

La situación que interpretaron los constituyentes de 1991, al generar el marco que posibilitó la adopción de la Ley, era en extremo complicada dados el maltrato, la mala calidad, la baja cobertura, la inmoralidad, entre otros, la ineficiencia e ineficacia de las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios, todo ello materializado en un deterioro de las condiciones de vida de la población y su creciente descontento.

De ahí que se reconociera como deber del Estado “asegurar la prestación eficiente de los servicios públicos a todos los habitantes del territorio

nacional” y con gran acierto, le atribuyeran al más alto representante de la autoridad de la República, el Presidente, las responsabilidades integrales correspondientes, centradas en “Señalar, con sujeción a la ley, las políticas generales de administración y control de eficiencia de los servicios públicos domiciliarios y ejercer por medio de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, el control, inspección y vigilancia de las entidades que los prestan”.

El Régimen de los Servicios Públicos Domiciliarios en respuesta al crítico panorama, además de definir las competencias, sistema de control, inspección y vigilancia y un sistema sancionatorio eficaz, propuso un esquema de libre competencia para la prestación de los servicios e invitó al sector privado de la economía a participar activamente; todo ello con el sublime objetivo de retomar al ciudadano anónimo como la razón de ser del Estado y de su finalidad social.

Además de la Ley 142 de 1994, por la cual se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios y se dictan otras disposiciones, existen otras normas relacionadas con esta clase de servicios tanto actuaciones como prestaciones y que se enumerarán a título informativo y enunciativo:

- Decreto 1900 de agosto 19 de 1990, por el cual se reforman las normas y estatutos que regulan las actividades y servicios de telecomunicaciones y afines.
- Ley 37 de enero 6 de 1993, por la cual se regula la prestación del servicio de telefonía móvil celular, la celebración de contrato de sociedad y asociación en el ámbito de las telecomunicaciones y se dictan otras disposiciones.
- Ley 143 de julio 11 de 1994, o Ley eléctrica, régimen para la generación, interconexión, transmisión, distribución y comercialización de electricidad en el territorio nacional.
- Ley 286 de julio 3 de 1996, por la cual se modifican parcialmente las leyes 142 y 143 de 1994.
- Decreto 548 de marzo 31 de 1995, por la cual se compilan las funciones de la superintendencia de servicios públicos domiciliarios y se dictan otras disposiciones.

4.2. EL CONTRATO EN LA LEY DE SERVICIOS PUBLICOS DOMICILIARIOS.

Servicios públicos domiciliarios (acueducto, alcantarillado, aseo, energía eléctrica, distribución de gas combustible, telefonía pública básica conmutada y la telefonía local móvil en el sector rural). Compartiendo la opinión del Doctor Pino Ricci, pocas leyes podrían causar mayor traumatismo en la contratación estatal, por cuanto se extrae de la órbita de la competencia de la Ley 80 a una buena parte de los contratos estatales.

La Ley 142 de Julio 11 de 1994, "Por la cual se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios y se dictan otras disposiciones", en el título II, reglamenta el régimen de los actos y contratos de estas empresas, teniendo dos capítulos, el primero sobre normas generales (artículos 30 a 38) y el segundo, contratos especiales para la gestión de los servicios públicos (artículos 39 y 40).

En efecto, en primer término, obliga a las personas jurídicas y demás órganos y dependencias que tienen a su cargo *la prestación de servicios públicos domiciliarios de acueducto, alcantarillado, aseo, energía eléctrica, telefonía fija pública básica conmutada y la telefonía local móvil en el sector rural*, entre otros, para que en un plazo de dos años, contados desde la vigencia de la Ley 142, se transformen en empresas de servicios públicos, es decir, en "sociedades por acciones cuyo objeto es la

prestación de servicios públicos, o en empresas industriales y comerciales del estado, si no desean que su capital este representado en acciones” (artículo 17 de la Ley 142 de 1994).

Teniendo en cuenta que la normativa en cuestión, en cuanto al régimen contractual, lo determina a partir del artículo 30. - Principio de interpretación – y hasta el artículo 40 inclusive, se tiene como en el primer artículo en mención determina los principios para garantizar entre otros la libre competencia e impedir los abusos de la posición dominante, con la premisa constitucional del artículo 333 y favoreciendo la continuidad y calidad en la prestación de los servicios. Todo lo anterior partiendo de la base de la importancia que tienen los servicios públicos, entendidos éstos como todos los servicios y actividades complementarias a los que se aplica esta ley.

Inicial y seguidamente el artículo 31, en concordancia con el Estatuto General de la Contratación Pública, dispone:

“Los contratos que celebren las entidades estatales que prestan los servicios públicos a los que se refiere esta ley, y que tengan por objeto la prestación de esos servicios, se regirán por el parágrafo uno del artículo 32 de la ley 80 de 1993 y por la presente ley, salvo en lo que la presente ley disponga otra cosa.

Las comisiones de regulación podrán hacer obligatoria la inclusión, en ciertos tipos de contratos de cualquier empresa de servicios públicos, de cláusulas exorbitantes y podrán facultar, previa consulta expresa, que se incluyan en los

demás. Cuando la inclusión sea forzosa, todo lo relativo a tales cláusulas se regirá en cuanto sea pertinente, por lo dispuesto en la Ley 80 de 1993, y los actos en los que se ejerciten esas facultades estarán sujetos al control de la jurisdicción contencioso administrativa”.

El primer párrafo en comento, hacía referencia a que los contratos celebrados por los establecimientos de crédito, las compañías de seguros y las demás entidades financieras de carácter estatal, y que correspondieran al giro ordinario de sus actividades, propias de su objeto social, no les eran aplicables las normas del Estatuto Contractual y habrían de regirse por las disposiciones ordinarias. Aquello significaba, que los contratos celebrados por las sociedades anónimas o empresas industriales y comerciales del estado, en desarrollo de los servicios públicos regulados en la Ley 142, se regirán por la ley comercial y civil, entre tanto los otros contratos, se regirán por la Ley 80.

En el inciso segundo, como puede observarse, si bien los contratos desarrollan el objeto social de las sociedades o empresas de servicios públicos consagradas en esta ley, en gran medida son administrativos.

Se puede indicar que no obstante, la anterior confusión fue aumentada por el artículo 32, régimen de derecho privado para los actos de las empresas.

Referente al artículo 31, éste fue modificado por la Ley 689 de agosto 28 de 2001, por la cual se modifica parcialmente la Ley 142 de 1994, por medio del artículo 3º, establecido en el Título II, Régimen de actos y contratos de las Empresas; capítulo I, Normas Generales, norma ésta que entrará en vigencia dos meses después de su promulgación y derogando todas las normas que le sean contrarias; dicho artículo en comento estipula:

“Artículo 3º. Modifícase el artículo 31 de la Ley 142 de 1994 el cual quedará así:

“**Artículo 31. Régimen de la contratación.** Los contratos que celebren las entidades estatales que prestan los servicios públicos a los que se refiere esta ley no estarán sujetos a las disposiciones del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, salvo en lo que la presente ley disponga otra cosa.

Las Comisiones de Regulación podrán hacer obligatoria la inclusión, en ciertos tipos de contratos de cualquier empresa de servicios públicos, de cláusulas exorbitantes y podrán facultar, previa consulta expresa por parte de las empresas de servicios públicos domiciliarios, que se incluyan en los demás. Cuando la inclusión sea forzosa, todo lo relativo a tales cláusulas se regirá, en cuanto sea pertinente, por lo dispuesto en la Ley 80 de 1993, y los actos y contratos en los que se utilicen cláusulas y/o se ejerciten esas facultades estarán sujetos al control de la jurisdicción contencioso administrativa. Las Comisiones de Regulación contarán con quince (15) días para responder las solicitudes elevadas por las empresas de servicios públicos domiciliarios sobre la inclusión de las cláusulas excepcionales en los respectivos contratos, transcurrido este término operará el silencio administrativo positivo.

PARÁGRAFO. Los contratos que celebren los entes territoriales con las empresas de servicios públicos con el objeto de que éstas últimas asuman la prestación de uno o de varios servicios públicos domiciliarios, o para que sustituyan en la prestación a otra que entre en causal de disolución o liquidación, se regirán para todos sus efectos por el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, en todo caso la selección siempre deberá realizarse previa licitación pública, de conformidad con la Ley 80 de 1993”.

Como se puede observar del artículo precedente, ningún contrato celebrado por una entidad prestadora de servicios públicos domiciliarios,

sea de carácter pública, mixta o privada, estará sometido al Estatuto Contractual de la Administración, lo que inmediatamente da a entender que lo referente a los mismos se regirá por los postulados del derecho privado. De igual forma en su párrafo segundo faculta a las Comisiones de Regulación para hacer obligatorias, y en forma privilegiada y excepcional para los contratos de estas empresas, las cláusulas exorbitantes, eso sí para ciertos tipos de contratos.

Pero también como excepción a la contratación bajo el régimen privado se tiene lo dispuesto en el párrafo único del artículo de la referencia en los casos de los contratos celebrados por los entes territoriales con empresas que asuman la prestación de servicios, evento en el cual se estarán a lo dispuesto en la Ley 80 de 1993.

Con base a la discrecionalidad establecida en los artículos 31 y 32, esta se ve limitada por el artículo 35, - Deber de Buscar entre el Público las Mejores Condiciones Objetivas -; que guarda relación con el 93. Para un mayor énfasis a este artículo, la CRAS, expidió la Resolución 03 de junio 8 de 1995, modificada por la 151 de 2001, donde ofrece los lineamientos a seguir en este aspecto. De igual forma, y con referencia al mismo evento, dicha Comisión, expide el 6 de julio de 2000, la Resolución 136, por la cual se dictan medidas tendientes a la promoción de la competencia, se fijan

procedimientos y condiciones en materia de selección de contratistas y se ejercen otras competencias en materia contractual en el sector de agua potable y saneamiento básico. Esta reciente norma presenta dentro de su articulado una serie de reglas y prerrogativas que enseñan parámetros en relación con el contrato de las empresas de servicios públicos domiciliarios y que por lo demás buscan que dichas empresas aunque se rigen por el derecho privado tengan presente principios contractuales cobijados generalmente para la Administración Pública, pero que en ningún momento deben ser obviados por los particulares en cada una de sus diversas actuaciones como pueden ser la transparencia, la objetividad y la igualdad entre otras.

Se observa también, que los denominados "Comités de Desarrollo y Control Social de los servicios públicos domiciliarios" tienen la facultad de reglamentar el procedimiento de escogencia de los contratistas, en el primer caso en forma obligatoria y en el segundo, discrecional.

Amén de lo anterior, debemos leer estas normas en consonancia con el artículo 121 de la Ley 142, ya que obliga a las entidades a prever la cláusula de caducidad de los contratos de concesión a que se refiere la ley, en efectos especiales de toma de posesión del respectivo servicio.

Ahora, si el régimen de los contratos de servicios públicos es de naturaleza privada, nace una pregunta, ¿cómo podrán decretarse la caducidad en las convenciones de concesión de servicios públicos domiciliarios? Se debe entender que este artículo obliga a la sociedad y empresas industriales y comerciales del Estado que presten dichos servicios, a incluir en el contenido de concesión la cláusula de caducidad, y con ello se hallan implícitas los poderes exorbitantes del control del contrato.

Otros de los artículos que se contemplan sobre las normas generales son el 36 - Reglas Contractuales Especiales -, 37 - Destinación de la Personalidad Interpuesta - y 38 -Efectos de Nulidad sobre Actos y Contratos Relacionados con Servicios Públicos -

Se puede observar, en el articulado que nos antecede la serie de referencias especiales que este régimen ofrece a las entidades prestadoras de servicios públicos, que como la misma norma lo establece sólo opera con ocasión de ser empresa de servicios públicos domiciliarios y dándole un matiz especial y privilegiado que lo hacen diferente a otras especies. Si no se tomaran éstas como especiales, se podría hablar o estar al frente de una especie de mixtura entre el derecho privado y el público pero, sería desde el punto de vista que se le mire.

Pero estas no son las únicas “innovaciones” de la Ley 142 que modifican la contratación pública y como tal se puede ver en el artículo 39; sus numerales conceptúan sobre el régimen de concesión de aguas al igual que lo relacionado con el acceso al espectro electromagnético (telecomunicaciones), estos aspectos se evidencian en el artículo 39.1, ya los siguientes determinan, otras especialidades.

“Artículo 39.- Contratos Especiales: Para los efectos de la gestión de los servicios públicos se autoriza la celebración, entre otros, de los siguientes contratos especiales:

39.1. - Contratos de concesión para el uso de recursos naturales o del medio ambiente. El contrato de concesión de aguas, es contrato limitado en el tiempo, que celebran las entidades a las que corresponde la responsabilidad de administrar aquellas, para facilitar su explotación o disfrute. En estos contratos se pueden establecer las condiciones en las que el concesionario devolverá el agua después de haberla usado.

El acceso al espectro electromagnético para el servicio público de telecomunicaciones puede otorgarse por medio de un contrato de concesión, de acuerdo con la Ley 80 de 1993 y las Leyes especiales pertinente, pero sin que se aplique el artículo 19 de la Ley 80 de 1993 a bienes distintos de los estatales. La remuneración que se pacte por una concesión o licencia ingresará al presupuesto de la entidad pública que celebre el contrato o expida el acto.

Cuando las autoridades componentes consideren que es preciso realizar un proyecto de interés nacional para aprovechamiento de aguas, o para proyectos de saneamiento, podrán tomar la iniciativa de invitar públicamente a las Empresas de Servicios Públicos para adjudicar la concesión respectiva.

Las concesiones de agua caducarán a los tres años de otorgadas, si en ese lapso no se hubieren hecho inversiones capaces de permitir su aprovechamiento económico dentro del año siguiente, o del período que determine de modo general, según el tipo de proyecto, la comisión reguladora. Los contratos de concesión a los que se refiere este numeral se regirán por las normas especiales sobre las materias respectivas.

39.2. – Contratos de administración profesional de acciones. Son aquellos celebrados por las entidades públicas que participan en el capital de Empresas de Servicios Públicos, para la administración o disposición de sus acciones, aportes o inversiones en ellas, con sociedades fiduciarias, corporaciones financieras, organismos cooperativos de grado superior de carácter financiero, o sociedades creadas con el objeto exclusivo de administrar Empresas de Servicios Públicos. Las tarifas serán las que determinen en un proceso de competencia para obtener el contrato.

En estos contratos puede encargarse también al fiduciario o mandatario de vender las acciones de las entidades públicas en las condiciones y por los procedimientos que el contrato indique.

A los representantes legales y a los miembros de las juntas directivas de las entidades que actúen como fiduciarios o mandatarios para administrar acciones de Empresas de Servicios Públicos se aplicará el régimen de incompatibilidades e inhabilidades de los funcionarios que hayan celebrado con ellos el contrato respectivo, en relación con tales empresas.

39.3. – Contratos de las entidades oficiales para transferir la propiedad o el uso y goce de los bienes que destina espacialmente a prestar los servicios públicos, concesiones o similares; o para encomendar a terceros cualquiera de las actividades que ellas hayan realizado para prestar los servicios públicos; o para permitir que uno o más usuarios realicen las obras necesarias para recibir un servicio que las entidades públicas estén prestando; o para recibir de uno o más usuarios el valor de las obras necesarias para prestar un servicio que las entidades oficiales estén prestando; o para pagar con acciones de empresas de los bienes o servicios que reciban.

39.4. – Contratos en virtud de los cuales dos o más entidades prestadoras de servicios públicos o éstas con grandes proveedores o usuarios, regulan el acceso compartido o de interconexión de bienes indispensables para la prestación de servicios públicos, mediante el pago de remuneración o peaje razonable. Este contrato puede celebrarse también entre una Empresa de Servicios Públicos y cualquiera de sus grandes proveedores o usuarios.

Si las partes no se convienen, en virtud de esta Ley la Comisión de Regulación podrá imponer una servidumbre de acceso o de interconexión a quien tenga el uso del bien.

39.5. – Contratos para la extensión de la prestación de un servicio que, en principio, sólo beneficia a una persona, en virtud del cual ésta asume el costo de las obras respectivas y se obliga a pagar a la empresa el valor definido por ella, o se obliga a ejecutar independientemente las obras requeridas conforme al proyecto aprobado por la empresa.

Parágrafo: Salvo los contratos de que trata el numeral 39.1., todos aquellos a los que se refiere este artículo se registrarán por el derecho privado. Los que contemplan los numerales 39.1., 39.2. y 39.3., no podrán ser cedidos a ningún título, ni podrán darse como garantía, ni ser objeto de ningún otro contrato, sin previa y expresa aprobación de la otra parte.

Cuando cualquiera de los contratos a que este Capítulo se refiere permita al contratista cobrar tarifas al público, que estén sujetas a regulación, el proponente debe incluir en su oferta la fórmula tarifaria que aplicaría”.

De este artículo cabe resaltar, que la ya mencionada Ley 689 de 2001, en su título II, capítulo II, contratos especiales para la gestión de los servicios públicos, también modificó el parágrafo del artículo 39 y establece:

Artículo 4º. El parágrafo del artículo 39 de la Ley 142 de 1994, quedará así:

“**Parágrafo:** Salvo los contratos de que tratan el parágrafo del artículo 39 y el numeral 39.1 de la presente ley, todos aquellos a los que se refiere este artículo se registrarán por el derecho privado.

Los que contemplan los numerales 39.1, 39.2 y el 39.3 no podrán ser cedidos a ningún título, ni podrán darse como garantía, ni ser objeto de ningún otro contrato, sin previa y expresa aprobación de la otra parte.

Cuando cualquiera de los contratos a que este capítulo se refiere permitan al contratista cobrar tarifas al público, que estén sujetas a regulación, el proponente debe incluir en su oferta la fórmula tarifaria que aplicaría”.

Como se puede observar, en el primer artículo modificadorio, ya no tiene sujeción a la Ley 80, de hecho ya no se habla de la concordancia con esta y se determina genéricamente como Régimen de la Contratación, de igual forma ratifica la inclusión de las cláusulas exorbitantes por parte de estas empresas con la permisibilidad de las Comisiones de Regulación, además que da un término de quince días para resolver las solicitudes. De

la misma manera aumenta un párrafo donde dispone una excepción para los eventos en que regirá el Estatuto General de Contratación en algunos contratos.

En cuanto a la modificación del párrafo del artículo 39, en esta reforma, se dice que todos los contratos aquí enunciados se regirán por el derecho privado, quedando este sin ser la única excepción de contratación con base a la Ley 80 y por lo tanto en todos se observan las reglas privadas.

Todo lo anterior da como resultado que todo los actos y contratos de las Empresas de Servicios Públicos Domiciliarios se rigen o se regirán por el derecho privado.

En cuanto a la concesión de área de servicio exclusiva, se debe tener presente lo dispuesto en el artículo 40, - Áreas de Servicio Exclusivo -, en consonancia en el artículo 174, - Áreas de Servicio Exclusivo para Gas Domiciliario -.

Unos aspectos para resaltar en cuanto a los contratos es lo referente a los contratos para notificación de los actos administrativos y lo referente al contrato de servicios públicos.

Con base al primero podemos decir que el título VII, organización y procedimientos administrativos, capítulo II, de los procedimientos administrativos para actos unilaterales, esta contenido normativamente en su artículo 112 – Notificaciones -.

No se precisa si los contratos a que se refiere esta norma se registrarán también por el derecho privado. En consecuencia con el artículo 32, era obvio que no podía extenderse al régimen privado para los actos administrativos y sus procedimientos de validez u oponibilidad frente al tercero afectado: la notificación iría, por cierto, en contraría de disposiciones legales y constitucionales.

En este orden de ideas, apunta el doctor Pino Ricci, que si bien, la Ley 142 permite efectuar este tipo de contratos de servicios, su régimen deberá ser el de la Ley 80.

Como un propósito puede estar el de dilucidar en principio, las bases conceptuales de la contratación, pudiéndose advertir que han existido una serie de principios inaplicados y que por lo tanto, se constituían en una invitación para adoptar un mecanismo de contratación, no sólo por la administración, sino por las empresas prestadoras de servicios públicos

domiciliarios para garantizar su cumplimiento y permitir efectuar el seguimiento de los procedimientos institucionalizados.

Conviene como primera medida hacer un análisis de todas las disposiciones legales aplicables a las empresas de servicios públicos domiciliarios en mención.

En este orden de ideas en el Estado actual se distinguen cinco entidades del orden descentralizado, pero centrándose al estudio actual se analizará la última de ellas, esto es, las Empresas de servicios públicos domiciliarios.

Fue la Constitución de 1991, la génesis de este tipo de empresa, la cual le dedicó por primera vez un capítulo exclusivo precisando su finalidad, régimen y alcance.

En efecto el artículo 365 de la Carta Política establece en el inciso primero: "Los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado. Es deber del Estado asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional".

Y agrega "los servicios públicos estarán sometidos al régimen jurídico que exige la ley, podrán ser prestados por el Estado, directa o indirectamente, por comunidades organizadas, o por particulares. En todo caso, el Estado mantendrá la regulación, el control y la vigilancia de dichos servicios...".

Por su parte el artículo 367 del mismo Estatuto Superior consagra:

“La ley fijará las competencias y responsabilidades relativas a la prestación de los servicios públicos domiciliarios, su cobertura, calidad y financiación y el régimen tarifario que tendrá en cuenta además de los criterios de costos, los de solidaridad y redistribución del ingreso”.

Básicamente sobre estos postulados se fundamentó la Ley 142 de 1994.

Es la misma Ley 142 la que determina y precisa en su artículo 31 que el régimen jurídico aplicable en materia contractual es el privado, pues remite al párrafo 1º del artículo 32 de la Ley 80 de 1993.

Y agrega el inciso 2º ibídem que “Las Comisiones de Regulación podrán hacer obligatoria la inclusión, en ciertos tipos de contratos de cualquier empresa de servicios públicos, de cláusulas exorbitantes y podrán facultar, previa consulta expresa, que se incluyan en los demás...”, cabe anotar que al incluir estas cláusulas exorbitantes (interpretación, modificación y terminación unilaterales, así como la caducidad), los conflictos que se susciten respecto a ellas y sólo a ellas serán dirimidos por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, es esa la interpretación correcta del referido artículo.

Así de igual forma, la Ley 143 de julio 11 de 1994 o Ley Eléctrica, “Régimen para la generación, interconexión, transmisión, distribución y

comercialización de electricidad en el territorio nacional”, en su artículo 76, establece que los actos y contratos de estas empresas se registrarán por el derecho privado con excepción únicamente de los contratos de empréstito.

Los actos y contratos que se rigen por el derecho público en estas empresas contenidos en la misma Ley 142 son:

- Los actos originados en el contrato de servicio público domiciliario (empresa - usuario), la negativa a celebrar dicho contrato, los actos que ordenan la suspensión, terminación o corte del servicio y los relacionados con la facturación, pues todos ellos son actos administrativos impugnables mediante recursos en vía gubernativa (reposición y apelación) artículos 138 y 154 de la Ley de Servicios Públicos.
- Como atrás se enunció también los contratos a los cuales se les incluyan las cláusulas exorbitantes, con lo que se volvió al antiguo régimen de contratación, Decreto 222 de 1983, pues sus conflictos se dirimen ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa, se rigen por el derecho público.
- Las empresas de servicios públicos domiciliarios fueron dotadas de derechos, privilegios y prerrogativas de autoridad pública con miras

a garantizar la continuidad, eficiencia y eficacia en la prestación de servicios y al tener tal connotación sus actos y contratos son regidos por el derecho público, son ellos los relacionados con la ocupación del espacio público, la ocupación temporal de inmuebles, la constitución de servidumbres y enajenación forzosa de bienes, de conformidad con el artículo 33 ibídem, así como la restitución de inmuebles en la forma prescrita en el artículo 24 ibídem.

- Teniendo posición dominante en el mercado y cuando la actividad principal sea la distribución de bienes o servicios provistos por terceros, las Comisiones de Regulación podrán exigir, se celebren previa licitación pública y el precio al por mayor, será el resultante de esta. Además la anulación judicial de un acto relacionado con estos servicios produce efectos a futuro, y así no perjudicar la prestación del servicio ni actos o contratos celebrados de buena fe.
- Por motivos de interés social y con el propósito de que la cobertura de los diversos servicios públicos, se pueda extender a las personas de menores ingresos, se podrán establecer mediante invitación pública, áreas de servicio exclusivas.
- Los contratos de concesión para el uso de recursos naturales o del medio ambiente también se rigen por el derecho público de

acuerdo a lo prescrito por el parágrafo único del artículo 39.1 del mismo Estatuto. De igual forma y referente a las expropiaciones y servidumbres se puede declarar la utilidad pública e interés social para la prestación de servicios públicos e imponer servidumbres, hacer ocupaciones temporales y remover obstáculos. Corresponde a la Nación, cuando tengan competencia determinar si se ajusta a motivos de utilidad pública e interés social que consagra la ley y producir los actos administrativos; la imposición de la servidumbre se efectuará mediante acto administrativo, cuando la Nación tenga competencia para prestar el servicio público respectivo; la extinción será por las causas previstas en el Código Civil o por lo referido en el artículo 66 del Código Contencioso Administrativo, si proviene de acto administrativo.

- Lo referente al conflicto de intereses; inhabilidades e incompatibilidades, ha que hace referencia el artículo 44, según lo dispone el 44.4, en cuanto sean pertinentes, se aplicarán las reglas sobre inhabilidades e incompatibilidades previstas en la Ley 80 de 1993, a las entidades estatales que presten los servicios públicos.

Pero más significativo resulta aún, en relación con la sujeción a las normas de derecho público, que estas empresas en materia presupuestal, es decir, para la programación, elaboración, presentación, aprobación,

modificación y ejecución de sus presupuestos, se rigen por las normas Orgánicas del Presupuesto, Decreto Ley 111 de 1996 que compila las normas de las Leyes 38 de 1989, 179 de 1994 y 225 de 1995.

En efecto, así lo dispone el artículo 5º del Estatuto Orgánico del Presupuesto:

“Las Empresas de servicios públicos domiciliarios en cuyo capital la Nación o sus entidades descentralizadas posean el 90% o más, tendrán para efectos presupuéstales el régimen de las empresas industriales y comerciales del Estado”.

Régimen que fue fijado en el Decreto Ley 115 de 1996 en cuyo artículo 1º consagra **“El presente decreto se aplica a las empresas industriales y comerciales del Estado y a las sociedades de economía mixta con el régimen de aquellas**, del orden nacional dedicadas a actividades no financieras y aquellas entidades del orden nacional que la ley les establezca para efectos presupuéstales el régimen de las empresas industriales y comerciales del Estado. En adelante se denominarán empresas en este Decreto”. (negrillas fuera del texto)

Pues bien, los normativos presupuéstales ante citados ocupan en la escala Kelseniana un sitial privilegiado por cuanto se ubican por encima de las Leyes y Decretos con fuerza de ley, guardándole obediencia solo a la Norma de Normas. Esto implica que la Ley de Servicios Públicos

Domiciliarios, 142 de 1994, en su calidad de ordinaria, no puede contrariar las normas presupuestales por encontrarse subordinada a ellas.

En este orden de ideas, se puede entrar a establecer una serie de diferencias y caracterizaciones entre estos dos regímenes y que dan como un aspecto a resaltar que esa determinación de la última Ley en referencia, la 689 de 2001, en el sentido de que sin importar la clase de entidad prestadora de servicios públicos domiciliarios, aquellas se regirán, en cuanto hace referencia a la celebración de contratos, por el derecho privado. Este concepto de regirse por el derecho privado, da a esta clase de empresas en cuanto a la contratación, y con relación al derecho público, una ventaja.

Dentro de las características especiales de la Ley 80, de algunas de estas ya se efectuó un comentario en el capítulo referente a los contratos de la Administración, ésta clase de requisitos, son obviados en la contratación privada o entre particulares, es por eso que a manera de ejemplo, se hará una especie de síntesis o comparación con base a las ventajas que ofrece la contratación privada con relación a la pública en algunos de los contratos más usados en esta clase de empresas.

Mírese por ejemplo, en el caso del contrato de obra pública que dentro de la Ley 80 de contratación administrativa se exige en primer término que se efectúe una licitación pública, dependiendo del presupuesto de la entidad contratante, y cuando se ejecute en forma directa este deberá por lo menos presentar dos cotizaciones, todo esto en procura de tener presente la mejor y más adecuada oferta de los oferentes, otro aspecto es que para la formalización de los mismos se requiere la existencia de la disponibilidad presupuestal, de igual forma cuando se logre acuerdo entre el objeto y el precio este debe elevarse a escrito y en caso de pactarse anticipo o una nueva adición, estas no deben superar el cincuenta por ciento (50%) del valor total del contrato, ya en el caso del régimen privado, en principio se debe tener en cuenta que en primera instancia opera la consensualidad de las partes, o sea el acuerdo de las mismas sobre el precio, el plazo y el objeto a realizar, pero todo aquello sin los formalismos del Estatuto de Contratación y la actuación contractual será directa y como una especie de principio de transparencia y en procura del beneficio económico de la entidad, se verificará la mejor oferta observando los precios actuales del mercado para el desarrollo del contrato, no solicitando cotizaciones como formalización del mismo ni como aspecto obligatorio para su celebración, además sus anticipos y adiciones son libres para las partes. Es conveniente resaltar que en un principio operaba como facultad única para el Estado el incluir en forma

obligatoria dentro del cuerpo del contrato las cláusulas excepcionales o exorbitantes que no procedían dentro del derecho privado, pero que para estas empresas de servicios públicos fueron autorizadas mediante la Resolución 01 de mayo 18 de 1995, con algunas restricciones. Como se puede inferir, claramente se ve más facilidad en la contratación privada por tener menos formalismos, y el no estar sujeto a estos, da evidentemente más agilidad en la formalización de los contratos y más en estos de obra pública donde el que generalmente se beneficia es el pueblo o usuario. Lo anterior no quiere decir que una entidad prestadora de servicios públicos no tenga en cuenta para un mejor desarrollo de la entidad tener presente algunos aspectos de los tenidos en cuenta para la contratación pública.

Otro contrato frecuentemente utilizado por esta clase de empresas y que son necesarios para el correcto desarrollo del objeto social es el de transporte, en este sentido a parte de la libertad que da la contratación privada, existe la Ley 336 de diciembre 20 de 1996, por la cual se adopta el Estatuto Nacional de Transporte, donde los parámetros que indica esta normatividad deben ser acogidos por las empresas de servicios públicos domiciliarios según la Circular 024 de mayo 4 de 1999 del Ministerio de Transporte.

Igualmente, se debe tener en cuenta los contratos que las entidades prestadoras de servicios públicos domiciliarios, celebran con estamentos financieras o similares para el recaudo de las facturas de los usuarios de las mismas, estas son pactadas mediante porcentajes que se descontarán de la totalidad de lo recaudado.

En cuanto al régimen de sus empleados, para estas empresas de servicios públicos domiciliarios, llámese privadas o mixtas, aquellos tendrán el carácter de trabajadores particulares y estarán sometidos a las normas del Código Sustantivo del Trabajo y a lo dispuesto en la Ley 142. En este aspecto, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, en consulta bajo radicación 1192 de agosto 5 de 1999, dispone que en las empresas mixtas o privadas, tienen el carácter de trabajadores particulares y están sometidas al Código Sustantivo del Trabajo; en las industriales y comerciales del Estado, es el de trabajadores oficiales y el de las oficiales, su calidad será de servidores públicos, lo que también demuestra otra especialidad o diferencia de estas entidades dentro del desarrollo de su objeto social.

Estos son, entre otros, algunos aspectos que hacen que se tengan o presenten diferencias entre estos dos sistemas tan fundamentales de contratar por medio del derecho público o el privado, teniendo este último

muchísimo más facilidades para todos los efectos contractuales y donde la voluntad de las partes para la celebración de un acto esta avocada en la presencia de menos formalismos que hacen por ende más ágil el negocio entre las partes.

Es más, como especie de conclusión y como hecho relevante, hace algún tiempo las EPM de Medellín necesitó comprar unos elementos para prestar un mejor servicio en telecomunicaciones y tecnológicamente competir con otras entidades de su especie, y mientras ésta llenaba los requisitos precontractuales requeridos por el Estatuto Contractual para la formalización y legalización del mismo, la otra empresa que se regía por el derecho privado ejecutó el contrato con más rapidez y menos formalismos.

4.3. CONCEPTOS JURISPRUDENCIALES

Jurisprudencialmente, se tiene una conclusión, fechada en febrero 3 de 1995 del Honorable Consejo de Estado³⁰, donde dicha corporación decide absolver consulta del señor ministro de telecomunicaciones y donde entre otras estipula al final que:

1. El acceso al aspecto electromagnético para el servicio público de telecomunicaciones puede otorgarse mediante licencia o contrato de concesión, de conformidad con la Ley 80 de 1993 y los artículos 22, 25 y 39, numeral 1º de la Ley 142 de 1994.
2. El artículo 31 de la Ley 142 de 1994 subrogó parcialmente el artículo 38 de la Ley 80 de 1993 y es aplicable a los contratos que la empresa Nacional de telecomunicaciones celebre con el objeto específico de prestar los servicios domiciliarios que le correspondan.
3. El contrato de servicios públicos, incluido el servicio de larga distancia Nacional e Internacional, esta reglado por los artículos 128 y siguientes de la Ley 142 de 1994.

Teniendo en cuenta las consideraciones de la sala en principio, y acatando lo respondido, no fue mucho la claridad que en este caso se dio, lo anterior por que es cierto y evidente que este tema de las telecomunicaciones hay apartes específicos en la Ley 80, que tiene en

³⁰ GACETA JURISPRUDENCIAL. Telecomunicaciones. Acceso al espectro electromagnético. Prestación de servicios domiciliarios. Contrato de Servicios Públicos. M.P. Dr. Humberto Mora Osejo. Revista Mensual No. 25. Marzo de 1995.

cuenta este aspecto, por lo tanto es apreciada conforme al estatuto y al régimen de la entidad o sea empresa industrial y comercial del Estado.

En otra consulta radicada bajo el número 704 y con ponencia del doctor Roberto Suárez Franco del consejo del estado, de julio 19 de 1995, había una serie de temas entre los cuales estaban:

1. Personas prestadoras y régimen de contratación
2. Régimen laboral de los trabajadores vinculados a empresas de Servicios Públicos Domiciliarios.
3. Régimen tributario aplicable

Al tema que más nos interesa la sala anotó: El régimen aplicable en la celebración de contratos cuyo objeto sea la prestación de servicios por parte de las personas prestadoras de servicios públicos, es el de derecho privado, con las salvedades que dispone la Ley 142 de 1994, respecto del contrato de concesión en cuya celebración puede acogerse lo dispuesto en la Ley 80 de 1993 en los términos y condiciones analizados.

Con relación a la consulta anterior, el aspecto es claro en cuanto al concepto que dicta este al anotar que la contratación se rige por el derecho privado con la excepción anotada.

Sea de paso mencionar, que este concepto rige para todas las personas que según el artículo 15 de la Ley 142 de 1994, pueden prestar los servicios públicos y así mismo resaltar según lo afirma el doctor Hugo Palacios Mejía, que en las versiones iniciales del proyecto de ley que se convirtió en el Régimen de Servicios Públicos Domiciliarios se contemplaba la posibilidad de que las juntas de acción comunal o entidades sin ánimo de lucro prestarán los servicios públicos. Pero el proyecto sufrió cambios en el Congreso, como es usual, y se mutiló la posibilidad aludida. Sin embargo, sobrevivió, en forma aislada, una de las reglas que se habían previsto para habilitar a aquellas entidades a prestar servicios públicos, y es la que aparece hoy en el numeral 15.4 de la Ley, según el cual también pueden prestar servicios públicos "Las organizaciones autorizadas conforme a esta ley para prestar servicios públicos en municipios menores en zonas rurales y en áreas o zonas urbanas específicas." Y como también lo afirma el doctor Hugo Palacios Mejía, ninguna norma en la ley autoriza a organizaciones distintas de las aludidas en los otros numerales del artículo 15 para prestar servicios. Por lo tanto, infortunadamente, el numeral 15.4 no parece capaz de producir efecto alguno de importancia, ni de beneficiar, como se pretendía, a los usuarios de las zonas rurales. El artículo 20 de la Ley 142 contiene reglas especiales para ciertas empresas que han de operar en municipios menores y zonas rurales, pero es claro que no se refiere a organizaciones distintas de las empresas.

Como corolario de lo anterior, y teniendo en cuenta como entidades sin ánimo de lucro las organizaciones no gubernamentales (ONG), cuando aquellas presten los servicios públicos domiciliarios se regirán, en lo que se refiere a sus actos y contratos, por lo establecido en las normas para las otras personas prestadoras del servicio establecidas en el Régimen; lo anterior acatando lo dispuesto en el Estatuto Tributario y demás Leyes y Decretos reglamentarios, Además, en consulta efectuada a la Superintendencia de Servicios Públicos, éstas tienen vigilancia sobre estas organizaciones que presten servicios públicos domiciliarios.

Mediante la sentencia C-066-97, la Corte Constitucional³¹ con fecha 11 de febrero de 1997, en razón de la acción pública de inconstitucionalidad contra los artículos 24 (parcial), 30, 31, 32 (parcial), 35 (parcial), 37, 38 (parcial) y 39 (parcial) de la Ley 142 de 1994, apreció varios aspectos que tienen que ver con la contratación de estas entidades y en resumiendo temas que al respecto, simplemente el constituyente dejó en manos de la ley sin tener en cuenta su pertenencia a un régimen de derecho público o privado, la fijación de las competencias y responsabilidades relativas a la prestación de tales servicios, su cobertura, calidad, financiación, tarifas, etc. Luego, el legislador el uso de la facultad constitucional consagrada en los artículos 365 y 367 de la Carta, expidió en el año de 1994 la Ley 142 y

³¹ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-066-97. Sala Plena. M.P. Dr. Fabio Morón Díaz. Bogotá. Febrero 11 de 1997.

entrego a las normas que regulan la conducta de los particulares la forma de actuar y contratar de las empresas prestadoras de los servicios tantas veces citados, sin transgredir con ello la Normatividad Superior.

No desbordó el legislador la competencia dada por el constituyente para expedir el Estatuto General de la Contratación de la Administración Pública, toda vez que el régimen de contratos organizado en la Ley 142 de 1994 no es de la administración, si no de los servicios públicos domiciliarios que pueden ser prestados bien por ella, bien por sus sociedades por acciones, personas naturales o jurídicas privadas, organizaciones y entidades autorizadas, entidades descentralizadas, entre otras, entonces, la Ley 80 de 1993 no podía cubrir a todas las personas en posibilidad de prestar los servicios públicos domiciliarios, por ello fue necesario dictar una reglamentación especial sobre la materia.

Por lo demás, los conceptos emitidos por la Corte, dan a entender que la Ley 142 debe regirse por el derecho privado debido a su régimen especial y excepcionalmente por la Ley 80, con bases en las excepciones establecidas normativa y legalmente.

La Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, en cuanto a las empresas de servicios públicos y referente al régimen de sus actos y contratos y

resolviendo un recurso de aplicación por demanda en una actuación contractual que involucra a la empresa industrial y comercial del estado TELEHUILA S.A. (Empresa de Telecomunicaciones del Huila S.A.) hizo apreciaciones a la contratación como por ejemplo que la Ley 142, aparentando someterse a los esquemas de la Ley 80 y aduciendo concordancia con esta, se separo de la misma y consagro un sedicente régimen propio de derecho privado, aplicable a todos los actos y contratos de las E.S.P.D. (artículo 32), cuando en realidad, como se explicara mas adelante, frente al contrato de servicios públicos (artículo 128 y 55) el régimen es mixto (de derecho privado y público), con aspectos reglamentarios bastante bien definidos de obligatorio acatamiento.

Conforme a lo previsto en el articulado pertinente, el legislador parece quiso, que la actividad contractual de las empresas prestadoras del servicio y algunas de sus actos estuvieron gobernados en principio por el derecho privado y por lo estipulado en dicha ley. **Así ese derecho formalmente quedo como la regla general y el público administrativo como excepcional.**

Finalmente, y pese a la insistencia de la Ley 142 en el sentido de señalar el derecho privado como el aplicable en los actos y contratos de la E.S.P.D.,

cabe recordar que dichas empresas tienen derechos y prerrogativas de centralidad pública propia del derecho público. (negrillas del texto).

En síntesis, pueda aceptarse que pese a la insistencia de la ley en el sentido de que los actos y contratos de todas las E.S.P.D., estarán sometidos al derecho privado, la realidad que muestra la interpretación armónica de la ley en concordancia con la carta es otra, porque:

- a. El régimen jurídico del contrato de servicios públicos, nunca será puro, mas bien de derecho mixto.
- b. Las E.S.P.D., fuera de expedir actos privados puedan expedir también actos administrativos, así sean particulares.

El doctor Libardo Rodríguez R.³², en un comentario sobre el régimen de contratos estipula:

“Para la actividad contractual, el régimen jurídico depende de que el servicio público sea prestado por una entidad pública, una persona privada o una persona de naturaleza mixta.

En efecto, si el servicio es prestado por una entidad pública o estatal, su régimen será el previsto en el estatuto de contratación para la administración pública, contenido actualmente en la Ley 80 de 1993, según lo establecido en los artículos 1º, 2º y 32 de dicho estatuto. A estos contratos se aplican las normas especiales para ellos consagradas y en lo no previsto de manera especial se rigen por las normas civiles y comerciales.

Por el contrario, si el servicio es prestado por una persona privada, sus contratos serán igualmente de carácter privado, sometidos a las normas propias establecidas para ellos en el Código Civil, en el Código de Comercio o en las normas especiales que se dicten para el respectivo tipo de contrato.

A su vez, si el servicio es prestado por una entidad de carácter mixto, el estatuto contractual de la administración pública consagra una solución que depende de la proporción de la participación estatal en la respectiva entidad, así, si esa participación es superior al cincuenta por ciento, los contratos serán estatales y estarán sometidos a este estatuto, de donde resulta que si la participación estatal es igual o inferior al citado porcentaje, los contratos serán de naturaleza privada y estarán sometidos al régimen civil y comercial como los contratos de los particulares”.

4.4. EL CONTRATO DE SERVICIOS PÚBLICOS

Como comentario especial y no dejarlo pasar por alto, en cuanto al contrato de servicios públicos, también llamado de condiciones uniformes, está reglado por este Régimen el capítulo VIII, el contrato de servicios públicos y a su vez se subdivide en siete capítulos a saber:

- Capítulo I- Naturaleza y características del contrato, este está compuesto por los siguientes artículos.

³² RODRÍGUEZ R., Libardo. Op. Cit. P.419.

Artículo 128.- Contrato de servicios públicos

Artículo 129.- Celebración del contrato

Artículo 130.- Partes del contrato.

Artículo 131.- Deber de informar sobre las condiciones uniformes

Artículo 132.- Régimen legal del contrato de servicios públicos.

Artículo 133.- Abuso de la posición dominante; este artículo dispone o consta además, si me es permitido el término, de veintiséis (26) subartículos.

- Capítulo II- De la prestación del servicio, contentivo del siguiente articulado.

Artículo 134.- Del derecho de los servicios públicos domiciliarios.

Artículo 135.- De la propiedad de las conexiones domiciliarias.

- Capítulo III- El cumplimiento y la prestación del servicio que comprende estos artículos.

Artículo 136.- Concepto de falla en la prestación del servicio.

Artículo 137.- Reparaciones por falla en la prestación del servicio. Esta se compone de tres (3) subartículos.

Artículo 138.- Suspensión de común acuerdo.

Artículo 139.- Suspensión en el interés del servicio; con dos (2) subartículos.

Artículo 140.- Suspensión por incumplimiento.

Artículo 141.- Incumplimiento, terminación y corte del servicio.

Artículo 142.- Reestablecimiento del servicio.

Artículo 143.- Verificación del cumplimiento.

- Capítulo IV- De los instrumentos de medición del consumo y los artículos:

Artículo 144.- De los medidores individuales.

Artículo 145.- Control sobre el funcionamiento de los medidores.

- Capítulo V- De la determinación del consumo facturable, con el artículo:

Artículo 146.- La medición del consumo, y el precio en el contrato.

- Capítulo VI- De las facturas y que lo componen:

Artículo 147.- Naturaleza y requisitos a las facturas.

Artículo 148.- Requisitos de las facturas.

Artículo 149.- De la revisión previa.

Artículo 150.- De los cobros inoportunos.

Artículo 151.- Las facturas y la democratización de la propiedad de las empresas.

- Capítulo VII- Defensa de los usuarios en sede de la empresa, con este artículo:

Artículo 152.- Derecho de petición y de recursos.

Artículo 153.- De la oficina de petición y recursos.

Artículo 154.- De los recursos.

Artículo 155.- Del pago y de los recursos.

Artículo 156.- De las causales o trámite de los recursos.

Artículo 157.- De la asesoría al suscriptor o usuario en el recurso.

Artículo 158.- Del término para responder al recurso.

Artículo 159.- De la notificación de la decisión sobre peticiones y recursos.

Como se observa, los artículos 128 y siguientes del presente régimen, regulan el contrato entre usuario del servicio público y la correspondiente entidad prestataria del mismo. Debe agregarse y tenerse en cuenta, que los contratos para servicios de telecomunicaciones de larga distancia nacional e internacional tiene una forma adicional de terminación al régimen privado, según se aprecia en el inciso 3º del artículo 128.

Así pues, se observa como un aspecto original y de gran efecto en la Ley 142, que consiste en reconocer que, en la medida en que estas empresas dejan de actuar como órganos de administración y pasan a comportarse como entes privados en un régimen de competencia, sus relaciones con los usuarios no pueden analizarse como si surgieran de reglamentos obligatorios, sino que deben considerarse como expresión de un contrato.

Según el doctor Hugo Palacios Mejía, este contrato, como todos los otros típicos y nominados, ha sido objeto de una regulación detallada en la ley; pero este hecho no debe conducir a la conclusión equivocada y a veces presente en la jurisprudencia, según la cual la relación entre el prestador y el usuario es, en parte, reglamentaria y en parte contractual.

Como referencia a tener en cuenta, se puede agregar que la ya citada Ley 689 de agosto 28 de 2001, modificó los artículos 130, 140 y 159.

5. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES.

En el Estado tradicional se distinguen tres clases de entidades descentralizadas, a saber: los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del estado y las sociedades de economía mixta esta estructura orgánica se mantuvo hasta el surgimiento de la Ley 100 de 1993 y la Ley 142 de 1994, que crearon las Empresas Sociales del Estado (E.S.E.) y las Empresas de Servicios Públicos Domiciliarios (E.S.P.D.) respectivamente, dotándolas de un régimen jurídico propio que las diferencia de aquellas.

No cabe duda que la Ley 80 de 1993, tuvo entre sus más grandes avances y que en algún momento se destacó, lo concerniente a la universalidad que lo acompañaba. Debido a una inadecuada comprensión del estatuto y al preocupante desorden legislativo, a los pocos meses se empezaron a expedir disposiciones que exceptúan la contratación de ciertas entidades del ámbito de la Ley 80, y acá podríamos resaltar el Régimen de Servicios Públicos aplicado a las entidades que lo prestan y hoy, de pronto al igual que antes, el estatuto se les aplica por excepción. Pero no es ese el mayor problema, sino que bajo el punto de la competencia, muchas entidades con regímenes especiales caracterizados por la aplicación del derecho privado, han dejado de lado los postulados que la ley regula pero que

ante todo desarrollan claros e ineludibles mandatos constitucionales, lo que ha producido verdaderos horrores y funestas consecuencias. Pareciera que en su opinión el derecho público fuera contrario a sus intenciones comerciales y obstáculo de sus iniciativas.

Aquellos dos nuevos regímenes, nacieron gracias a la Constitución de 1991, y en materia contractual si bien la Ley 80 de 1993 creó una categoría única (el contrato estatal), en la práctica regló dos especies o tipos contractuales diferenciados. De un lado, los contratos estatales propiamente dichos regidos en un todo por la aceptada ley; y de otro, los especiales regulados en los artículos 32, par. 1º, 34, 35 y 76 con su régimen propio.

Pero teniendo en cuenta como lo añade la Sala de lo Contencioso Administrativo, el legislador ha venido creando con posterioridad otros regímenes especiales por fuera del esquema general trazado por el citado Estatuto. Es así como se observa en el caso de la Ley 100 de 1993 al crearse el régimen aplicable a las E.S.E. que señala en su artículo 195, numeral sexto, que en cuanto a la contratación esta sería de carácter privado, con la posibilidad de incluir en los contratos discrecionalmente las cláusulas exorbitantes previstas en la Ley 80.

La Ley 142 de 1994 se inspiró, siendo los servicios públicos el termómetro que mide el grado de desarrollo de una comunidad, dependiendo de su calidad, cantidad, eficiencia y continuidad en el propósito de lograr el mejoramiento de vida de todos los habitantes, entendidos aquellos como una especie del género servicio público que pretende satisfacer las necesidades más básicas de los asociados, ocupando un alto nivel de importancia dentro de las tareas y objetivo que componen la gestión estatal, como finalidad social del Estado, tratando de eliminar las abismales desigualdades al existir muchos departamentos y cientos de municipios en todas las necesidades básicas insatisfechas, es decir, carecen de agua, alcantarillado, telefonía y luz; por que indudablemente, una ineficiente prestación de los servicios públicos pueden acarrear perjuicios para derechos fundamentales como la vida, la integridad personal, la salud entre otras.

Podemos entonces afirmar, que el rompimiento con el régimen contractual público por la E.S.P.D. tuvo como justificación la promoción de la libre competencia, pues quiso el legislador liberar de cualquier tipo de atadura a estas empresas, dotándolas de todos los medios y mecanismos para su desarrollo en un escenario de libre competencia.

En la misma Ley 142 la que determina y precisa en su artículo 31 que el régimen jurídico aplicable en materia contractual es el privado, pues nos remite al párrafo 1º del artículo 32 de la Ley 80 de 1993.

Muestra este artículo, de primer intento, una curiosa forma de concordancia entre las Leyes 80 y 142, ya que so pretexto de lograrla, ésta dispuso precisamente todo lo contrario, lo que en sí quiere decir que la remisión a este artículo, es confusa y desorientadora por que permite concluir contra varios aspectos, que la actividad relacionada con los servicios públicos domiciliarios no estará regida por el Estatuto General de Contratación para el contrato estatal, ni por el derecho público, sino por el derecho privado, con la salvedades que la misma Ley 142 prescribe, entre las cuales puede citarse el inciso segundo de su artículo 31, que dispone que cuando la Comisión de Regulación haga obligatoria la inclusión de cláusulas exorbitantes en ciertos contratos, lo relativo al las mismas se regirá por la Ley 80; pero la unificación de criterios que se han venido observando, por así llamarlo, la entidad vigilante de estas empresas, en este caso la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios (S.S.P.D.), por medio de una de sus comisiones, Comisión de Regulación de Agua Potable (CRAP) expidió la Resolución 01 de mayo 18 de 1995, por la cual se establecen reglas para la inclusión de cláusulas exorbitantes en los contratos de las entidades prestadoras de servicios públicos domiciliarios

de acueducto, alcantarillado y aseo, que con algunas restricciones permite la inclusión en algunos actos y contratos de las diferentes cláusulas excepcionales (sutilmente mencionadas en el párrafo segundo del artículo 31 de la Ley 142), que antes eran de uso casi exclusivo de la Ley 80.

La normatividad anterior fue derogada por la misma Comisión mediante la Resolución CRA – 151 – 2001, de enero 23 de 2001, Regulación Integral de los Servicios Públicos de Acueducto; Alcantarillado y Aseo, la misma tiene por objeto principal, integrar y unificar la regulación expedida por la Comisión de Regulación de Agua Potable y saneamiento Básico, dentro de ella se aprecia en la Sección 1.3.2, el Régimen Contractual de las personas prestadoras, advirtiendo que salvo las excepciones previstas en la misma ley, su régimen es el privado; además en la sección 1.3.3 ratifica la incorporación de las cláusulas exorbitantes o excepcionales y en las secciones subsiguientes se aprecian temas como promoción de la competencia, concurrencia de oferentes y balance en los mecanismos del control de gestión y resultados, estos como los más relevantes en materia contractual, todos ellos dentro del Título I, Disposiciones Generales, Capítulo 1 Ámbito de Aplicación y objeto, Sección 1.1.1.

Teniendo en cuenta otras normatividades, es bueno resaltar la Ley 489³³, de diciembre 29 de 1998, que en su artículo 84 y haciendo referencia al régimen contractual de las empresas oficiales de servicios públicos establece:

“Las empresas oficiales de servicios públicos domiciliarios y las entidades públicas que tienen por objeto la prestación de los mismos se sujetarán a la Ley 142 de 1994, a lo previsto en la presente ley en los aspectos no regulados por aquella y a las normas que las complementen, sustituyan o adicione”

El concepto del doctor Pino Ricci en este sentido es:

“...Una interpretación adecuada de las normas transcritas conduce a que los contratos que celebren las empresas de servicios públicos, que correspondan a su giro ordinario, es decir que tengan por objeto la prestación de servicios, se regirán por las normas especiales contenidas en la Ley 142 (art. 39) y por el derecho privado, que constituye la normatividad aplicable, por regla general, a las actuaciones de estas empresas (art. 32). Se pretendió, al remitir al párrafo 1° del artículo 32 transcrito, precisar el alcance de los contratos que tienen por objeto la prestación de los servicios públicos, en el sentido de que no son exclusivamente aquellos en los que el contratista se compromete a prestar un servicio (concesión de servicios públicos), sino, además, todos aquellos que correspondan al giro ordinario de esas empresas”.

Teniendo en cuenta consideraciones jurisprudenciales en este caso y que respaldan estos conceptos veremos algunos del Consejo de Estado en la consulta radicada bajo el número 704:

³³ Por la cual se dictan normas sobre la organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional, se expiden las disposiciones, principios y reglas generales para el ejercicio de las atribuciones previstas en los numerales 15 y 16 del artículo 189 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones.

1. Del análisis de las normas a que se ha hecho referencia con anterioridad, se llega a una primera conclusión cual es la de que la Ley 142 de 1994 es de carácter especial por cuanto reglamenta lo concerniente a las actividades de los servicios públicos domiciliarios; no distingue al regular el régimen de contratación, entre las personas que pueden ser prestatarias de tales por lo cual debe entenderse que cualquier empresa que acoja la forma de sociedad por acciones puede dedicarse a la prestación de servicios públicos pero ciñéndose a los demás ordenamientos legales sobre la materia. Se prescribe además en el parágrafo del artículo 17 de la misma ley, que las entidades descentralizadas cuyos propietarios no desean que su capital esté representado por acciones, deberán adoptar la forma de Empresas Industriales y Comerciales del Estado. Se tiene también que entre las entidades que prestan servicios públicos domiciliarios se encuentran entre otras, los municipios, las entidades autorizadas para prestar servicios públicos durante períodos de transición y las entidades descentralizadas de orden territorial y nacional.
2. Por otra parte los artículos 31 y 39 de la Ley 142 contemplan, como régimen aplicable a los contratos de servicios públicos, el previsto en el derecho privado, con la salvedad del contrato de concesión sobre el acceso al *"espectro electromagnético para el servicio*

público de telecomunicaciones”, el cual puede regirse por la Ley 80 de 1993. Además el artículo 31 citado se refiere a los contratos que celebren “Las Entidades Estatales” con lo que se da a entender que se comprende también a los municipios y entidades descentralizadas (artículo 2º literal a, Ley 80 de 1993).

De igual forma, en Auto del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo³⁴, esta dispuso:

“Respecto de las empresas de servicios públicos domiciliarios que tienen naturaleza de entidades descentralizadas estatales de cualquier orden (nacional, departamental o municipal) dispone que es, en todo lo que no disponga la Constitución, el previsto en la referida Ley (inc. 2º par 1º art. 17, L.142/94).

Dicha norma prevé, que salvo en cuanto la Constitución Política o la misma ley dispongan expresamente lo contrario, la Constitución y los actos de **todas** las empresas de servicios públicos, así como los requeridos para la administración y el ejercicio de los derechos de **todas** las personas que sean socias de ellas, en lo no dispuesto en la indicada ley, se **regirán exclusivamente por las reglas del derecho privado**.

La regla precedente, consagra que la precitada normatividad, se aplicará inclusive a las sociedades en las que las entidades públicas sean parte, **sin**

³⁴ Auto de agosto 12 de 1999. M.P. Dra. María Elena Giraldo Gómez. Expediente 1646.

atender al porcentaje que sus aportes representen dentro del capital social, ni a la naturaleza del acto o del derecho que se ejerce (art. 32, incs. 1° y 2°)

En lo que atañe con los contratos que celebran las entidades estatales que presta servicios públicos **a los que se refiere esa Ley** y que tengan por objeto la prestación de esos servicios, **se regirán por el parágrafo primero del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 y por la Ley 142 de 1994**, salvo que en ésta se disponga otra cosa (L.142/94, art. 31 inc. 1°)

El parágrafo 1° del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 alude a que no se aplica esta ley, estatuto contractual, a los contratos que celebren los establecimientos de crédito, las compañías de seguros y las demás entidades de carácter estatal que correspondan al giro ordinario de las actividades propias de su objeto social.

Dicho parágrafo **se extiende**, entonces, por virtud de lo previsto en la Ley 142 de 1994 **a los contratos que celebren las empresas de servicios públicos domiciliarios, es decir, que no se les aplica a estos la Ley 80 de 1993**". (negrillas en el texto)

En cuanto a las recomendaciones, podríamos decir que sería bueno unificar criterios, basados tanto en lo establecido en el Estatuto Contractual y lo dispuesto en el Régimen de los Servicios Públicos Domiciliarios, ya que como vemos, los conceptos más claros, por decirlo de alguna forma, están marcados por premisas y estipulaciones de índole jurisprudencial; aunque no podemos dejar de lado lo dispuesto en la Ley 689 de 2001, que hace aportes a los aspectos contractuales.

De esta última normativa, vale la pena decir que no sólo en materia contractual, sino en otros, ha tenido un impacto altamente positivo, pues la misma aclaró en gran parte, no plenamente, dudas que se tenían para definir el régimen de contratación de las personas prestadoras, pudiéndose decir que unificó este aspecto en el sentido de que el régimen para los contratos que celebren dichas empresas será el privado, amén que en otros asuntos como el de las partes del contrato y en pro del usuario y/o suscriptor aclaró dudas en torno a la solidaridad en las obligaciones; aparte de los demás aspectos apreciados en la mencionada Ley.

Además se debe tener sumo celo y diligencia en el acatamiento de las disposiciones legales, so pena de incurrir en una de las responsabilidades tipificadas en la Constitución o la Ley, y si puede ser posible adoptar un

manual de contratación que dote a las diferentes empresas de criterios y políticas claras y precisas al momento de contratar, el mismo podría contener algunos aspectos como los siguientes:

- **Justificación del contrato.** (concepto técnico y la conveniencia).
Todo contrato debe tener por finalidad cumplir los fines sociales de la empresa, los planes sectoriales de desarrollo y el Plan estratégico adoptado. Amén del beneficio general sobre el particular.
- **Cuantificación del contrato, valoración del mismo y determinación de precios unitarios.** Es la empresa la que debe determinar qué es lo que va a contratar, cuánto va a contratar y cuánto cuesta la obra a contratar. Hasta el momento el contratista ha cuantificado y valorado el contrato e incluso ha determinado los precios con el interventor, no debe ser así, además esto puede propiciar adiciones escandalosas que superen el 100% del valor inicialmente pactado.
- **Selección objetiva del contratista.** De acuerdo con las características de la obra y el valor de la misma, solicitar, ofertas y cotizaciones.
- La única manera de efectuar una contratación conveniente para la empresa es solicitando varias cotizaciones pues sin elementos comparativos no puedo demostrar la transparencia, la economía y

la objetividad y demás principios rectores en la Ley 80, que pueden adoptarse dentro del derecho privado.

- **Determinación y adopción de variables que permitan escoger la propuesta más favorable, técnica y económicamente para la empresa.** Mínimo cinco. (valor, experiencia, calidad, cantidad, seguridad, responsabilidad y otras).
- **Inclusión de las cantidades de obra en el texto del contrato.** Los ítems, cantidades y valores unitarios de la obra deben estar incorporados en el contrato, cuando excepcionalmente por motivos de conveniencia se presenten por separado, deben cumplir ciertos formalismos que den certeza sobre la obra a realizar, el oferente, el contratante y su aceptación, entre otras.
- **Expedición de la reserva presupuestal y registro de la misma.** Previa la legalización del contrato, en acatamiento a las disposiciones presupuestales vigentes, cuando estas deban ser acatadas.
- **Para la ejecución del contrato.** Los anticipos no deben superar el 50% del valor total del contrato y sólo se entregaran una vez este legalizado e impartida la orden de iniciar labores al contratista, mediante la firma del acta respectiva y estén constituidas las diferentes garantías que se hubiesen solicitado.

- **Determinar criterios para la contratación de Interventorías.** No todos los contratos la ameritan, la dependencia respectiva debe intervenir para evitar mayores costos de los contratos, pues se incrementan hasta en un 8% aproximadamente.
- **Determinar criterios para efectuar las adiciones.** En una empresa con una adecuada planeación, programación y estudio de las obras a realizar - las anteriores políticas pueden ayudar - no tienen justificación las adiciones en plazo, cantidad y valor. Sólo existe excusa legal cuando se presenten imprevistos o por fuerza mayor o caso fortuito, pero en todo caso estas adiciones no deben superar el 50% de lo estipulado en el contrato inicial.
- **Elaboración del acta de liquidación.** Con las especificaciones de las cantidades, anticipos, actas parciales y los saldos finales a pagar y de todas las novedades que se presenten en la ejecución del contrato.

Este procedimiento puede redundar en beneficio de las diferentes empresas y de todos los usuarios y particulares en general, al tiempo que permitirá la más eficiente competencia en los diferentes actos de contratación de estas entidades prestatarias de servicios públicos domiciliarios. Y es que todas estas normas, en favor de dar claridad a la

contratación para estas empresas tiene como uno de sus más grandes propósitos, por así decirlo el de la competencia leal y equitativa de las mismas en pro de presentar mejores servicios hacia cada de los usuarios, y que todas las empresas independientemente de su régimen este en igualdad de condiciones para competir.

Con base en todo lo anterior, se concluye que efectivamente los actos y los contratos de las empresas de servicios públicos domiciliarios son privados y están sometidos, por regla general, al derecho privado, siendo las razones expuestas suficientes para llegar paralelamente a la conclusión de que el régimen de contratación, aplicable a las personas prestadoras de servicios públicos, incluyendo a los municipios y a las entidades descentralizadas cuyo objeto a contratar sea la prestación de uno de dichos servicios, es el previsto como lo dijimos en el derecho privado, con la excepción de la misma Ley 142 y del contrato de concesión, en la forma ya expresada. Los contratos especiales enunciados en el artículo 39 de la presente ley estarán sujetos al derecho privado, salvo el señalado en el artículo 39.1 que estará sometido al derecho público y a la jurisdicción administrativa.

Debe también resaltarse que la plurimencionada Ley 142 de 1994 no es ajena a las normas de derecho público y que por el contrario son numerosas las actuaciones reguladas por estos postulados, justificados

plenamente por cuanto es por ortodoxia el Estado el responsable de la efectiva prestación de los servicios, ratificado como uno de sus fines esenciales en el artículo 365 de la Carta Política de 1991.

Por ser esta mixtura permitida por la ley, no se opone ni excluye la aplicación de las diferentes disposiciones generales, constitucionales y legales para el mejor desarrollo de los actos y así coadyuvar en la unificación clara, certera y equitativa de las diferencias que se puedan ir presentando en la actividad contractual, esto respaldado por la jurisprudencia, la doctrina y los principios generales del derecho, tomados estos como criterios auxiliares de las actividades legales.

BIBLIOGRAFÍA

BETANCUR CUARTAS, Jaime. Nuevo Estatuto General de la Contratación Administrativa: Decretos Reglamentarios, jurisprudencias y conceptos del Consejo de Estado. 6º. Ed. Biblioteca Jurídica DIKE. Medellín. 1995. p. 306-307.

BETANCUR JARAMILLO, Carlos et al. Comentarios al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. 1º. ed. Librería Jurídica Sánchez R. Ltda. Medellín. 1994. p. 156, 157, 216.

CABANELAS DE TORRES, Guillermo. Diccionario Jurídico Elemental. 1º. ed. Editorial Heliasta S.R.L. Buenos Aires. 1979. p. 70-74, 293, 317.

GARCÍA-PELAYO Y GROSS, Ramón. Pequeño Larousse Ilustrado: Edición exclusiva para Colombia. p. 271, 753.

GIRALDO GÓMEZ, María Elena y GONZÁLEZ CERÓN, Nubia. Diccionario Jurídico: XXIII años de evolución jurisprudencial 1958-1981, Consejo de Estado de Colombia. Biblioteca Jurídica DIKE. Medellín. 1982. p. 623-624.

GUILLIEN, Raymond y VINCENT, Jean. Diccionario Jurídico. Editorial Temis S.A. Bogotá. 1986. p. 99, 353.

JEZE, Gastón. Principios Generales del Derecho Administrativo. Editorial de Palma. Buenos Aires. 1948. p. 4, 26.

LA PATRIA. Al Derecho: Consejos legales. Manizales, 1997. p. 1 (fascículo no.7)

MADRID MALO G., Mario. Ciencia Jurídica: Diccionario básico de términos jurídicos. Fondo Editorial Legis. Santafé de Bogotá. 1994. p. 123-124, 476.

MONEDERO GIL, José Ignacio. Doctrina del Contrato del Estado. Fabrica Nacional de Moneda y Timbre. Madrid, España. 1977.

OSORIO, Manuel. Diccionario de Ciencias Jurídicas Políticas y Sociales. Editorial Heliasta S.R.L. Buenos Aires. 1981. p. 167, 704.

PALACIOS MEJÍA, Hugo. El Derecho de los Servicios Públicos. Derecho Vigente S.A. Santafé de Bogotá. 1999. p. 6, 180.

PINO RICCI, Jorge. Régimen de Contratación Estatal. 1ª. ed. Universidad Externado de Colombia. Santafé de Bogotá. 1996. p. 155-176.

REYES ECHANDÍA. Derecho Penal: Parte general. Editorial Temis. Santafé de Bogotá. 1987. p. 87.

RODRÍGUEZ R., Libardo. Derecho Administrativo General y Colombiano. 8ª. ed. Editorial Temis S.A. Santafé de Bogotá. 1995. p 318, 419.

SOLANO SIERRA, Jairo Enrique. Contratación Administrativa: Ley 80 de 1993. Ediciones Librería del Profesional. Santafé de Bogotá. 1994. p. 93-94, 81-89.

UNIVERSIDAD DE MANIZALES. Núcleo de Investigaciones Socio-Jurídicas. Manizales: Consultorio Jurídico, 1994 (ITER, Libreta del diálogo académico; nos. 4 y 5)

VALENCIA ZEA, Arturo. Derecho Civil Tomo III: De las obligaciones. 6ª. ed. Editorial Temis. Bogotá. 1982. p. 51-52.