

DERECHO ADMINISTRATIVO DE LA LIBERTAD  
TRANSFORMACIONES DEL 'DERECHO DE LOS SERVICIOS  
PÚBLICOS' Y SUBSIDIARIEDAD DE LAS 'PRERROGATIVAS  
DE PODER PÚBLICO' \*

Guillermo Sánchez Luque\*\*  
*Académico correspondiente*

*In memoriam,*  
Carlos Eduardo Sánchez Rubio  
Rómulo González Trujillo

**Resumen:** el servicio público, como monopolio oficial, ya no es la noción clave del derecho administrativo colombiano. Con la expedición de la Constitución de 1991 y de las reformas legales que la desarrollaron, se dio un paso importante en volver a la persona como centro del derecho administrativo. El monopolio y la unilateralidad estatales cedieron terreno frente a la libertad y a la autonomía de la voluntad. La primera parte estudiará los ámbitos legales donde las transformaciones constitucionales se reflejaron expresamente (régimen de los servicios públicos y contratación estatal). La segunda parte analizará los ámbitos legales pendientes de reflejar esa transformación (organización administrativa, acto administrativo y control judicial de la administración).

**Palabras clave:** derecho administrativo; servicios públicos; Estado social de derecho; monopolios públicos; función administrativa;

---

\* Escrito de toma de posesión como académico correspondiente de la Academia Colombiana de Jurisprudencia.

\*\* Profesor de derecho constitucional y administrativo del Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario y de la Pontificia Universidad Javeriana; docente de derecho económico de la Universidad Externado de Colombia. Ha sido titular del curso de Derecho administrativo de la Universidad Nacional de Colombia; actualmente es magistrado de la Sección Tercera del Consejo de Estado. Contacto: gsanchezluque@yahoo.fr

comisiones de regulación; Ley 142 de 1994; seguridad jurídica; libertad de contratación; autonomía de la voluntad; Ley 80 de 1993; Estatuto de contratación pública; principio de subsidiariedad; modernización del Estado; artículo 20 transitorio de la Constitución; Estado del Bienestar; reestructuración del Estado; leyes orgánicas; privilegio de la decisión ejecutoria; acto administrativo; dualidad de jurisdicciones; actos de autoridad y actos de gestión; tridivisión de poderes; medidas cautelares innominadas; funciones judiciales de autoridades administrativas; precedente judicial; arbitraje.

## DERECHO ADMINISTRATIVO DE LA LIBERTAD TRANSFORMACIONES DEL 'DERECHO DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS' Y SUBSIDIARIEDAD DE LAS 'PRERROGATIVAS DE PODER PÚBLICO'

**Abstract:** The public service, as an official monopoly, isn't administrative law's key concept anymore. With the adoption of the 1991 Constitution and its amendments, the individual became the center of administrative law. The Estate's monopoly and unilaterality gave way to freedom and exercise of free will. The first part will study the legal areas in which the constitutional transformations were reflected (the public services regime and public procurement). The second part will analyze the legal areas that have yet to reflect such transformation (administrative organization, administrative acts, and judicial control over the Administration).

**Keywords:** Administrative law; Public utilities; Welfare State; Public monopolies; administrative functions; Regulatory Commissions; Law 142 of 1994; Legal certainty; freedom of contract; freedom of choice; Law 80 of 1993; the Principle of subsidiarity; Estate's modernization; Transitory article 20 of the Constitution; restructuring of the Estate; Organic laws; Enforceable decision privilege; Administrative act; Jurisdiction duality; Authority acts and management acts; separation of powers; Innominate interim measure; judicial functions of administrative authorities; Judicial precedent; Arbitration.

### Introducción<sup>1</sup>

*Primero.* Por muchos años la escuela francesa del servicio público dominó el horizonte del derecho administrativo contemporáneo, gracias a la significativa obra del profesor Léon Duguit y de destacadísimos autores

---

<sup>1</sup> Agradezco muy especialmente a mis colegas Diego Rueda, Mauricio Gómez, Carolina Ávila y Pedro Torres por su invaluable colaboración en la consulta y organización de algunas de las fuentes bibliográficas, lo mismo que a María Teresa Palacio Jaramillo, Fabricio Mantilla, Laura Ospina y Max Rodríguez, por sus invaluable observaciones a este texto.

como Jèze y Bonnard, así como a los aportes decisivos de la jurisprudencia francesa de fines del siglo XIX y comienzos del siglo XX<sup>2</sup>. Según la Escuela realista de Burdeos, toda actividad del Estado –en sus diversas facetas, legislativa, administrativa y jurisdiccional– era considerada servicio público.<sup>3</sup>

Los servicios públicos eran las células que componían ese cuerpo que es el Estado<sup>4</sup>. El derecho administrativo era, pues, el derecho de los servicios públicos<sup>5</sup>. Un derecho donde la “función pública” era el medio para la realización del servicio público, con la intención de poner en acción la obra fundamental de la Administración pública.

El servicio público –su organización y gestión como monopolio público– se constituyó en la “piedra angular del derecho administrativo francés”<sup>6</sup>. Así como las “funciones” sucedieron a los “derechos” en el derecho privado, la gran transformación del derecho público fue sustituir a la soberanía por la noción de servicio público como fundamento del derecho público.

Según Duguit, el servicio público era “a la vez la consecuencia y la justificación de su mayor fuerza”. El Estado pasó a ser, entonces, un conjunto de servicios públicos<sup>7</sup>. Se impuso así un enfoque estatista, edificado a partir de un criterio orgánico o subjetivo. Para Duguit lo nuevo, en su momento, fue el lugar preferente que ocupaba la noción de servicio público en el campo del derecho público y, por ende, la transformación que –por ese camino– produjo.

<sup>2</sup> Todos aprendimos las bases del derecho administrativo en decisiones trascendentales como el *Arrêt Blanco* del Tribunal de Conflictos de Francia de 1 de febrero de 1873 y el *Arrêt terrier* del Consejo de Estado Francés, del 6 de febrero de 1903. <https://www.conseil-etat.fr/decisions-de-justice/jurisprudence/rechercher-une-decision-arianeweb>

<sup>3</sup> Léon DUGUIT, *Manuel de droit constitutionnel* (Paris: Fontemoing, 1911), 60. Y, *Traité de droit constitutionnel*, II (Paris: Fontemoing, 1909), 61.

<sup>4</sup> Roger BONNARD, *Précis de droit administratif* (Paris: Recueil Sirey, 1935), 235 y ss.

<sup>5</sup> Waline consideró esta opinión “excesiva”. Cfr. Marcel WALINE, *Traité élémentaire de droit administratif* (Paris: Recueil Sirey, 1951), 288.

<sup>6</sup> Gaston JÈZE, *Principios generales del derecho administrativo*, I (Buenos Aires: Depalma, 1949), XL.

<sup>7</sup> Léon DUGUIT, *Las transformaciones del derecho público* (Madrid: Librería española y extranjera, 1926), 85 y ss.

La ejecución de los servicios públicos era, entonces, uno de los principales cometidos estatales<sup>8</sup>. Estatización de los servicios públicos que para Escola, con el impulso de ciertas tendencias colectivistas, llegó “a exageraciones inadmisibles, convirtiéndose en un efectivo instrumento político”<sup>9</sup>. Una teoría que buscaba convertir al Estado en un suministrador de servicios públicos con la pretensión de mejorar la vida de las personas. Un derecho administrativo construido sobre un anhelo –irrealizable– de igualdad de las personas (“administrados”), y que en su búsqueda amenazó con aniquilar la libertad.<sup>10</sup>

El derecho administrativo estaba también inspirado –desde la orilla doctrinaria opuesta a la Escuela de Burdeos<sup>11</sup>– en el poder público y sus prerrogativas (*puissance publique*), es decir, en las relaciones desequilibradas, en la desigualdad jurídica, en el mando, en el *imperium*, en la jerarquía y en la superioridad del Estado. Su nota esencial, según Hauriou, era ser un conjunto de prerrogativas atribuidas a la Administración (“el régimen exorbitante”). El estudio del *pouvoir administratif* constituía el primer lugar del derecho administrativo, según la Escuela de *Toulouse*.<sup>12</sup>

*Segundo*. La Constitución de 1991 alteró drásticamente esa noción clave del derecho administrativo. El Constituyente tenía claro que el papel del Estado era garantizar la prestación de los servicios públicos, y no prestar-

---

<sup>8</sup> Enrique SAYAGUÉS LASO, *Tratado de derecho administrativo*, I (Montevideo: FCU, 1974), 57.

<sup>9</sup> Héctor Jorge ESCOLA, *Compendio de derecho administrativo*, I (Buenos Aires: Depalma, 1984), 416.

<sup>10</sup> A juicio de Bobbio “... hay dos formas principales de entender el término ‘libertad’ en el lenguaje político [...]. ‘Libertad’ significa o bien facultad de realizar o no ciertas acciones, sin ser impedido por los demás, por la sociedad como un todo orgánico o, más sencillamente, por el poder estatal; o bien, poder de no obedecer a otras normas que las que me he impuesto a mí mismo. El primer significado es constante en la teoría liberal clásica, según la cual ‘ser libre’ significa gozar de una esfera de acción, más o menos amplia, no controlada por los órganos del poder estatal; el segundo significado es el que emplea la teoría democrática, para la cual ‘ser libre’ no significa no tener leyes, sino darse leyes a sí mismo”. Norberto BOBBIO, *Teoría general de la política* (Madrid: Trotta, 2009), 113.

<sup>11</sup> Maurice HAURIOU, *Précis de droit administratif et de droit public* (Paris: Recueil Sirey, 1927), 9 ss.

<sup>12</sup> Es curioso, pero pareciera que la noción de “servicio público” terminó sustituyendo –sin más– a la de “soberanía”. O más aún, que las tesis de Duguit, aparentemente al menos en Colombia, se fundieron con las de Hauriou, y desembocaron en lo mismo que el primero reprochó: ¡con otros nombres!

los de manera monopólica. En los antecedentes del nuevo texto constitucional se advirtió sin rodeos que el Estado tiene el deber de “garantizar el acceso a ellos en términos económicos y eficientes”.<sup>13</sup>

Y, como la jurisprudencia subraya, “asegurar no significa prestar”, el Estado solo ‘mantiene’ o se ‘reserva’ la regulación y el control en tanto “facetas de la función de policía administrativa”, que constituyen “el ámbito de lo no ‘privatizable’”<sup>14</sup>. El Estado ya no es el titular monopólico del servicio público. Este pasó a ser una actividad económica, que puede ser prestada por cualquier tipo de operadores, aunque sigue vinculada a las finalidades sociales del Estado.

El servicio público dejó, así, de ser una actividad de exclusiva competencia del Estado —es decir, una función estatal—, para convertirse en uno de sus fines esenciales. El capítulo V del Título XII de la Constitución (artículos 365 a 370) abandonó la concepción monopólica francesa y sentó las bases de un derecho singular de la competencia, en ese sector de la economía.

Un nuevo concepto de Estado que redujo significativamente su campo de acción y recuperó, a su vez, el de libre iniciativa privada. El artículo 365 de la Constitución al asignar al Estado un papel de “garante” y no de “prestador monopólico”, cambió las bases mismas del derecho administrativo. Aunque entidades de carácter público sigan prestando servicios públicos, en un contexto de competencia económica, eso no significa que dicha actividad tenga el carácter de actuación administrativa.

El criterio orgánico o subjetivo ya no es determinante. El servicio público —como monopolio oficial— ya no es la “pieza maestra” del derecho administrativo. La gestión o prestación de los servicios públicos dejó de ser un dominio reservado al derecho público. El “constitucionalismo social” de fuerte inspiración “duguitiana” de la reforma constitucional de 1936 —y

<sup>13</sup> ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE, *Gaceta Constitucional* n°. 48 (4 de abril de 1991): 12.

<sup>14</sup> CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, Sentencia de 15 de agosto de 2007, Rad. AP-004 [fundamento jurídico 2], con S.V.

La mayoría de las referencias a las sentencias y conceptos del Consejo de Estado han sido tomadas de: CONSEJO DE ESTADO, *Antología jurisprudencias y conceptos Consejo de Estado*, 1817-2017 (Bogotá: Imprenta Nacional, 2019) <https://cutt.ly/OQ9KFJH> (Tomo III, A, Responsabilidad contractual); <https://bit.ly/3gjjduK> (Tomo III B Responsabilidad extracontractual) y <https://sidn.ramajudicial.gov.co/> (Tomos I, II y IV-VI).

que en Francia ya había hecho crisis<sup>15</sup> al punto de llegar a decirse que esa noción se había “esfumado”<sup>16</sup>— experimentó una transformación radical en la Constitución de 1991.

De un asunto de la organización administrativa, pasó a ser un tema característico de la que podemos llamar “Constitución económica de los servicios públicos”. Asistimos, hace tres décadas, a la implantación de un “nuevo servicio público”<sup>17</sup>. El Estado hoy debe ser garante de los derechos, tanto de los consumidores como de los agentes del mercado.

El derecho administrativo tradicional, el de la función administrativa, ahora solo se materializa en el ámbito de la institucionalidad intervencionista. El servicio público monopólico dejó de ser su esencia y las prerrogativas de poder público están, en esa materia, en el ámbito de la policía administrativa y, por vía de excepción, en cabeza de los prestadores para lograr el interés general.

*Tercero.* Esa reformulación del papel del Estado impone replantear las bases del derecho administrativo. Según la Constitución, el servicio público es una actividad económica de interés general (asociada a las finalidades sociales del Estado) que no requiere del monopolio para lograr los cometidos estatales. El rol del Estado se materializa en otro tipo de instrumentos (v. gr. subsidios, planeación, regulación y control).

Superado el criterio orgánico o subjetivo del servicio público, al permitirse—desde la Constitución— la prestación a los particulares, hay que replantear los enfoques tradicionales. Función pública y servicio público ya no son nociones que puedan asimilarse. No se puede confundir “el ejercicio de función pública con la prestación de servicios públicos”, pues “ya no corresponde a la noción clásica de servicio público que implicaba la asimilación del servicio público con la función pública y con el derecho

---

<sup>15</sup> Primero con la decisión de la *Société commerciale de l'Ouest africain (SCOA)*, del Tribunal de conflictos de 22 de enero de 1921 y, luego, con los *Arrêts Établissements Vèzia y Caisse primaire aide et protection*, de 20 de diciembre de 1935 y 13 de mayo de 1938, respectivamente, del Consejo de Estado francés.

<sup>16</sup> Jean RIVERO, *Précis de droit administratif* (Paris: Dalloz, 1973), 158.

<sup>17</sup> Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de 13 de mayo de 2004, Rad. AP-0020 [fundamento jurídico C] y Sentencia de 26 de enero de 2006, Rad. AP-1944 [fundamento jurídico 2].

público”<sup>18</sup>. El derecho público ya no tiene por objeto, como decía Duguit, “la organización y funcionamiento de los servicios públicos”<sup>19</sup> desde una visión monopólica. El derecho administrativo dejó de ser ese derecho de los servicios públicos (monopólicos).

*Cuarto.* ¿El servicio público puede seguir basándose en la aplicación de los “procedimientos de derecho público” como planteaba Jèze<sup>20</sup>? Aunque, la teoría del servicio público sufrió en el derecho colombiano una transformación inédita con la expedición de la Carta de 1991, se conservan ámbitos –legislativos, jurisprudenciales y doctrinales– que siguen hoy fuertemente influidos por la escuela francesa.

*Quinto.* Es preciso volver a las raíces, a un derecho administrativo de la libertad. De esa libertad que –a juicio de Locke– es la base de todo<sup>21</sup>. Solo por vía de excepción, el Estado es proveedor monopólico de esos servicios a la comunidad. Se produjo así una “transformación profunda”, para usar las mismas palabras del célebre decano de Burdeos.

Es curioso, Duguit planteó que la gran transformación era que el derecho público no se funda en la soberanía. Sin embargo, las “prerrogativas de poder público” terminaron por dominar todas las esferas del servicio público. Ese criterio supuso una perspectiva unilateral –él mismo lo admitió– que “persiste siempre”<sup>22</sup>. Su escuela nos legó un derecho administrativo dominado por una óptica unilateral, de la autoridad, de la “fuerza del gobernante”, en palabras de Duguit.

*Sexto.* Este trabajo pretende mostrar cómo la Constitución de 1991 sentó las bases sólidas de dos regímenes legales: las Leyes 142 y 143 de 1994, por un lado, es decir, el marco jurídico de operación de los servicios públicos (luego confirmadas por las Leyes 689 y 1341), y la Ley 80 de 1993, por otro lado, es decir, el estatuto de contratación estatal (luego tergiversado por algunas interpretaciones judiciales y alterado por reformas legales).

<sup>18</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-037 de 2003 [fundamento jurídico 4.1.1.3.3].

<sup>19</sup> Léon DUGUIT, *Las transformaciones del derecho...*, 85 y ss.

<sup>20</sup> Gaston JÈZE, *Principios generales del derecho...*, 4.

<sup>21</sup> John LOCKE, *Two treatises on civil government*, II (Cambridge: Cambridge University Press, 1997), 17.

<sup>22</sup> Cfr. Léon DUGUIT, *Las transformaciones del derecho...*, 85 ss.

Con grandes avances y varios tropiezos este par de regímenes hicieron eco de la significativa transformación constitucional del servicio público.

La nueva concepción del servicio público dejó de centrarse en la prestación monopólica estatal –y sus “prerrogativas de poder público”– para volver los ojos a las personas y sus derechos: el consumidor (y no “administrado”), y el empresario (público, privado o mixto), que ejerce una actividad económica legítima en un marco de competencia.

Una concepción del servicio público que no se centra en la “función administrativa”. El esquema se construye actualmente a partir de libertades económicas –que la Constitución declara y la ley configura– en sus diversas manifestaciones: libertad de empresa y libertad de competencia (libertad de entrada, libertad de acceso al mercado, libertad de contratación y formación competitiva de precios, libertad de inversión).

Esta visión sustituyó a esa paradójica “nueva soberanía estatal” en que se había convertido el monopolio estatal de la prestación de los servicios públicos en nuestros países, curiosa mezcla de Duguit y Hauriou. Como el Estado ya no es el gerente de un gran aparato dedicado al monopolio de la prestación<sup>23</sup>, el derecho administrativo, en consecuencia, también se transformó: si la concepción de Estado cambia en la Constitución, es forzoso que el derecho administrativo sea el primer receptor de los cambios.

*Séptimo.* No obstante, aún subsisten materias del derecho administrativo que parecieran ignorar esa profunda transformación. Como la respuesta constitucional fue motivada en criterios prácticos, y dejó de lado discusiones de tipo ideológico, es posible que ello haya contribuido a que no se controviertan otros conceptos propios del derecho administrativo de la escuela francesa.

El marco constitucional de 1991 no permite la vuelta nostálgica a la escuela francesa. Es preciso reconsiderar “certidumbres” aparentes del derecho administrativo de hoy. Duguit y Hauriou, quizás mal comprendidos entre nosotros<sup>24</sup>, alejaron al derecho administrativo de la libertad. Dostoyevski

---

<sup>23</sup> Cfr. ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE, *Gaceta Constitucional* n.º. 53 (18 de abril de 1991): 6.

<sup>24</sup> Una crítica muy aguda a la forma como se adoptaron en Colombia las ideas del profesor Duguit, en Carlos LOZANO y LOZANO, *Prólogo* a José Gnecco Mozo, *La reforma constitucional*



—a quien recordamos en su bicentenario—, en su última obra escribió: “las jaulas son el lugar donde viven las certezas”. No hay que tenerle miedo a la libertad. Este documento es una invitación a revisar nociones fundamentales del derecho administrativo, a preparar un camino de regreso a sus orígenes, que se confunden con los del derecho civil contemporáneo: la democracia liberal.

*Octavo.* En consecuencia, la primera parte de este trabajo se ocupará de mostrar los ámbitos legales en los cuales las transformaciones constitucionales del servicio público se han reflejado: los servicios públicos y la contratación del Estado. La segunda estudiará los asuntos pendientes de reflejar esa transformación del derecho de los servicios públicos: la organización administrativa y el acto administrativo, de un lado, y el control judicial (institucional y arbitral) de la Administración.

De forma deliberada este documento no abordará, porque amerita un estudio separado dada su importancia y trascendencia, los cambios que esta concepción supuso, en i) las relaciones del Estado con sus servidores<sup>25</sup>; ii) el ordenamiento territorial, cuya transformación requiere una reforma a la Constitución,<sup>26</sup> y iii) la responsabilidad extracontractual<sup>27</sup>, asunto este que muestra cómo la legalidad y la responsabilidad son el punto de partida, la parte esencial y primera de la gestión pública: de un derecho administrativo de la libertad.

## **El derecho administrativo de la libertad: las transformaciones del ordenamiento legal del derecho administrativo**

El derecho constitucional es la puerta de entrada al derecho administrativo<sup>28</sup>. De ahí que los profundos cambios constitucionales en los servicios

*de 1936: Comentario jurídico al acto reformativo de la Constitución* (Bogotá: ABC, 1938) XVI y ss.

<sup>25</sup> El personal que utiliza como medio de acción de la Administración.

<sup>26</sup> Cfr. Augusto HERNÁNDEZ BECERRA, *Ordenamiento y desarreglo territorial de Colombia* (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2001), 149 y ss.

<sup>27</sup> Parte trascendental del Régimen general de las obligaciones.

<sup>28</sup> Cfr. Jaime VIDAL PERDOMO, *Derecho administrativo* (Cali: Biblioteca Banco Popular, 1978), 30. En sentido similar, Sarria sostuvo que las diferencias entre el derecho administrativo y el derecho constitucional son “únicamente cuantitativas, no cualitativas”. Eustorgio SARRIA, *Derecho administrativo* (Bogotá: Temis, 1968), 15).

públicos fueran materializados en dos ámbitos legales definitorios del derecho administrativo, adoptados poco después de la expedición de la Constitución de 1991, que alteraron directamente el régimen de operación de los servicios públicos y la contratación estatal.

### **El régimen legal de los servicios públicos domiciliarios: desmonopolización y libertad económica**

El constituyente de 1991 era consciente de la gran transformación que suponía la “desmonopolización” de la prestación de los servicios públicos<sup>29</sup>. Por ello, el artículo 48 transitorio de la Constitución buscó asegurar el desarrollo de estos mandatos en el ámbito de la regulación legal de la prestación de los servicios públicos<sup>30</sup> y, aunque sin norma transitoria equivalente, también, acorde con este nuevo marco constitucional, el legislador expidió un nuevo régimen de contratación estatal.

Fue tan profunda la transformación y el giro constitucional de 1991 que requirió un mecanismo extraordinario y muy poco usado en el país, que permitiera poner en consonancia al Ejecutivo, su estructura y organización, con los postulados y mandatos de la nueva carta política. Así las cosas, se redactó el artículo 20 transitorio de la Constitución, con fuertes implicaciones en el futuro de las instituciones de Colombia.<sup>31</sup>

La eliminación del monopolio estatal de la prestación de los servicios públicos entrañaba un replanteamiento del esquema, que partió de crear un marco jurídico que propiciara las ventajas de un mercado en competencia para poder abastecer la demanda de los servicios, sobre la base de una estrategia coherente para estimular la expansión de la oferta, fundada en estímulos a la inversión económica en el sector, a fin de incentivar la participación privada.

---

<sup>29</sup> Sobre las repercusiones del cambio constitucional en materia de contratación estatal, Cfr. María Teresa PALACIO JARAMILLO, “Parámetros constitucionales para la determinación de un régimen jurídico de contratación pública en Colombia”, *Revista de Derecho Público*, n.º 14 (2002).

<sup>30</sup> ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE, *Gaceta Constitucional* n.º. 85 (29 de mayo de 1991): 21.

<sup>31</sup> Cfr. María Teresa PALACIO JARAMILLO, “El transitorio 20 y las políticas de privatización”, en *Implicaciones jurídicas de la reforma administrativa*, editado por William Zambrano Cetina (Bogotá: Ediciones Rosaristas, 1994), 53 y ss.

Las normas sustantivas del derecho de la competencia en este sector son especiales<sup>32</sup>. Así, por ejemplo, el abuso de la posición dominante y las prácticas restrictivas de la competencia tienen caracteres muy distintos a los previstos en las normas generales.

Aunque la actividad ya no es monopolio público, conservó sus caracteres particulares: continuidad, uniformidad, generalidad y obligatoriedad. El derecho administrativo sigue siendo el derecho de los servicios públicos, pero desde una aproximación distinta. Un derecho que debe asegurar la prestación continua, uniforme, general y obligatoria de estos servicios. Un derecho que exige que el desarrollo de las normas constitucionales se haga por medio de una ley de intervención económica.

Una ley de intervención económica (art. 150.21 C) que se ocupó de los ámbitos medulares del marco jurídico de la operación como lo ordenó la Constitución: i) régimen de los prestadores (artículo 365 C); ii) competencias y responsabilidades en relación con la prestación y calidad del servicio, financiación y régimen tarifario (artículo 367 C); iii) presupuestos para la financiación de los subsidios (artículos 366 y 368 C); iv) derechos y deberes de los usuarios, participación de los municipios en las entidades o empresas prestadoras (art. 369 C), y, v) la intervención administrativa del Estado en la economía, regulación y control, a cargo del presidente de la República (art. 370 C).

Prestadores, usuarios e institucionalidad: todo quedó previsto en esa nueva regulación legal<sup>33</sup>. Una legislación sin ningún grado de jerarquía especial, pero con caracteres particulares. Unas normas “reglamentaristas” o de detalle, porque, por mandato constitucional, deben precisar los fines y alcances de la intervención y los límites de la libertad económica, para brindar seguridad jurídica a agentes económicos y a consumidores.<sup>34</sup>

<sup>32</sup> Cfr. Alfonso MIRANDA LONDOÑO, “El derecho de la competencia en la ley de servicios públicos domiciliarios”, *Revista de Derecho de la Competencia, Centro de Estudios de Derecho de la Competencia*, n.º 13 (1999): 82.

<sup>33</sup> Cfr. CONSEJO DE ESTADO, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto de 11 de abril de 2002, Rad. 1409 [fundamento jurídico 1].

<sup>34</sup> Cfr. ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE, *Gaceta Constitucional*, n.º 48 (1991): 12. Exposición de motivos al Proyecto de Ley 197 de 1992-Senado, en Congreso de la República, *Gaceta del Congreso* n.º 162 (1992).

Así, el artículo 2 de la Ley 142 de 1994, el artículo 4 de la Ley 143 de 1994 y el artículo 4 de la Ley 1341 de 2009 (modificado por el artículo 4 Ley 1978 de 2019) previeron los fines de la intervención administrativa económica del Estado en el ámbito de los servicios públicos domiciliarios, Tecnologías de la información y las comunicaciones (TIC). Fines que nos solo serían enunciados, sino también precisados a lo largo de esas leyes, en consonancia con el mandato constitucional.

En las leyes 142 y 143 esos fines siguen asociados a los caracteres tradicionales del servicio público: calidad del bien objeto del servicio; ampliación permanente de la cobertura (en la que juegan un papel determinante los subsidios); prestación continua e ininterrumpida (salvo por motivos de fuerza mayor, caso fortuito o de orden técnico o económico), –ahora, además, eficiente–. Sin embargo, el medio para lograr esos fines cambió; ya no es el monopolio público, sino la libre competencia económica y la necesaria intervención estatal para promoverla y asegurar sus beneficios.

En armonía con el mandato constitucional, el artículo 3º de la Ley 142 –que corresponde a los artículos 3º y 4º de la Leyes 143 y 1341, respectivamente– dispuso que los instrumentos de intervención económica son todas y cada una de las funciones asignadas a las autoridades de que trata esa ley<sup>35</sup>. Las funciones<sup>36</sup>, y no las instituciones que las cumplen, son, pues, los instrumentos de intervención económica. Ahí radica justamente la precisión que ordena la norma constitucional. Y ello explica, además, el rol francamente secundario y residual que juega la reglamentación presidencial de estas disposiciones.

La especialidad del régimen de los servicios públicos no solo está en el carácter particular de las normas legales que desarrollan los mandatos constitucionales (normas de intervención económica), sino también en su

---

<sup>35</sup> Cfr. CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, Subsección B, Sentencia de 30 de junio de 2011, Rad. 32018 [fundamento jurídico 3], con S. V.; Sala Especial de Decisión nº. 26, Sentencia de 5 de marzo de 2021, Rad. 2020-01891-00 [fundamento jurídico 11], con S.V. y Sentencia de 26 de marzo de 2021, Rad. 2020-01743-00 [fundamento jurídico 20.4].

<sup>36</sup> En especial las atribuciones relativas a las siguientes materias: i) regulación; inspección, vigilancia y control; ii) otorgamiento de subsidios; iii) promoción y apoyo a los prestadores; iv) organización de sistemas de información; v) protección de los recursos naturales; vi) estímulo a la inversión de los particulares; vii) respeto al principio de neutralidad (régimen de competencia económica), y, viii) gestión y obtención de recursos para la prestación.

contenido, según el artículo 5° de la Ley 57 de 1887, en armonía con el artículo 3° de la Ley 153 de 1887 (la norma especial deroga a la general).

La Ley 142 –en desarrollo del artículo 365 de la Constitución– previó un régimen especial para esos prestadores al disponer reglas particulares para las sociedades por acciones (arts. 17 y ss.), que son diferentes a las que por vía general estableció el Código de Comercio en sus artículos 373 y ss. Esa ley dispuso, por ejemplo, que podrían tener un término de duración indefinido y que no todas las causales de disolución del régimen general le serían aplicables.

Asimismo, la naturaleza de esta especial categoría empresarial está definida por dos elementos: la forma societaria (sociedades por acciones), y el objeto (prestar servicios públicos)<sup>37</sup>. El operador de servicios públicos por excelencia ya no es, entonces, el establecimiento público, que está encargado de atender funciones administrativas conforme a las reglas de derecho público (artículo 70 de la Ley 489 de 1998). La Ley 142 permitió –por excepción– que los operadores optaran por transformarse en empresas industriales y comerciales del Estado, que según el artículo 85 de la Ley 489 desarrollan actividades de naturaleza industrial o comercial y de gestión económica, conforme a las reglas del derecho privado<sup>38</sup>. La actividad no es, por consiguiente, función administrativa.

El género empresa de servicios públicos (ESP) constituye una nueva tipología de persona jurídica en el derecho colombiano. La Ley 142 de 1994

<sup>37</sup> Cfr. Concepto SSPD 200013000000355, en Superintendencia de Servicios Públicos, *Servicios públicos domiciliarios, serie Actualidad Jurídica*, IV (Bogotá: Imprenta Nacional, 2001), 149 y 150.

<sup>38</sup> Como indica la doctrina “... otrora a cargo exclusivamente de los establecimientos públicos, el servicio público en la actualidad se sirve de diversas estructuras, como son los establecimientos públicos, administrativos o industriales y comerciales, las agrupaciones de interés público, las sociedades comerciales, de economía mixta o totalmente privadas e, incluso, las asociaciones. Los agentes a través de quienes se prestan los servicios públicos ya no son necesariamente funcionarios públicos [...]. De igual manera, mientras los servicios públicos tradicionalmente se dirigían solo a usuarios, en la actualidad algunos de ellos, los industriales y comerciales, están dirigidos, en principio, a clientes. [...] En definitiva, la evolución contemporánea de los servicios públicos muestra importantes diferencias con el modelo teórico inicial, lo que, sin duda alguna, denota una pérdida de precisión de la concepción francesa del servicio público, sin embargo, esto no es algo que se deba lamentar”. (Pierre ESPLUGAS, *Le service public* (Paris: Dalloz, 2002), 123-124.

dispone en su artículo 15 –y sus antecedentes lo confirman<sup>39</sup>– que por regla general los operadores deben revestir la forma de “empresas de servicios públicos”, y las otras modalidades, autorizadas, son excepcionales.<sup>40</sup>

Ahora, el inciso final del artículo 3 prescribe que todos los prestadores (y no solo las empresas de servicios públicos–ESP) se someten a esa ley y, por ende, a la regulación y al control del Estado, en todo lo que no resulte incompatible con la Constitución y con la ley. Régimen que impone un tratamiento de actividades comerciales y no de prerrogativas públicas, ya que, al “desmonopolizarse”, los particulares son ahora cotitulares de la prestación.

Si la Ley 489 en los artículos 38.2 y 84 incluyó a los prestadores oficiales dentro de las entidades descentralizadas, era para dejar claro que orgánicamente hacen parte de la Administración. Y aunque estos prestadores integran la rama ejecutiva del poder público, la Ley 489 también dispuso que se sujetan a las previsiones especiales del régimen legal de servicios públicos. Por consiguiente, que una entidad haga parte de la rama ejecutiva no implica de suyo que ejerza funciones administrativas.

La ley reconoció que los prestadores, incluso los privados, pueden estar excepcionalmente revestidos de prerrogativas de poder público, como la posibilidad de inclusión de cláusulas exorbitantes en ciertos contratos (art. 31 de la Ley 142); la ocupación temporal de inmuebles, la imposición de servidumbres o la enajenación forzosa de bienes –como las potestades excepcionales en contratación– ya no son facultad exclusiva del Estado, sino que los particulares las tienen por ser prestadores del servicio a la comuni-

---

<sup>39</sup> Cfr. Exposición de motivos al Proyecto de Ley 197 de 1992, por la cual se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios, en Congreso de la República, *Gaceta del Congreso* n.º. 162 (1992): 24.

<sup>40</sup> Así se deduce de las normas del título preliminar (arts. 1 a 13), de sus definiciones especiales (art. 14), del régimen de las empresas (arts. 15, 17 y 19 en especial) y del régimen de transición (título X). Las otras modalidades de operadores son: i) los productores de servicios marginales, independientes o para uso particular; el municipio prestador directo; ii) las comunidades organizadas; iii) las entidades descentralizadas, al momento de expedir la ley y temporalmente, cuyos propietarios no deseen que su capital esté representado en acciones que deben adoptar la forma de empresa industrial y comercial del Estado, y, iv) las entidades autorizadas para prestar servicios públicos durante los períodos de transición previstos en la Ley 142, Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de 25 de octubre de 2006, Rad. AP-1843 [fundamento jurídico 1] y Auto de 18 de julio de 2007, Rad. 29745 [fundamento jurídico 1.2], con A.V.

dad (arts. 33, 56, 57, 116 a 120 Ley 142) y la defensa del usuario en sedes de la empresa (arts. 152 a 159 Ley 142).<sup>41</sup>

Aunque de manera aislada algunos pronunciamientos parecen dar a entender que los particulares prestadores de servicios públicos ejercen funciones administrativas<sup>42</sup>, lo cierto es que la jurisprudencia, de manera general, ha sido consistente en considerar que su prestación no es una modalidad de descentralización por colaboración. En últimas, si el Estado obra como una persona de derecho privado es apenas natural que sus relaciones se rijan por el derecho privado.

La Ley 142, en los artículos 30<sup>43</sup> y 31, y la Ley 143, en sus artículos 8 y 76, previeron que el régimen contractual de los prestadores sería de derecho privado<sup>44</sup>. Desde un comienzo la jurisprudencia sostuvo que el régimen general de los contratos de los operadores era el derecho común<sup>45</sup>. Sin embargo, y a pesar de que el artículo 3° de la Ley 689<sup>46</sup> buscó dar mayor precisión a la redacción del precepto, la jurisprudencia se alejó –por largos años– de las normas legales, y con criterios “administrativistas” trató la actividad precontractual según el derecho público.

La Subsección C, de la Sección Tercera del Consejo de Estado, primero a través de votos particulares<sup>47</sup> y, después, en decisiones por unanimidad<sup>48</sup>,

<sup>41</sup> Cfr. CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-263 de 1996 [fundamentos jurídicos 3 y 4], con S.V. y A.V.; Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, auto de 23 de septiembre de 1997, Rad. S-701 [fundamento jurídico B y F], con S.V. y Sección Tercera, Sentencia de 24 de febrero de 2005, Rad. AP-1470 [fundamento jurídico 2.1].

<sup>42</sup> Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-702 de 1999 [fundamento jurídico 2-2], con S.V. y Sentencia C-736 de 2007 [fundamento jurídico 5.3], con S.V.

<sup>43</sup> Declarado exequible, Corte Constitucional, Sentencia C-066 de 1997 [fundamento jurídico 1].

<sup>44</sup> Cfr. Luis Ignacio BETANCUR, “Aplicación del derecho privado a la administración pública”, en *Sociedad, Estado y Derecho, homenaje a Álvaro Tafur Galvis*, III, editado por Antonio Aljure, Rocío Araujo y William Zambrano (Bogotá: Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, 2014), 475 y ss.

<sup>45</sup> Cfr. Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto de 24 de febrero de 1995, Rad. 0666 [fundamento jurídico 3.C]; concepto de 19 de julio de 1995, Rad. 704 [fundamentos jurídicos B1 y B2].

<sup>46</sup> Cfr. Congreso de la República, *Gaceta del Congreso* n.º 538 (1999): 3, y, *Gaceta del Congreso* n.º 186 (2000): 9.

<sup>47</sup> Cfr. A.V. CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, Subsección C, sentencia de 7 de septiembre de 2015, Rad. 36633 [fundamento jurídico 2.1].

<sup>48</sup> Cfr. CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, Subsección C, Sentencia de 20 de febrero de 2017, Rad. 56562 [fundamento jurídico 1], con A.V.; Sentencia de 5 de julio de 2018, Rad. 59530

“regresó” paulatinamente a lo dispuesto en las Leyes 142, 143 y 689 sobre el régimen contractual de los prestadores de servicios públicos. Luego, el pleno de la Sección Tercera –en un pronunciamiento de enorme importancia<sup>49</sup>– hizo suyo el criterio de esa subsección, al interpretar el marco jurídico en busca del verdadero sentido de las normas (art. 26 CC).

Las actuaciones de los prestadores previos a la celebración de un contrato no son actos administrativos y, por ello, la forma de controlarlos judicialmente no es a través de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, porque se trata de responsabilidad precontractual [*culpa in contrahendo*]. Si la entidad no ejerce función administrativa, es apenas natural que los actos que expida no sean actos administrativos. Un paso importante para regresar a un derecho administrativo de la libertad que no aprecia en toda actuación de la Administración un supuesto “acto administrativo”, y que tampoco estima que solo, si hay acto administrativo, es posible controlar la actividad administrativa. Es evidente que no toda actuación administrativa es acto administrativo.

Sin embargo, la Ley 1150 de 2007 en su artículo 13 pretende aplicar principios de función administrativa a actividades que no lo son, como los servicios públicos. Como la Ley 142 en su artículo 186 exige la derogatoria expresa, al no haberse dado en este caso, la pretendida reforma no puede aplicarse a este sector. En todo caso, una disposición tan gaseosa no supone una aplicación indiscriminada de postulados de derecho público a asuntos gobernados por el derecho común<sup>50</sup>. No se puede pretender aplicar, sin más, principios de la función administrativa al ámbito de una actividad que, según la Constitución, no es función administrativa.<sup>51</sup>

En relación con los actos administrativos (que expidan las autoridades sectoriales y excepcionalmente los prestadores) la ley también previó reglas particulares. Hay normas especiales sobre la motivación de actos admi-

---

[fundamento jurídico 1]; Sentencia de 30 de septiembre de 2019, Rad. 43036 [fundamento jurídico 3.4.1], con A.V.; Auto de 11 de mayo de 2020, Rad. 58562 [fundamento jurídico 2.6], y Sentencia de 28 de febrero de 2020, Rad. 31628 [fundamento jurídico 4].

<sup>49</sup> Cfr. CONSEJO DE ESTADO, Sala Plena de la Sección Tercera, Sentencia de 3 de septiembre de 2020, Rad. 42003 [fundamento jurídico 2.5] con A.V.

<sup>50</sup> Cfr. A.V. a CONSEJO DE ESTADO, Sala Plena de la Sección Tercera, Sentencia de 3 de septiembre de 2020, Rad. 42003 [fundamento jurídico 2.4].

<sup>51</sup> Cfr. CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-629 de 2003 [fundamento jurídico 6.4].



nistrativos de las autoridades en servicios públicos (art. 3 inciso final, Ley 142)<sup>52</sup>, diferentes de las generales de la legislación administrativa (arts. 35 y 84 CCA, hoy arts. 42 y 137 CPACA).

Asimismo, el artículo 38 de la Ley 142 establece una regla especial sobre los efectos hacia el futuro (*ex nunc*) de la anulación de actos y contratos relacionados con servicios públicos<sup>53</sup>. Así se aparta de la regla general anulatoria con efectos retroactivos (*ex tunc*)<sup>54</sup>. Esta prescripción está concebida –como muchas otras de esa legislación sectorial– para garantizar la seguridad jurídica.<sup>55</sup>

También la Ley 142 en los artículos 1 a 14 de su título preliminar y en el artículo 160 y la Ley 1341 en su artículo 7° (modificado por el artículo 6° de la Ley 1978 de 2019) previeron normas particulares en materia de interpretación de la ley. Disposiciones especiales que se prefieren a las generales de los artículos 25 a 31 CC y de los artículos 1 a 49 de la Ley 153 de 1887. La Ley 142 igualmente consignó normas especiales en materia de interpretación de las reglas contractuales en el artículo 30, a las que debe acudirse antes de invocar las generales de los artículos 1618 y siguientes del Código Civil.

De igual modo, la Ley 142 –en su artículo 186– y la Ley 1341 de 2009 –en su artículo 73–, alejándose de los postulados generales del artículo 71 CC y de la Ley 153 de 1887 (arts. 2, 3, 9, 14 y 15), dispusieron una regla especial de derogatoria. En servicios públicos, la ley posterior no deja tácita o indirectamente sin efecto a la anterior. Una disposición concebida para garantizar un mínimo de seguridad jurídica. Este precepto se inspira en el artículo 42 de la Ley 4ª de 1913.<sup>56</sup>

<sup>52</sup> Cfr. CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, Subsección B, Sentencia de 30 de junio de 2011, Rad. 32018 [fundamento jurídico 3.3], con S.V.

<sup>53</sup> Cfr. Consejo De Estado, Sección Tercera, Subsección B, Sentencia de 30 de junio de 2011, Rad. 32018 [fundamento jurídico 4], con S.V. y Sala Especial de Decisión n°. 10, Sentencia de 13 de agosto de 2020, Rad. 2020-01058-00 [fundamento jurídico 32], con S.V.

<sup>54</sup> Cfr. CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, Sentencia de 5 de julio de 2006, Rad. 21051 [fundamento jurídico 1].

<sup>55</sup> CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-066 de 1997 [fundamento jurídico 6].

<sup>56</sup> Cfr. CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, Sentencia de 13 de agosto de 2008, Rad. AP-0888 [fundamento jurídico 3], con S.V.

Este mandato que no es contrario a la Constitución, porque no establece –como podría pensarse– una ley con jerarquía especial. Se limita a ordenar algo que ya insinúa el artículo 158 de la Constitución: las normas que reforman o derogan disposiciones anteriores, deben contener los mandatos que expresen de manera clara los preceptos que reforman o derogan.

En todo caso, la legislación sectorial de los servicios públicos se ha mantenido, en términos generales, a lo largo de más de un cuarto de siglo. Esa estabilidad se explica, no en ese sabio precepto, sino –como sostiene el profesor Palacios Mejía– en que el gobierno, las empresas y los usuarios parece que “temen que una reforma hecha con el propósito de lograr alguna pequeña mejoría, sea oportunidad de un cambio mayor que altere los delicados equilibrios que la ley contiene”. Todo indica, dice el autor, que la estabilidad de la Ley 142 “proviene del hecho de que cada uno de los grandes sectores sociales a los que ella se aplica sienten que la ley protege sus intereses fundamentales. Es difícil hacer elogio más alto de esa, o de cualquier otra ley”.<sup>57</sup>

El artículo 369 sentó las bases de un régimen particular de protección del consumo en este sector. La Constitución replanteó la terminología tradicional: se pasó de “administrado” a “usuario”. Si el servicio público dejó de ser una función administrativa, era apenas natural que el destinatario del servicio cambiara su nombre.

El usuario justificó el cambio de modelo. Según la exposición de motivos de la Ley 142, el usuario fue la “principal víctima” en el monopolio oficial. Como los recursos del sector dependían de las disponibilidades fiscales, ello impedía ampliar la cobertura. Además, el monopolio carecía de incentivos para la eficiencia, lo que entrañaba que el usuario debía pagar tarifas innecesariamente altas y recibía servicios de “calidad pobre”<sup>58</sup>. Por ello, el servicio universal y eficiente es el pilar sobre el que descansa todo el esquema constitucional de protección al usuario.<sup>59</sup>

---

<sup>57</sup> Hugo PALACIOS MEJÍA, Prólogo a *Impacto sectorial de los diez años de la legislación marco de servicios públicos domiciliarios en Colombia*, de Económica Consultores (Bogotá: Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, 2004), 13.

<sup>58</sup> Exposición de motivos al Proyecto de Ley n.º 197 de 1992-Senado, en Congreso de la República, *Gaceta del Congreso* n.º 162 (1992).

<sup>59</sup> Cfr. ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE, *Gaceta Constitucional* n.º 53 (18 abril de 1991): 5, y, *Gaceta Constitucional* n.º 113 (5 de julio de 1991): 31.

El artículo 369 de la Constitución establece una reserva de ley de intervención económica para los derechos y deberes del usuario<sup>60</sup>. Singularidad de la protección que se basa en la “asimetría real” en las relaciones entre prestadores y usuarios<sup>61</sup>. Una legislación concebida a favor de la “parte más débil”. Reserva que entraña que los derechos de los usuarios son materia de ley y no un ámbito abierto a la regulación administrativa económica.<sup>62</sup>

La Ley 142 es, por consiguiente, un estatuto de protección del usuario que no se reduce a la parca previsión de su artículo 9.<sup>63</sup> De modo que, la regulación económica administrativa no puede otorgar a las empresas la facultad de imponer multas a los usuarios<sup>64</sup>, tampoco puede prever la fórmula que determine la base para fijar el cobro de la contribución especial para usuarios no regulados, porque tal competencia radica exclusivamente en el legislador.<sup>65</sup>

El legislador optó por concebir un esquema de protección del usuario con una mirada “administrativista”, propia de las relaciones entre la Administración y las personas. La Ley 142 adoptó figuras típicas del derecho administrativo: el derecho de petición (artículos 152 de la Ley 142)<sup>66</sup>; el “silencio administrativo positivo” (artículo 158 de la Ley 142); la notificación sobre la decisión de una petición o de un recurso se hace en la forma prevista en el CCA (hoy Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso-Administrativo, CPACA), artículo 159; la Superintendencia de Servicios Públicos, además, conoce del recurso de apelación contra esas decisiones y según las reglas de la primera parte de ese código.<sup>67</sup>

<sup>60</sup> Cfr. ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE, *Gaceta Constitucional* n.º 48 (4 de abril de 1991), 12.

<sup>61</sup> CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, Subsección B, Sentencia de 7 de abril de 2011, Rad. AG-0016 [fundamento jurídico 5].

<sup>62</sup> Cfr. CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, Subsección B, Sentencia de 29 de marzo de 2012, Rad. 25693 [fundamento jurídico 21].

<sup>63</sup> Cfr. CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, Sentencia de 19 de junio de 2008, Rad. AP-0005 [fundamento jurídico 3.1], con A.V.

<sup>64</sup> Cfr. CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, Sentencia de 30 de julio de 2008, Rad. 26520 [fundamento jurídico 2.2.3].

<sup>65</sup> Cfr. CONSEJO DE ESTADO, Sección Cuarta, Sentencia de 5 de mayo de 2000, Rad. 9783 [fundamento jurídico párr. 15].

<sup>66</sup> Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-818 de 2011 [fundamento jurídico 3.1.1].

<sup>67</sup> Se dota así de un “privilegio de lo previo” a los prestadores en temas determinantes de la relación con el usuario como la negativa del contrato, la suspensión, la terminación, el corte y la facturación del servicio.

Si la prestación de los servicios públicos dejó de ser una función administrativa, ¿es coherente que las empresas estén revestidas de “potestades de autotutela” que son propias del ejercicio de una función administrativa? ¿No resulta, acaso, extraño a un esquema como el expuesto, que los operadores puedan resolver unilateralmente (a través de “actos administrativos”) las controversias que surjan en la ejecución del contrato de prestación de servicios? ¿Estas prerrogativas de poder público acentúan aún más la diferencia entre la debilidad del usuario y la preeminencia de la empresa prestadora?<sup>68</sup>

Se produce una situación sorprendente: una actividad se “convierte” en lo que no es –una función administrativa–, cuando el usuario reclama por su prestación. Es más curioso aún que esa modalidad, impropia de las relaciones con los usuarios, se haya extendido a otros eventos de puro derecho del consumo: ¿“publicación” o “administrativización” del derecho comercial?<sup>69</sup>

Si la ampliación de la cobertura sigue siendo un elemento esencial en la prestación de los servicios públicos, la pobreza, en un país como el nuestro, no puede ser una barrera para la normal prestación. Así la Ley 142, en desarrollo de los mandatos de los artículos 366, 367 y 368 de la Constitución<sup>70</sup>,

---

<sup>68</sup> Esas decisiones unilaterales de las empresas, en consecuencia, son susceptibles de los controles “parecidos” a los que proceden contra los actos de la Administración. Una “auténtica vía gubernativa para el sector de los servicios públicos domiciliarios”, en tanto los prestadores obran en esos casos “como titulares de funciones administrativas” (Corte Constitucional, Sentencia C-558 de 2001 [fundamento jurídico 5]).

<sup>69</sup> Sobre la “invasión” del derecho privado por el derecho público, ver Fernando GARRIDO FALLA, *Tratado de derecho administrativo*, I (Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1973), 151 y ss.

<sup>70</sup> Los servicios públicos, aunque ya no sean monopolios oficiales, son por mandato constitucional inherentes a la finalidad social del Estado (art. 365 Constitución). Se mantiene así uno de los elementos distintivos de la noción clásica, esto es, su prestación general e interrumpida (hoy denominada “servicio universal”), al disponer que el Estado debe asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional.

A su vez, el artículo 366 de la Constitución prevé que el gasto público social tendrá prioridad sobre cualquier otra asignación. Como el régimen tarifario debe tener en consideración el criterio de solidaridad (art. 367 Constitución), la Constitución ordena a las entidades territoriales conceder subsidios en sus respectivos presupuestos focalizados a que las personas de menores ingresos (discriminación positiva) puedan pagar las tarifas de los servicios públicos domiciliarios que cubran sus necesidades básicas (art. 368 Constitución).

previó un esquema particular de subsidios<sup>71</sup> (arts. 2º, numerales 2.2, 2.8 y 2.9; 3º numerales 3.2 y 3.7, 5º, numerales 5.3 y 5.4; 86 numerales 86.2; 87, numerales 87.3; 89 y 99 a 104).

La Ley 142 de 1994 diseñó un esquema racional, neutro (ajeno a veleidades políticas) y eficiente de otorgamiento de subsidios para garantizar el acceso a los usuarios de menores ingresos. La idea es simple: se trata de ayudar al pago del consumo básico de subsistencia. Según la Constitución y la ley, el usuario debe cubrir todo lo que exceda ese consumo.

El trascendental cambio que trajo para la teoría del servicio público la eliminación del monopolio oficial supuso también una transformación del aparato institucional. Este ya no se centra en el establecimiento público como entidad descentralizada funcionalmente por excelencia, sino en los más representativos medios de intervención administrativa de la economía: la regulación administrativa económica y la inspección, vigilancia y control, al ser una actividad de comercio e industria.

La fortaleza de las instituciones administrativas depende de cuánto se acoplan a la realidad del país. Así como el modelo general de prestación concebido por el constituyente –y acertadamente desarrollado por el legislador de 1994– fue una respuesta a las necesidades colombianas, la institucionalidad del sector obedeció a parámetros muy nuestros.

La legislación ordena a las comisiones de regulación promover y preservar la competencia, así como asegurar las condiciones de una oferta del servicio eficiente para poder abastecer la demanda<sup>72</sup>. Las comisiones tienen

---

La Constitución previó que la prestación no puede ser gratuita, al disponer que el régimen tarifario debe tener en cuenta el criterio de costos. Sin embargo, estableció simultáneamente otros criterios de ese régimen tarifario: solidaridad y redistribución de ingresos.

<sup>71</sup> Cfr. CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-580 de 1992 [fundamento jurídico B]; Sentencia C-566 de 1995 [fundamentos jurídicos 1 -3.1 y 3.2-]; Sentencia C-252 de 1997 [fundamentos jurídicos 2 y 9]; Sentencia C-086 de 1998 [fundamento jurídico 3]; C-150 de 2003 [fundamentos jurídicos 5.1 y 5.2.1]; Sentencia C-041 de 2003 [fundamento jurídico 3] y Sentencia C-353 de 2006 [fundamentos jurídicos 5 y 6], con A.V. y S.V. y Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de 2 de marzo de 2006, Rad. AP-0543 [fundamento jurídico 1], con S.V.; Sentencia de 12 de octubre de 2006, Rad. AP-0833 [fundamentos jurídicos 1 y 4.5], con A.V. y Sentencia de 18 de junio de 2008, Rad. AP- 0618, [fundamentos jurídicos 7 y 9], con A.V.

<sup>72</sup> La regulación administrativa económica sectorial ha jugado un papel determinante para lograr un esquema tarifario eficiente en el sector eléctrico, por ejemplo, donde la competencia, en generación y comercialización, y un esquema de bolsa han permitido ampliar la cobertura.

facultades típicamente administrativas y no legislativas, como las que se dice pueden llegar a tener las agencias reguladoras norteamericanas. Así lo pusieron de presente, en su momento, los profesores Vélez García<sup>73</sup> y Vidal Perdomo.<sup>74</sup>

La Corte Constitucional, en un importante pronunciamiento, resaltó que las comisiones de regulación hacen parte de la rama ejecutiva del poder público del orden nacional, que cumplen funciones administrativas y que dependen del presidente de la República, como suprema autoridad administrativa. Según este fallo, cualquier intento de sustituir al legislador, o de dictar reglas sin apoyo en las prescripciones legales, es contrario al artículo 370 de la Constitución.

Esta decisión resaltó que las comisiones cumplen funciones presidenciales y que, como lo ordena ese mismo precepto constitucional, las ejercen con sujeción a la ley. Por ello, la regulación no puede –como sí sucede en otros ordenamientos– “completar” la ley, ni llenar sus “vacíos”. La regulación administrativa económica no es, pues, en el derecho nacional “legislación secundaria”, tampoco “forma proposición jurídica completa con la ley”<sup>75</sup>. El Consejo de Estado –como juez natural de los actos regulatorios– ha seguido ese criterio vinculante, por su fuerza de cosa juzgada, y “con fundamento en su alcance normativo limitado”.<sup>76</sup>

La denominación “comisiones de regulación” podría cambiarse. Tal vez sería mejor llamarlas “agencias de promoción de la competencia” o “agencia de garantía del mercado”. La regulación no puede ser la regla, y tampoco se puede estar regulando constantemente. El orden jurídico impone tener como derrotero una cierta permanencia de la regulación. El hecho de que se denominen así puede dar a entender que su objeto es, justamente, regular, solo regular y nada más que regular. La experiencia demuestra que los cambios bruscos del marco regulatorio desestimulan la inversión,

---

<sup>73</sup> Jorge VÉLEZ GARCÍA, *Los dos sistemas del derecho administrativo* (Bogotá: Universidad Sergio Arboleda, 1996), 205 y ss.

<sup>74</sup> Jaime VIDAL PERDOMO, “Las comisiones de regulación en los servicios públicos”, *Revista de Derecho Público*, n.º 11 (2000), 222.

<sup>75</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-1162 de 2000 [fundamento jurídico 1].

<sup>76</sup> Cfr. Consejo de Estado, Sala Especial de Decisión n.º. 26, Sentencia de 26 de marzo de 2021, Rad 2020-01743-00 [fundamento jurídico 9].

alteran el mercado y atentan contra la libertad económica. La confianza y la certeza son los pilares del derecho.

La actividad regulatoria podría enmarcarse mejor en la lógica del Código Civil de “desregular”: más normas supletivas de la voluntad y menos normas de orden público, solo las estrictamente necesarias. Tenemos un país con demasiadas leyes y acostumbrado a un número excesivo de disposiciones reglamentarias. El sector de los servicios públicos tiene un marco legal estable y muy pocos decretos reglamentarios. Sin embargo, las comisiones en muchos aspectos han “sobre regulado” el sector.

La “desmonopolización” de la prestación de los servicios públicos, aunque entrañe funciones de intervención estatal, debe ir acompañada de “desregulación”, es decir, de medidas que tiendan a disminuir o eliminar regulaciones estatales innecesarias sobre el mercado. Regular de manera caótica, regular sin evidencia, regular de forma efímera, atenta contra la libertad. Hay que “liberar” a este país de tanta regulación inútil, que solo hacen difíciles las cosas.

De otra parte, la concentración de funciones en las comisiones de regulación riñe con los postulados liberales de toda democracia. Atribuirles la facultad de dirimir conflictos entre operadores no solo parece contrario a la Constitución (a pesar de que la Corte ya se haya pronunciado a favor de su exequibilidad)<sup>77</sup>, sino al sentido común: quienes expiden las reglas no pueden ser luego imparciales e independientes para aplicarlas en casos particulares. La experiencia ha mostrado, además, que no es precisa la naturaleza de esa función —¿administrativa o judicial?—. Esa incertidumbre sobre su alcance no es una buena señal para el mercado.<sup>78</sup>

La Constitución dividió las funciones de regulación y control en instituciones separadas. Aunque su titular también sea el presidente de la República, el régimen represivo o corrector quedó a cargo de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios (SSPD). Dos autoridades separadas para funciones de policía administrativa, que en otros países

<sup>77</sup> Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-1120 de 2005 [fundamento jurídico 9]. Como esta providencia no tiene efectos de cosa juzgada absoluta, en un futuro la Corte podría pronunciarse frente al artículo 116 de la Constitución.

<sup>78</sup> Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencias de 27 de marzo de 2008, Rad. 33645 [fundamento jurídico 3.2.1] y Rad. 33644 [fundamento jurídico 2.2].

concurrer en una misma institución<sup>79</sup>. La legislación dio así cabal desarrollo al artículo 370.<sup>80</sup>

La SSPD es una institución, que según el constituyente, “resulta indispensable para proteger los derechos de los usuarios, asegurar la eficiencia y el manejo correcto del servicio y, en general, para hacer eficaz la regulación y el control del Estado”<sup>81</sup> (arts. 189.22 y 370 de la Constitución). Como la prestación, según el marco constitucional, debe ser eficiente, la potestad sancionatoria de la Administración exige un control de gestión de la prestación (arts. 45 y ss. de la Ley 142).<sup>82</sup>

Como ya se indicó, todas y cada una de las funciones de la superintendencia sectorial son instrumentos de intervención del Estado en este sector de la economía: “un reducto de lo público que no puede ser decidido por la racionalidad privada”<sup>83</sup>. La Superintendencia es, pues, una manifestación de la potestad correctiva del Estado<sup>84</sup> que, en ejercicio del control de gestión a su cargo, incluso puede tomar posesión de los prestadores, para garantizar la continua prestación eficiente del servicio (arts. 79 y 80 Ley 142).<sup>85</sup>

La Ley 142 de 1994 reguló el control de gestión y los resultados sobre las empresas de servicios públicos domiciliarios en el capítulo primero del Título IV (arts. 45 a 52). En consonancia con esto, el numeral 11 del artículo 79, modificado por el artículo 13 de la Ley 689 de 2001, atribuyó a la Superintendencia la función de evaluar la gestión financiera, técnica y administrativa de los prestadores. Según el artículo 45, el propósito principal del control empresarial es hacer coincidir los objetivos de quienes prestan servicios públicos con sus fines sociales y su mejoramiento estructural,

---

<sup>79</sup> Congreso de la República, *Gaceta del Congreso* n.º. 50 (1992):16.

<sup>80</sup> Cfr. Congreso de la República, *Gaceta del Congreso* n.º. 162 de (1992): 25.

<sup>81</sup> Asamblea Nacional Constituyente, *Gaceta Constitucional* n.º. 22 (18 de marzo de 1991): 51 y ss.

<sup>82</sup> Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-599 de 1996 [fundamento jurídico 5].

<sup>83</sup> Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de 24 de febrero de 2005, Rad. AP-1470 [fundamento jurídico 2.1].

<sup>84</sup> Cfr. Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto de 16 de junio de 1997, Rad. 931 [fundamento jurídico 3]; Sección Tercera; Sentencia de 26 de octubre de 2006, Rad. AP-1843 [fundamento jurídico 1]; Sentencia de 15 de agosto de 2007, Rad. AP-0004, [fundamento jurídico 3] y Sala Especial de Decisión n.º. 26, Sentencia de 5 de marzo de 2021 [fundamento jurídico 8].

<sup>85</sup> Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de 26 de enero de 2006, Rad. AP-1944 [fundamento jurídico 3].



de manera que se establezcan criterios claros que permitan evaluar sus resultados.

Para llevar a cabo esta tarea, la legislación previó la figura de las auditorías externas de gestión y resultados (AEGR)<sup>86</sup> como un instrumento de apoyo a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios<sup>87</sup>. Se buscaba que la supervisión tuviera un medio eficiente para llevar de manera adecuada un control técnico y de gestión a las empresas del sector (artículo 51 de la Ley 142, modificado por el artículo 6 de la Ley 689 de 2001).

De esta forma se buscaba garantizar un control empresarial eficiente, que de otra manera (mediante el aparato burocrático de la Superintendencia) no podría hacerse con eficiencia, dado el número alto de prestadores y las altas complejidades de cada sector. Sin embargo, la Corte Constitucional definió, al estudiar su constitucionalidad, que el deber de contratar AEGR no cobijaba a las empresas oficiales.<sup>88</sup>

De otro lado, la Ley 1340 de 2009 atribuyó a la Superintendencia de Industria y Comercio la prevención y represión de conductas contrarias a la libre competencia, en servicios públicos domiciliarios. Esa ley previó que dicha Superintendencia conocería de las investigaciones administrativas por infracción a las disposiciones de protección de la competencia, y le correspondería la vigilancia administrativa del cumplimiento de las disposiciones relativas a competencia desleal y conductas anticoncurrenciales, sobre todos los sectores y actividades económicas.

Una cosa es que los particulares sean cotitulares de la prestación de los servicios públicos domiciliarios, pero asociados a las finalidades sociales del Estado, y otra, muy distinta, es tratarlos como una actividad económica más. Eso fue lo que hizo, por desventura, la Ley 1340. La Ley 1340 desplazó, pues, el control de los servicios públicos domiciliarios a esa autoridad de supervisión y control. Aunque la Corte Constitucional declaró exequible ese traslado (no obstante lo dispuesto por el artículo 370 de la Constitución), es preciso reiterar que esta reforma no aplica al sector de

<sup>86</sup> Cfr. Ponencia para primer debate al Proyecto de Ley 167 de 1992 en Congreso de la República, *Gaceta del Congreso*, n.º 121 (1993).

<sup>87</sup> Cfr. Consejo de Estado, Sala Especial de Decisión n.º. 26, Sentencia de 5 de marzo de 2021, 2020-01891-00 [fundamento jurídico 11].

<sup>88</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-290 de 2002 [fundamento jurídico 10].

los servicios públicos domiciliarios, porque no hubo derogatoria expresa, como lo ordena la Ley 142. De ahí la importancia de su artículo 186 para la seguridad jurídica y la coherencia del régimen.

A pesar de algunas dificultades, el régimen de los servicios públicos se ha consolidado como un ejemplo de transformación eficaz del derecho administrativo. El régimen de la contratación estatal previsto en la Ley 80 de 1993 es otro frente legal donde los cambios de la Constitución de 1991 se han proyectado, como pasa a verse.

### **Régimen legal de los contratos estatales: menos unilateralidad y más autonomía de la voluntad**

La “desmonopolización” de la prestación de los servicios públicos y la previsión constitucional de una economía social de mercado, exigieron replantear el marco legal de los contratos de la Administración. La contratación en la gestión pública emerge como un instrumento para manejar programas a cargo del Estado, mientras este conserva la titularidad de ciertos activos y fija –controla– las políticas del sector correspondiente<sup>89</sup>. El nuevo enfoque del papel del Estado como social de derecho (art. 1 Constitución), la protección de la libertad económica y de la empresa como base del desarrollo (art. 333) imponen un régimen de contratación ágil y eficaz, donde la libertad contractual juega un papel determinante.

En efecto, la Constitución protege de manera especial –al lado de la propiedad privada (artículo 58)– a la libertad económica (art. 333) en sus diversas expresiones –libertad de empresa<sup>90</sup> y libertad de competencia–, como el derecho de toda persona a realizar actividades económicas lícitas, de acuerdo con sus preferencias o habilidades, para crear, mantener o incrementar un patrimonio<sup>91</sup>, dentro del marco del ordenamiento jurídico.

El contrato estatal, como el servicio público, debe ser apreciado desde la economía. La contratación de la Administración muestra con nitidez no

---

<sup>89</sup> Además, no se olvide que la Constitución autoriza la prestación “indirecta” de servicios públicos por el Estado, a través de contratos.

<sup>90</sup> Que incluye sus diversas expresiones como la libertad de inversión, la libertad de emprendimiento, la libertad de entrada y, por supuesto, la libertad de contratación.

<sup>91</sup> Cfr. Asamblea Nacional Constituyente, *Gaceta Constitucional* n.º 80 (23 de mayo de 1991), 911.

solo la enorme incidencia de las transformaciones constitucionales antes explicadas, sino en general del régimen económico, que alteraron la clave para apreciar las relaciones negociales estatales. El aspecto decisivo ya no está en las prerrogativas de poder público, sino en el regreso a la autonomía de la voluntad.

El nuevo rol del Estado, en general en la economía y en particular en los servicios públicos, impuso reconfigurar –como en efecto se hizo– todo el régimen de contratación estatal. Un Estado que ha asumido tantos retos en el modelo social de derecho exige de una contratación pública robusta y eficiente que sirva de instrumento para el desarrollo del país.

Al igual que la legislación sectorial de los servicios públicos, la Ley 80 de 1993 en su texto original busca propiciar la inversión (nacional y extranjera), al tener en cuenta las evidentes limitaciones fiscales de un país pobre como el nuestro. La innovación, el mejoramiento de la infraestructura nacional y de servicios, solo puede lograrse con el concurso insustituible de los particulares.

Los fines del Estado y el contrato estatal van de la mano. La colaboración de los particulares en la Administración es fundamental para el cumplimiento de los fines del Estado a través de la celebración de contratos con el Estado (art. 2 CP y art. 3º de la Ley 80). De ahí la inobjetable relevancia de la contratación pública en el PIB nacional, un porcentaje del 15%, según datos de la Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente.<sup>92</sup>

De modo que, al desaparecer el monopolio oficial del servicio público y al reconocer a la empresa como base de la economía, era una consecuencia natural que el régimen de la contratación estatal se acercara al de los particulares, normas que buscan –como lo advierte la profesora Palacio Jaramillo– “frente a la nueva perspectiva y orientación del Estado colombiano, que este, como gran gerente y administrador de la cosa pública y del interés general, pueda lograr una gestión contractual exitosa, útil, transparente, moral e igualitaria”.<sup>93</sup>

<sup>92</sup> Cfr. Agencia Nacional de Contratación Pública Colombia - Compra Eficiente, “Observatorio Colombiano de Contratación Pública”, 9 de diciembre de 2021. <http://www.occp.co/>

<sup>93</sup> PALACIO JARAMILLO, “Parámetros...”, 26.

Al recuperar la libertad su rol definitivo en la economía —en todos los sectores (art. 333 de la Constitución) y en particular en los servicios públicos (art. 365)— el contrato estatal también debía regresar a sus fuentes, a sus raíces: a la autonomía de la voluntad, a la libertad. Al recuperar la libertad se restaura la noción clásica de contrato<sup>94</sup>. Un derecho administrativo de la contratación que le apuesta al emprendimiento y al incentivo de la actividad empresarial y que —aunque las conserva— no se construye a partir de las prerrogativas de poder público.

La pretensión original de la Ley 80 de 1993 era tener un ámbito de aplicación muy amplio, comprensivo de todos los contratos del Estado, justamente para poner fin a las dificultades que generaba la dualidad de regímenes del Decreto Ley 222 de 1983 (contratos administrativos y contratos de derecho privado de la Administración).<sup>95</sup>

Un estatuto con vocación de universalidad: además de prever un ámbito de aplicación muy amplio (art. 2), creó una categoría única de contrato (art. 32). Por desventura, ese propósito se truncó con la explosión de regímenes singulares<sup>96</sup>. La proliferación de regímenes “exceptuados” aniquiló ese objetivo. Desde una discutible interpretación de diversas disposiciones

---

<sup>94</sup> Como dice RISOLIA, para ello hay que evitar “la legislación desarticulada y episódica, la perpetuación de la emergencia, la dirección de la economía y la explotación demagógica de la justicia social. Hay que remover las trabas, liberar la iniciativa y devolver su seguridad y estabilidad al orden jurídico. El respeto de la fe empeñada libremente y la correcta sanción de la fuerza obligatoria de los contratos, es indispensable a ese fin. No se puede construir un derecho justo sin voluntad autónoma; una economía sin contrato eficaz; un contrato sin libertad, sin moralidad, sin fuerza obligatoria. El orden jurídico debe ser entendido como un todo congruente, sensible y unitario. Ningún resorte se relaja sin que padezcan los demás. No hay derecho sin libertad ni puede haber libertad sin derecho. La libertad jurídica es un imperativo de la moralidad. La crisis de la voluntad autónoma es crisis de la regla moral. La libertad está al principio y fin del orden jurídico. Y los límites de la libertad —como se ha escrito con justeza— deben ser obra de la libertad.” (Marco Aurelio RISOLIA, *Soberanía y crisis del contrato en nuestra legislación civil* (Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1958), 10 y 11.

<sup>95</sup> Cfr. Susana MONTES DE ECHEVERRI, “Algunas observaciones al nuevo estatuto contractual”, *Revista Cámara de Comercio de Bogotá*, n.º. 50 (1983): 87 y ss. Y Dionisio GÓMEZ RODADO, “La responsabilidad en la actividad contractual del Estado [Decreto 222 de 1983]”, en *Contratos estatales* editado por María Teresa Palacio Jaramillo, (Bogotá: Ibáñez y Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, 2022).

<sup>96</sup> Cfr. Libardo RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, “Panorama de las transformaciones del derecho público colombiano, con ocasión de la Constitución de 1991” en *El derecho público en Iberoamérica: libro homenaje al profesor Jaime Vidal Perdomo*, con la dirección y coordinación Libardo Rodríguez R. (Bogotá: Temis y Universidad de Medellín, 2010), 228.

constitucionales, se estimó que muchas entidades públicas debían tener un régimen particular, diferente de la Ley 80.<sup>97</sup>

La Ley 80 de 1993 buscó brindar certeza a las relaciones contractuales del Estado. No es una ley breve porque sea una norma marco abierta a la reglamentación administrativa. Es una ley concisa porque el derecho común regula lo esencial, como lo disponen sin rodeos sus artículos 13 y 40. Escasos ochenta artículos que dejaron sentadas las bases de un esquema basado en el acuerdo, en la autonomía de la voluntad, en la libertad.

Ante el fracaso de los fines buscados con la legislación anterior, la Ley 80 tanto en su letra como en su espíritu –manifestados con precisión en ella misma, así como en la historia fidedigna de su establecimiento (art. 27 CC)– buscó remedio para esa Administración rodeada de obstáculos y pleitos, que obligaron a buscar atajos para sustraerse de las leyes de contratación pública:

... la agilidad, la libertad, la transparencia, la autonomía son principios de imperioso desarrollo. Por oposición, el excesivo detallismo y la asfixiante reglamentación son aspectos que dificultan el actuar contractual, en un marco caracterizado por la rapidez y por lo expedito de las decisiones,

<sup>97</sup> Las empresas sociales del Estado y promotoras de salud del Régimen Subsidiado; la enajenación de la propiedad accionaria del Estado; adquisición y adjudicación de tierras a los campesinos; las universidades públicas; ciencia y tecnología; espectro electromagnético; emisión de bonos y títulos de deuda pública y para contratar crédito externo por parte de las entidades territoriales; excepciones a la prohibición de “auxilios parlamentarios”; prestadores de servicios públicos domiciliarios; Banco de la República. Asimismo, los contratos financiados con fondos de los organismos multilaterales de crédito o celebrados con personas extranjeras de derecho público u organismos de cooperación; entidades financieras de carácter estatal; servicios postales; operaciones de crédito público; exploración y explotación de recursos naturales renovables y no renovables. También se sustrajeron de la Ley 80 a las empresas industriales y comerciales del Estado y sociedades de economía mixta en las que el Estado tenga participación superior al 50 por ciento que estén en competencia con los particulares o actúen en mercados regulados, sus filiales y las sociedades entre entidades públicas; sector defensa; a los contratos o convenios financiados en su totalidad o en sumas iguales o superiores al cincuenta por ciento con fondos de los organismos de cooperación, asistencia o ayudas internacionales; las sociedades fiduciarias y al Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo (Fonade). Del mismo modo, la edición e impresión de los medios de comunicación; Aeronáutica Civil y Satena S. A.; Fondo Mixto de Promoción Cinematográfica y Fondo Mixto de Promoción de la Cultura y de las Artes; Programa de Protección para Víctimas y Testigos, Intervinientes en el Proceso y Funcionarios de la Fiscalía General de la Nación; Fondos de Servicios Educativos; Ecopetrol; Suerte y azar; contratos del Fondo Nacional de Gestión del Riesgo y el Instituto Nacional de Salud, entre otros.

condiciones *sine qua non* para estar a tono con las tendencias imperantes de eficiencia, calidad, eficacia e internacionalización recogidas por nuestra carta política.<sup>98</sup>

Un estatuto conciso, que usa un lenguaje claro y sencillo, que tiene un conjunto articulado de preceptos en los que domina el sentido práctico. La triada sobre la que se construyó el estatuto contractual podría sintetizarse así: i) los fines de la contratación son los mismos del Estado (art. 3º de la Ley 80); ii) el régimen general es el derecho civil y comercial (art. 13, en consonancia con los artículos 23, 27, 28, 32, 40, 44 a 46 de la Ley 80), y, iii) solo por excepción se aplican las reglas propias de la función administrativa (art. 77 de la Ley 80).

Como dijo el profesor Vidal Perdomo, la contratación del Estado al regular el ejercicio de actividades de carácter económico de los particulares es una ley de intervención económica (art. 150.21 de la Constitución): “La libertad de concurrencia, que es un postulado de la legislación económica se desarrolla a través del principio de la posibilidad de contratar con el Estado”.<sup>99</sup>

La Ley 80 es, pues, fiel desarrollo de los artículos 333 y 365 de la Constitución: un “instrumento gerencial” para así poder competir, en igualdad de condiciones, con los agentes privados<sup>100</sup>. Los antecedentes de esta ley resaltan que la unidad en sus fines se logra adecuadamente por la implantación de unos principios rectores que orienten y garanticen la gestión de todo ente estatal. Y dentro de ellos, la autonomía de la voluntad se revela como su máxima rectora: “como delegación que la ley confiere a las partes de regular las relaciones contractuales delimitada por el respeto de los imperativos del orden público”.<sup>101</sup>

La autonomía de la voluntad, en el ámbito de los contratos, es esa esfera de poder jurídico que permite –como anota la doctrina– crear vínculos entre

---

<sup>98</sup> Exposición de motivos al Proyecto de Ley 149 de 1992, en Congreso de la República, *Gaceta del Congreso* n.º 75 (1992): 11.

<sup>99</sup> Jaime VIDAL PERDOMO, “Principios constitucionales y legales de la nueva contratación administrativa”, en *Comentarios al nuevo régimen de contratación administrativa* (Bogotá: Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, 1995), 63.

<sup>100</sup> PALACIO JARAMILLO, “Parámetros...”, 25.

<sup>101</sup> Exposición de motivos al Proyecto de Ley 149 de 1992, en Congreso de la República, *Gaceta del Congreso* n.º 75 (1992): 9 y ss.

sujetos dentro del marco fijado por la ley. Es, pues, “una consecuencia de la libertad natural de los seres humanos, que los faculta para entrar o no en relaciones jurídicas voluntarias, y para darles el contenido que crean más conveniente”<sup>102</sup>. El derecho subjetivo no solo es libertad, es también poder jurídico, una “prerrogativa” otorgada a las personas para obrar lícitamente y conseguir un bien asegurado en las normas jurídicas.

Prerrogativa que “es inherente a la naturaleza misma del hombre”, que entraña la libre apreciación en sus relaciones recíprocas, ya que “el derecho no puede y no pretende imponer una determinada conducta: se limita a señalar la que estima conveniente y a castigar la que considera nociva”<sup>103</sup>. La autonomía de la voluntad descansa sobre la libertad individual, como dicen los hermanos Mazeaud, “pero la libertad del individuo no podría ser absoluta sin conducir a la anarquía y al triunfo del mal; tiene por límites las reglas de la moral y las necesidades de la vida en sociedad”<sup>104</sup>.

La libertad o autonomía negocial o contractual es, pues, autodeterminación, autorregulación y autodisposición de sus intereses en la vida social, para disciplinar sus propias relaciones<sup>105</sup>. Esta autonomía, propia de las democracias liberales que permiten a las personas regular sus relaciones, es a la vez fuente de normas y fuente de relaciones.

Y en ese contexto, la voluntad tiene un rol relevante, y por eso es un elemento esencial del negocio mismo<sup>106</sup>. La institución jurídica del contrato, como señala Messineo, es un reflejo de la institución jurídica de la propiedad privada: “Ella es el vehículo de la circulación de la riqueza, en cuanto se admita (no interesa en qué medida) una riqueza (esto es, una propiedad) privada.”<sup>107</sup>

<sup>102</sup> Carlos MOUCHET y Ricardo ZORRAQUIN BECU, *Introducción al Derecho* (Buenos Aires: Perrot, 1959), 111.

<sup>103</sup> MOUCHET y ZORRAQUIN BECU, *Introducción al Derecho...*, 111.

<sup>104</sup> Henry MAZEAUD y Jean Léon MAZEAUD, *Lecciones de derecho civil*, Parte tercera, III (Buenos Aires: EJE, 1962), 30.

<sup>105</sup> Luigi CARIOTA FERRERA, *El negocio jurídico* (Madrid: Aguilar, 1956), 43; Renato SCOGNAMIGLIO, *Teoría general del contrato*, traducido por Fernando Hinestrosa (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1983), 16.; Marco Gerardo MONROY CABRA, *Introducción al derecho* (Bogotá: Temis, 1973), 328.

<sup>106</sup> Doménico BARBERO, *Sistema del derecho privado* (Buenos Aires: EJE, 1967), 516 y 517.

<sup>107</sup> Francesco MESSINEO, *Doctrina general del contrato* (Buenos Aires: EJE, 1952), 15.

La autonomía de la voluntad es la base del derecho común y centro de gravedad de los contratos. Voluntad que está asociada al atributo de la capacidad de las personas: “la personalidad presupone capacidad de concluir actos jurídicos”<sup>108</sup>. La voluntad exteriorizada libre de vicios es capaz de crear por sí misma obligaciones: en este principio de la autonomía de la voluntad reposa el derecho moderno, como afirma la doctrina más autorizada.<sup>109</sup>

La libertad es pilar básico de las decisiones de las personas. La libertad de contratar es una manifestación de la libertad en general y, en particular, es una “consecuencia” del principio de la autonomía de la voluntad<sup>110</sup>. Por ello, la declaración de voluntad en los contratos estatales no difiere en esencia de la de los contratos entre particulares. Eso es lo que reconoce la Ley 80: toda una transformación del derecho administrativo.

Autonomía para gobernar su esfera jurídica<sup>111</sup>: una norma particular que permite la coexistencia de dos esferas de libertad<sup>112</sup>. La autonomía, como ese ámbito de libertad que se negocia, es la base que permite la constitución de relaciones jurídicas y de creación de preceptos particulares para gobernarse a sí mismo (autorregulación). Por ello, como anota Valencia Zea, los artículos 1602 y 1618 CC son “las dos piedras angulares del Código en relación con el principio de la libertad contractual”, pero de manera alguna esa voluntad carece de límites. Por el contrario, el Código prevé limitaciones “encaminadas a salvaguardar los intereses superiores de la colectividad: arts. 16, 1603, 1518, párr. 3º y 1524 CC”.<sup>113</sup>

Superada la visión monopólica del servicio público y reconocida la libertad contractual (una de las caracterizadas manifestaciones de la libertad de empresa) como base del desarrollo, también había que replantearse el dirigismo

---

<sup>108</sup> Biagio BRUGI, *Instituciones de derecho civil* (México: Uteha, 1946), 99. Ver también, Roberto DE RUGGIERO, *Instituciones de derecho civil* (México: Librería de Ángel Pola, 1939), 183.

<sup>109</sup> Arturo ALESSANDRI RODRÍGUEZ y Manuel SOMARRIVA UNDURRAGA, *Curso de derecho civil* (Santiago de Chile: Nascimento, 1961), 310.

<sup>110</sup> ALESSANDRI y SOMARRIVA, *Curso de derecho civil...*, 311.

<sup>111</sup> Luis DÍEZ PICAZO y Antonio GULLÓN, *Sistema de derecho civil*, I (Madrid: Tecnos, 1982), 387 y 389.

<sup>112</sup> Lina BIGLIAZZI, Umberto BRECCIA, Francesco BUSNELLI y Ugo NATOLI, *Derecho civil*, I, 2, traducido por Fernando Hinestrosa (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1992), 611.

<sup>113</sup> Arturo VALENCIA ZEA, *Derecho civil*, I (Bogotá: Temis, 1987), 42 y 43.



estatal en todas sus expresiones. Así, no se compagina con el orden constitucional adoptado en 1991, continuar razonando que en las relaciones negociales del Estado se debía seguir imponiendo la idea rectora de “prerrogativa de poder público”. Esta ha cedido terreno, en los contratos estatales, a la “prerrogativa de poder jurídico” de la autonomía de la voluntad. Hoy el Estado también tiene este otro tipo de “prerrogativa”, compartida con los particulares, ese poder jurídico para entablar relaciones jurídicas y regularlas.

En ese contexto de superación de los monopolios públicos, la autonomía de la voluntad es primordial en los contratos estatales. El derecho comercial y el derecho civil son la regla general, y las normas especiales de la Ley 80 deben coexistir con ellos. Así quedó explícito en la exposición de motivos de esa legislación, que dijo “recuperar” la autonomía de la voluntad como elemento característico del estatuto contractual estatal.<sup>114</sup>

De manera que la autonomía –el otro nombre de la libertad– es pilar básico de la Ley 80 de 1993, como potestad de autorregulación de intereses y relaciones propias destinada a satisfacer deseos y necesidades. La Ley 80 apostó por un régimen en que las entidades estatales obraran más como personas jurídicas, y solo cuando sea estrictamente necesario lo hicieran como autoridades.

Un derecho administrativo de los contratos que le apuesta más a la igualdad que a la jerarquía, al “privilegio”, a la ventaja exclusiva, a la prerrogativa especial, al goce exclusivo del poder público. Menos autoridad soberana y más acuerdo. Menos unilateralidad y más compromiso acordado. La Ley 80 señala una y otra vez que se aplican principalmente las normas civiles y comerciales.

En definitiva, la contratación estatal es un lugar de encuentro de los dos tradicionales ramos del derecho, donde la libertad se reivindica. Al ser la Ley 80 una norma especial (art. 5 de la Ley 57 de 1887 y art. 3º de la Ley 153 de 1887), en lo que ella no regula, los contratos estatales se someten a las disposiciones generales (civiles y comerciales).<sup>115</sup>

<sup>114</sup> Exposición de motivos al Proyecto de Ley 149 de 1992, en Congreso de la República, *Gaceta del Congreso* n.º 75 (1992): 9 y ss.

<sup>115</sup> Cfr. Patricia MIER BARROS, “El régimen jurídico del contrato estatal”, *Revista de Derecho Público*, n.º. 17, (2004), 59 y ss.

De ahí que en los contratos estatales deba prevalecer, en lo posible, el acuerdo sobre la solución unilateral. Así como el servicio público dejó de ser una función administrativa, no es apropiado hablar de “función administrativa contractual”. El contrato estatal da cabida solo por excepción a la expedición de actos administrativos. Al fin y al cabo, el contrato estatal no es más que un acuerdo de voluntades.

No se puede seguir “sacralizando” al acto administrativo como expresión característica de la función administrativa. La unilateralidad en el derecho administrativo no puede ser la única clave para estudiar toda esa disciplina. Es preciso insistir que, a nuestro juicio, el contrato como expresión de la libertad contractual, es hoy por hoy el centro de gravedad del derecho administrativo. Esto impone preguntarse si la actividad contractual puede simple y llanamente denominarse “función administrativa contractual” como suele hacerlo, en especial, la jurisprudencia.

La Ley 80 solo por vía de excepción le imprimió ese carácter de función administrativa a la actividad contractual. El postulado de la autonomía de la voluntad, como indican los antecedentes de la ley, “no puede regular aquellos campos que pertenecen exclusivamente a la esfera del derecho público en razón al interés colectivo que los fundamentan. Son esos límites precisamente los que exigen la normatividad contenida en [la] ley”.<sup>116</sup>

Ese marco que “no puede quedar al arbitrio de la voluntad de las partes” es el siguiente: i) capacidad (inhabilidades, incompatibilidades, conflictos de interés, consorcios y uniones temporales y el registro único de proponentes); ii) selección del contratista (que incluso podrían replantearse por esquemas de mayor negociación despojados del ritualismo del acto administrativo: licitación con negociación, diálogo competitivo, procedimiento abierto o restringido, como han dispuesto las directivas del Parlamento Europeo y el Consejo de la Unión Europea<sup>117</sup>); iii) las denominadas potesta-

---

<sup>116</sup> Exposición de motivos al Proyecto de Ley 149 de 1992, en Congreso de la República, *Gaceta del Congreso* n.º 75 (1992): 12.

<sup>117</sup> Cfr. Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a contratación pública [DO L 94/65 de 28 de marzo de 2014], <https://bit.ly/3GFj2F5> y Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, Sentencia de 20 de noviembre de 2020, Rad. 38097 [fundamento jurídico 9] con A.V.

des excepcionales (que en todo caso deben repensarse –¿eliminarse?–<sup>118</sup> en tanto se ha abierto paso a su adopción vía acuerdo); (iv) los mecanismos de solución de controversias, y, (v) algunos aspectos del manejo económico del contrato: equilibrio económico<sup>119</sup>; el tope del 50% en contrato adicional<sup>120</sup>; mayor cantidad de obra y obra adicional.

Estos son los ámbitos donde pueden verse expresiones nítidas de “función administrativa contractual”. Extender esta expresión más allá es contradecir lo dispuesto, en su letra y en su espíritu, por la Ley 80<sup>121</sup>. La actividad contractual del Estado en sus diversas etapas –precontractual, de ejecución y poscontractual– solo por excepción está gobernada por normas de orden público de la Ley 80.

No hay actos administrativos por el simple hecho de que una de las partes sea la Administración y se pronuncie. Un precepto cardinal, que está en consonancia con el artículo 13, es el artículo 77 de esa ley, que prescribe que las normas sobre procedimientos y actuaciones administrativas serán aplicables a las actuaciones contractuales en cuanto sean compatibles con la finalidad y principios de la Ley 80.

Ese era el sentido genuino de esa ley, que fue tergiversándose por algunas interpretaciones judiciales, y que luego, por desventura, se convirtieron en leyes. La jurisprudencia se alejó en ocasiones de este mandato y luego el legislador hizo suyos esos criterios jurisprudenciales contrarios a la Ley 80, en temas como las multas y el “debido proceso administrativo” que ha trastornado la normal ejecución de los contratos.

La Ley 80 deliberadamente no reguló las multas y la cláusula penal y dejó en claro que, al no hacerlo, se remitía, como en tantos otros asuntos, al derecho civil y comercial (art. 13). Ello supone que se podían pactar

<sup>118</sup> Cfr. María Teresa PALACIO JARAMILLO, “Potestades excepcionales y su nueva regulación legal y reglamentaria-poderes de la Administración”, en *Reforma al régimen de contratación estatal*, 343 y ss, editado por Felipe de Vivero (Bogotá: Universidad de los Andes, 2010).

<sup>119</sup> Cfr. Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto de 11 de marzo de 1972, Rad. 561 [fundamentos jurídicos IX-XIII].

<sup>120</sup> Cfr. Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto de 18 de julio de 2002, Rad. 1439 [fundamento jurídico 1].

<sup>121</sup> El acuerdo voluntario de las partes es “la ley reguladora máxima” (Exposición de motivos al Proyecto de Ley 149 de 1992, en Congreso de la República, *Gaceta del Congreso*, n.º 75 (1992): 13).

y hacer efectivas de manera unilateral, como sucede entre particulares. Infortunadamente, así no lo entendió la jurisprudencia<sup>122</sup> y ese giro jurisprudencial forzó a que la Ley 1150 regulara una materia propia del derecho privado, con reglas, además, de un supuesto “debido proceso”<sup>123</sup>. Problema que se agudizó con la expedición de la Ley 1474 (arts. 86 y 90).

Así las “partes” se han venido convirtiendo –por esta “sacralización” de actos administrativos inexistentes– en “contrapartes”. Del acuerdo se pasó a la confrontación; lo más insólito, es que algunos proponen que el “debido proceso” se “extienda” a los contratos de los particulares. Parece que viviéramos en un país en el que todo se transforma en “pleito”. Consecuencias nocivas de convertir en “función administrativa” lo que no es: se volvió “procedimiento administrativo” lo que es relación comercial gobernada, básicamente, por el derecho común.

La fuerza normativa del contrato estatal y de sus cláusulas no proviene de normas especiales de la Ley 80, sino que es corolario de lo dispuesto por el Código Civil (arts. 16 y 1602 CC). Por ello, como dice el profesor Cárdenas Mejía, en el régimen de contratación estatal es necesario –como sucede en el ámbito privado– pactar un régimen sancionatorio que opere por “ministerio del contrato y sin intervención del juez”.

Si además se someten a un “debido proceso”, las sanciones ya no son automáticas, y no cumplen así su función de apremio. También hay que reevaluar las consecuencias que hoy se derivan en materia de inhabilidades (Ley 1474), porque “una cosa son las sanciones que en realidad solo se aplican excepcionalmente y después de un proceso –que es lo que ocurre en la actualidad– y aquellas que se aplicarían automáticamente de la misma forma que los intereses de mora”.<sup>124</sup>

---

<sup>122</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de 20 de octubre de 2005, Rad. 14579 [fundamento jurídico B].

<sup>123</sup> Cfr. María Teresa PALACIO JARAMILLO, “Potestades excepcionales, nuevas prerrogativas de la administración pública y sus efectos en los procesos arbitrales” en *La Ley 1150 de 2007 ¿una respuesta a la eficiencia y transparencia en la contratación estatal?*, 69 ss., editado por Rocío Araujo (Bogotá: Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, 2011).

<sup>124</sup> Juan Pablo CÁRDENAS MEJÍA, “La huida por la administración del derecho privado contractual”, en *Sociedad, Estado y Derecho, homenaje a Álvaro Tafur Galvis*, III, 377-378, editado por Antonio Aljure, Rocío Araujo y William Zambrano (Bogotá: Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, 2014).

En definitiva, algunos criterios del Consejo de Estado sobre la Ley 80 de 1993 son muy parecidos a los que se tenían en vigencia del anterior estatuto (el Decreto Ley 222 de 1983): ¿puede valerse el juez del contrato de puntos de vista basados en una legislación que no solo está derogada, sino que estaba perfilada con una concepción diametralmente opuesta a la legislación vigente?

No obstante, el Consejo de Estado paulatinamente ha comenzado a revisar ese enfoque de “función administrativa contractual”. En primer lugar, como ya lo hizo la jurisprudencia civil<sup>125</sup>, el Consejo de Estado –en el ámbito de los regímenes exceptuados–<sup>126</sup> de tiempo atrás, ha encontrado viable pactar cláusulas que permitan la resolución extrajudicial unilateral.

Esta óptica pone en el lugar que le corresponde a la autonomía de la voluntad como uno de los pilares de la contratación –privada y pública– al admitir que no es necesario que la ley autorice este tipo de acuerdos. Al reivindicar al derecho privado como norma, al menos en ciertos contratos del Estado, se abre de nuevo la senda hacia un derecho administrativo de la libertad.

En segundo lugar, la situación excepcional derivada de la pandemia del Covid-19 puso de presente que la renegociación es una salida más coherente que las medidas unilaterales. Es deseable que las partes intenten acordar nuevas condiciones que permitan la ejecución de lo pactado. El encuentro, el acuerdo, la bilateralidad son vitales para reubicar a la libertad en el centro del derecho administrativo.

No es preciso que la Administración en sus relaciones contractuales siempre adopte “actos administrativos”. Por difícil que sea la situación, la Administración debe tener presente que está frente a una relación bilateral, que la vía unilateral es un camino excepcional y solo se puede recurrir a él en los casos previstos en la ley. La gestión contractual impone partir

<sup>125</sup> Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, Sentencia de 30 de agosto de 2011, Rad. 1999-01957-01 [fundamentos jurídicos 2, 3 y 4].

<sup>126</sup> Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de 18 de junio de 2007, Rad. 31838 [fundamento jurídico 4.2.3]; Sentencia de 20 de febrero de 2017, Rad. 56939 [fundamento jurídico 1], con A.V.; Sentencia de 19 de julio de 2017, Rad. 57394 [fundamento jurídico 7] con A.V., y Sentencia de 8 de junio de 2018, Rad. 38120 [fundamento jurídico 3.6]. y A.V. a la Sentencia de 21 de noviembre de 2017, Rad. 42408 [fundamento jurídico 3.4.1].

siempre de lo acordado, como norma que gobierna las relaciones contractuales de la Administración.

En los contratos, donde domina la autonomía negocial, es preciso buscar el acuerdo para adoptar soluciones a eventuales dificultades<sup>127</sup>. La excepcionalidad y la exorbitancia que distinguieron las legislaciones inspiradas en la escuela francesa del servicio público, y que terminó por ampliarse a todo tipo de decisión de la Administración, parece haberse convertido en la regla que domina todo los ámbitos del contrato estatal.

Ninguna de las partes puede, a su arbitrio, desconocer lo pactado. Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes y su fuerza obligatoria solo desaparece por mutuo disenso o por causas legales (artículo 1602 CC). Y ello también es así en contratación pública. Aunque se presenten circunstancias especiales (imprevisibles, irresistibles y externas a las partes) —como sin duda fue en su momento la pandemia Covid19— que pudieren llegar a afectar su ejecución, la solución no era la salida unilateral, sino el acuerdo: el camino natural de los contratos. Para facilitar la ejecución lo deseable era tratar de acordar nuevas condiciones que permitieran el cumplimiento del objeto de lo pactado.<sup>128</sup>

En tercer lugar, sobre la base de que la autonomía de la voluntad es la regla dominante del régimen de contratación, el Consejo de Estado ha venido replanteando el criterio, según el cual la ausencia de salvedades en otrosíes o en contratos posteriores impide, de manera automática, plantear pretensiones judiciales<sup>129</sup>. El punto de partida de nuevo ha sido la autonomía: gobernarse por sus propias reglas. La autonomía es esencial a toda persona (art. 73 CC), como sujeto de derechos y ello aplica también a las personas jurídicas (art. 633 CC), y dentro de ellas, por supuesto, a las de carácter público o de las entidades que, aunque carecen de personería jurídica, la ley autoriza a obligarse (arts. 2, 6, 7 Ley 80).

---

<sup>127</sup> Cfr. MIER BARROS, “El régimen jurídico del...”, 72.

<sup>128</sup> Cfr. Consejo de Estado, Sala Especial de Decisión 26, Sentencia de 26 de marzo de 2021, Rad. 2020-01463-00 [fundamento jurídico 15].

<sup>129</sup> Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de 16 de octubre de 1980, Rad. 1960 [fundamento jurídico 7]; Subsección C, Sentencia de 28 de mayo de 2015, Rad. 35625, [fundamento jurídico 4] y A.V. a la sentencia de 29 de enero de 2018, Rad. 52666 [fundamento jurídico 3].

Con esta perspectiva, el artículo 27 de la Ley 80 no ha establecido requisito de procedibilidad alguno que impida si se suscriben pactos adicionales –ante el silencio de las partes frente a una determinada reclamación– luego pretenderla en juicio. Propiciar el acuerdo no impide llevar las diferencias a los tribunales. El deber del juez es el de establecer, caso por caso, cuál fue el acuerdo de las partes y su alcance para determinar si ese acuerdo reguló los asuntos cuya reclamación se formula.<sup>130</sup>

En cuarto lugar, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha subrayado que la violación de lo estipulado en el contrato entraña su incumplimiento y, por consiguiente, constituye un evento de responsabilidad contractual y da lugar a solicitar la indemnización de perjuicios. Los contratos se celebran en beneficio de las dos partes: i) la entidad busca el cumplimiento de los fines del Estado y, ii) el contratista busca un beneficio económico, una remuneración razonable y equivalente (art. 1498 CC).

Aunque en el ámbito de la contratación estatal esa ecuación financiera debe preservarse, no toda alteración de esa ecuación supone un rompimiento del equilibrio económico. El contratista está obligado a asumir los riesgos inherentes a la actividad contractual<sup>131</sup>. Según la jurisprudencia, la situación anormal de ruptura del equilibrio económico solo se presenta en los siguientes supuestos: i) modificaciones del contrato (*ius variandi*); ii) “teoría del hecho del príncipe” y, iii) “teoría de la imprevisión” o “sujeciones materiales imprevistas”.<sup>132</sup>

Por ello, no hay que confundir el incumplimiento con el desequilibrio económico, como pareciera hacerlo la Ley 80<sup>133</sup>. Toda conducta trasgresora de lo pactado que llegue a generar un perjuicio da lugar a reconocer la indemnización correspondiente. Si las partes acuerdan libre y voluntariamente el contenido obligacional del contrato, es natural que si el retardo, el

<sup>130</sup> CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, Subsección C, Sentencia de 20 de noviembre de 2020, Rad. 38097, [fundamento jurídico 10 y ss.], con A.V.

<sup>131</sup> Cfr. Patricia MIER BARROS y Susana MONTES DE ECHEVERRI, “Concesiones viales. La inadecuada distribución de los riesgos, eventual causa de crisis en los contratos”, *Revista de Derecho Público*, n.º. 11 (2000): 39 y ss.

<sup>132</sup> Cfr. Libardo RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, *El equilibrio económico en los contratos administrativos* (Bogotá: Temis, 2015).

<sup>133</sup> CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, Subsección C, Sentencia de 15 de julio de 2020, Rad. 28794 [fundamentos jurídicos 8-13], con A.V.

defectuoso cumplimiento o el incumplimiento configuran un daño resarcible, se genere responsabilidad. Si ello es así, el incumplimiento faculta a la imposición de multas, a declarar la caducidad administrativa del contrato o a declarar el incumplimiento y hacer efectiva la cláusula penal.

En un derecho administrativo de la libertad, los organismos de control no deberían tener una injerencia determinante la celebración y ejecución del contrato. Esta coadministración, que se genera en la práctica, no solo impide una buena gestión, sino que además dificulta una imparcial y adecuada labor de control. Así lo entendió la Ley 80 en su texto original.

Hoy, por desventura, luego de entender que toda la actividad contractual es “función administrativa” se ha llenado de requisitos, formalismos y controles, como si la base fuera la desconfianza respecto de todos los que intervienen: partes (servidores públicos y contratistas) e interventores; como si se “presumiera” que todos ellos buscaran enriquecerse ilícitamente a expensas del erario. Una premisa no solo equivocada, sino que además no ha logrado eliminar (donde se presentan) las malas prácticas, y ha convertido a la contratación pública en un mundo complejo e intrincado, kafkiano, en algunos casos.

Ha sido una constante en el derecho nacional buscar en la ley, y ahora, en las decisiones judiciales y de control, la solución a problemas endémicos de corrupción. Si el Ministerio Público “ayuda” a tomar decisiones de carácter administrativo, las sugiere, las propicia o las presiona, o induce modificaciones, está impedido para cumplir adecuadamente su labor<sup>134</sup>. Sin embargo, el Ministerio Público ejerce un control preventivo. Así, conforme al artículo 160 CDU, retomado por el artículo 219 de la Ley 1952 de 2019, la Procuraduría puede solicitar –no ordenar– medidas preventivas (como la suspensión de procedimientos, actos o contratos<sup>135</sup>), que bien podría transformarlos en “auténticos jueces”.<sup>136</sup>

La Ley 80 en su artículo 65 previó el control fiscal sobre servidores, interventores y contratistas. Posteriormente, el artículo 119 de la Ley 1474

---

<sup>134</sup> Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-113 de 1999 [fundamento jurídico 2].

<sup>135</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-977 de 2002 [fundamento jurídico 5].

<sup>136</sup> PALACIO JARAMILLO, “Parámetros...”, 30.



de 2011<sup>137</sup> dispuso una responsabilidad solidaria del ordenador del gasto, contratista y demás personas que concurran en el hecho, cuando se demuestre la existencia de daño patrimonial proveniente de sobrecostos en la contratación, en procesos de responsabilidad fiscal, acciones populares y acciones de repetición.<sup>138</sup>

El Estatuto anticorrupción en su artículo 83 asignó una serie de tareas al interventor que, como lo advierte la doctrina, desnaturaliza este contrato, al disponer que debe vigilar, además de la correcta ejecución de lo contratado, la moralidad administrativa. Además, previó que la omisión puede acarrear una inhabilidad para ejercer su profesión en el ámbito estatal. Esta responsabilidad, como señala la profesora Palacio Jaramillo es “excesiva, si se tiene en cuenta que la característica técnica de este tipo de contratistas hace que su experticia no sea, ni de lejos, la de convertirse en garante de la moralidad”.<sup>139</sup>

A su vez, el artículo 84 de esta ley previó una inhabilidad de cinco años al interventor que incumpla el deber de entregar información a la entidad contratante, relacionada con el incumplimiento del contrato o circunstancias que puedan constituir actos de corrupción tipificados como conductas punibles, o que puedan poner en riesgo el cumplimiento del contrato, declarado exequible bajo el entendido que, en caso de concurrencia de sanciones de inhabilidad para contratar con el Estado, solo tendrá aplicación la más alta, siempre y cuando se hayan impuesto por el mismo hecho.<sup>140</sup>

Originariamente, la Ley 80 dispuso que los organismos de control y vigilancia no intervendrían en los procesos de contratación, salvo en lo relacionado con la solicitud de audiencia pública para la adjudicación en caso de licitación (artículo 29-11). Las contralorías no podían, pues, intervenir en los procesos internos de la Administración como si fueran parte de ella.

---

<sup>137</sup> “Estatuto Anticorrupción”.

<sup>138</sup> Declarado exequible, Corte Constitucional, Sentencia C-338 de 2014 [fundamentos jurídicos 3 y 4].

<sup>139</sup> Cfr. María Teresa PALACIO JARAMILLO, “Las distorsiones del contrato de interventoría”, en *Infraestructura y derecho, consultoría e interventoría: perspectivas, roles y responsabilidades*, 131 y ss., compilado por Juan Carlos Quiñones y Ornella Choles (Bogotá: Cámara Colombiana de la Infraestructura-Legis, 2019).

<sup>140</sup> Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-434 de 2013 [fundamento jurídico 4.2].

Los órganos que intervienen activamente, así se entendió al inicio, no podrían ejercer objetivamente su labor de control, pues resultarían involucrados en el proceso administrativo específico. Adicionalmente, la Fiscalía General de la Nación conoce de los hechos punibles relacionados con la contratación pública (arts. 57 y 64 de la Ley 80 de 1993), que se agrupan en los delitos de “celebración indebida de contratos”.<sup>141</sup>

Sobre los gestores públicos pesa, pues, una “presunción de mala fe”. Así la gobernanza pública pasó de las manos de los gestores públicos a la coadministración de los múltiples organismos de control. La proliferación de mecanismos e instrumentos de fiscalización de la actividad contractual paraliza los proyectos. El Estado se expone a incertidumbres litigiosas, pues acude a los pleitos por el mero temor a firmar un arreglo directo, figura que ha sido estigmatizada. Se necesitan menos abogados y más emprendedores en los contratos del Estado.

Las normas de contratación no deberían ser concebidas como un instrumento de “lucha contra la corrupción”. Si unas normas se alteran en sus fines genuinos (en este caso, la consecución de los fines del Estado a través de la provisión de bienes y servicios mediante la ejecución de los presupuestos públicos), es natural que los auténticos objetivos no se obtengan. Pero, tampoco, se han logrado aquellos propósitos que artificialmente han sido “creados”: la moralización de la gestión pública contractual.

Estos son los dos escenarios de la legislación donde la nueva concepción del servicio público y la libertad de empresa –como base del desarrollo– se han proyectado expresamente. A pesar de las dificultades y de los retrocesos (en especial de la jurisprudencia), se ha avanzado mucho. En la segunda parte, se expondrán otros dos ámbitos en que ese derecho administrativo de la libertad debería proyectarse.

---

<sup>141</sup> Violación del régimen legal o constitucional de inhabilidades e incompatibilidades (art. 408 del Código Penal); interés indebido en la celebración de contratos (art. 409 del Código Penal); celebración de contrato sin cumplimiento de los requisitos legales (art. 410 del Código Penal) y acuerdos restrictivos de la competencia o colusión en la contratación estatal (art. 410 A Código Penal, adicionado por la Ley 1471 de 2011, Estatuto Anticorrupción).

## **El derecho administrativo de la libertad: las reformas pendientes al ordenamiento legal del derecho administrativo**

El cambio de la concepción del servicio público y el reconocimiento de la libertad de empresa como pilar de la economía no solo impactaron al régimen de los prestadores y a la contratación estatal. Es preciso revisar su incidencia en dos terrenos cruciales del derecho administrativo: de un lado, el régimen de la organización administrativa y el acto administrativo; de otro, el control judicial (institucional y arbitral) de la Administración.

### **Hacia un régimen de la organización administrativa y de la actuación administrativa de la libertad**

La participación de los particulares en la gestión de los servicios públicos, que antes estaba a cargo del Estado, no solo supuso una transformación de la noción de servicio público, sino que vino acompañada de una redefinición del papel del Estado en este sector y en la economía en general. Esto impone una organización y funcionamiento de la institucionalidad administrativa desde una visión subsidiaria; un regreso a confiar en la capacidad de las personas para ser responsables de sus destinos. La finalidad de la ley –según el padre del liberalismo filosófico– no es suprimir o restringir la libertad, sino lo contrario: protegerla y ampliarla.<sup>142</sup>

Un sistema social está fundado en el postulado de *subsidiariedad*, recuerda el profesor Rodríguez Arana, siguiendo de cerca a Messner<sup>143</sup>, cuando, i) en lugar de dirigir y controlar (como sucedía en el modelo monopólico del servicio público) a las personas, les facilite el logro de sus intereses en un contexto de libertad; ii) utiliza la técnica de la descentralización del poder y de la autonomía de las autoridades menores y, iii) acude menos a leyes y más a actividades de fomento y a los estímulos para lograr el bien común: más libertad en un marco de mínima regulación estatal (como sucede en una economía social de mercado).

<sup>142</sup> LOCKE, *Two treatises...* VI, 57.

<sup>143</sup> Cfr. Johannes MESSNER, *Ética general y aplicada* (Madrid: Rialp, 1969), 227 y 228. Y, Johannes MESSNER, *Ética social, política y económica a la luz del derecho natural* (Madrid: Rialp, 1967), 336.

Este postulado de subsidiariedad se suele sintetizar en una idea simple: *tanta libertad como sea posible, tanta intervención estatal como sea imprescindible*. Es reconocer que el progreso social no depende de manera exclusiva del Estado. El fracaso del “Estado del bienestar estático” fue creer en la fórmula ingenua, según la cual la intervención estatal directa, automáticamente producía mayor bienestar general.<sup>144</sup>

La cotitularidad del servicio público exige un regreso a la no injerencia, a la suplencia, a la subsidiariedad que, como señala el maestro Cassagne, solo justifica la intervención del Estado en aquellos casos de ausencia o insuficiencia de la iniciativa privada, cuando es necesaria para la satisfacción del bien común, postulado básico del derecho natural y que arraiga en la doctrina social de la Iglesia (i.e. *Mater et Magistra* y *Quadragesimo Anno*).<sup>145</sup>

El Estado no puede hacerlo todo. Un Estado sobrecargado de tareas, como era el propio del monopolio del servicio público, no solo es ineficiente, sino que además se erige en una seria amenaza contra la libertad de las personas. Un derecho administrativo de la libertad apuesta más por la libertad y la responsabilidad de las personas en la construcción de su destino, que en el poder aplastante de la burocracia estatal.

Decía Napoleón, de quien este año conmemoramos el bicentenario de su muerte, que la imaginación –y no el poder, podríamos añadir– gobierna el mundo<sup>146</sup>. La cotitularidad de la prestación de los servicios públicos es una apuesta por la imaginación, por esa facilidad para formar ideas nuevas, nuevos proyectos. En palabras de Erhard: “... el ideal que yo sueño es que cada cual pueda decir: yo quiero afianzarme por mi propia fuerza, quiero correr yo mismo el riesgo de mi vida, quiero ser responsable de mi propio destino. Vela tú, Estado, porque esté en condiciones de ello”.<sup>147</sup>

---

<sup>144</sup> Jaime RODRÍGUEZ ARANA, *El derecho administrativo del Estado social y democrático de derecho* (Buenos Aires: IJ Editores, 2020). En sentido similar, Jaime RODRÍGUEZ ARANA, “Subsidiariedad y entes locales” (2 de marzo de 2018) “Sobre el principio de subsidiariedad” (2 de noviembre de 2019); y “El principio de subsidiariedad” (7 de noviembre de 2020). <https://rodriguezarana.com>

<sup>145</sup> Juan Carlos CASSAGNE, *Derecho administrativo* (Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2002), 121.

<sup>146</sup> Ier NAPOLÉON, *Mémoires de Napoléon Bonaparte: Manuscrit venu de Sainte-Hélène* (Paris: Hachette Livre-BNF, 2018).

<sup>147</sup> Ludwig ERHARD, *Bienestar para todos* (Madrid: Unión Editorial, 2010).

La ruptura del monopolio estatal de los servicios públicos corrió pareja con la caída estrepitosa del Estado del Bienestar, en su versión “cerrada y unilateral”, o “estática”, como la denomina el profesor Rodríguez Arana<sup>148</sup>. El Estado no ostenta ahora el monopolio de los servicios públicos, y la empresa –y no el Estado– es la base del desarrollo económico. Tampoco puede el Estado, pues, pretender ser el “dueño” del interés público.

Toda norma jurídica sirve a la vez al interés público y al interés privado, según Hayek<sup>149</sup>. Los intereses individuales coinciden a menudo con los sociales. La contraposición entre el interés general y el interés particular es difícil de apreciar, como observa Aftalión. De modo que el “interés en juego” tampoco define al derecho administrativo.<sup>150</sup>

El carácter instrumental del Estado impone ubicar de nuevo a la persona, y a su libertad, como eje del sistema. La libertad –y no el Estado– es el centro del derecho administrativo. Desde esta óptica, el Estado debe fomentar una sociedad más libre, donde las personas tomen sus decisiones más por estímulos positivos que por regulaciones asfixiantes. Un Estado del Bienestar, de corte monopólico en la prestación de los servicios públicos y donde la libertad económica no sea garantizada, amenaza seriamente con aniquilar la capacidad decisoria de las personas.

Con este enfoque, el artículo 20 transitorio de la Constitución dotó de facultades extraordinarias al gobierno de la época para que, a través de normas con fuerza de ley<sup>151</sup>, reordenara la rama ejecutiva del poder público y la pusiera a tono con el nuevo enfoque de los servicios públicos y de la empresa, como base del desarrollo económico. El constituyente facultó al ejecutivo para modificar la estructura de ciertas entidades, es decir, para reestructurarlas, lo que suponía la facultad de modificar, crear, adicionar

<sup>148</sup> Jaime RODRÍGUEZ ARANA, “La crisis del Estado bienestar” y “Estado de bienestar y política social” (9 de noviembre de 2019). <https://rodriguezarana.com>

<sup>149</sup> Friedrich A. HAYEK, *Law, Legislation and Liberty*, I, 132 (Chicago: The University of Chicago Press, 1973).

<sup>150</sup> Enrique AFTALIÓN, José VILANOVA y Julio RAFO, *Introducción al derecho* (Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1999), 805 y ss.

<sup>151</sup> Consejo de Estado, Sección Primera, Sentencia de 20 de enero de 1994, Rad. 2455 [fundamento jurídico párr. 15].

o reasignar funciones, remplazar la denominación de entidades y crear o suprimir cargos o empleos.<sup>152</sup>

Se trataba, pues, de modificar la estructura de la Administración, de transformar sus instituciones, para ajustarse a los cambios constitucionales<sup>153</sup>. Aunque fue un paso decisivo para la “modernización” del Estado, este ajuste institucional no fue consolidado por las reformas subsiguientes que se alejaron del norte trazado por el constituyente de 1991.

En materia de estructura de la Administración nacional<sup>154</sup>, el esquema constitucional y legal permite una enorme flexibilidad al Ejecutivo para hacer constantes cambios normativos, ya que “sustraer del debate en el Congreso y de las reglas de la decisión democrática mayoritaria”<sup>155</sup> estas materias. El reformismo estatal permanente, podría decirse que, porque hay una gran “reestructuración administrativa” por cada período de gobierno, priva de estabilidad al aparato institucional.

El constante cambio de la organización administrativa no permite brindar la certeza ni la seguridad jurídica que las personas esperan para conducir sus vidas. Además, propicia la improvisación, el desorden y la pérdida de confianza en el conjunto de órganos, que por esencia deberían ser “estables”. La misión del derecho constitucional, a juicio de André Hauriou, es organizar una coexistencia pacífica del poder y la libertad<sup>156</sup>. Y la libertad solo florece en un ambiente de orden<sup>157</sup>. El orden, hay que coincidir con Rousseau, es un derecho que sirve de base a todos los res-

---

<sup>152</sup> Consejo de Estado, Sección Primera, Rad. 2249, Sentencia de 13 de mayo de 1993 [fundamento jurídico párr. 24].

<sup>153</sup> Cfr. PALACIO JARAMILLO, “El transitorio 20 y..., 59. También ver, IBÁÑEZ NAJAR, “Tipología de las entidades administrativas objeto de reforma”, en *Implicaciones jurídicas de la reforma administrativa*, 242 y 24.

<sup>154</sup> Un trabajo completo y actualizado sobre organización estatal, en Libardo RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, *Estructura del poder público en Colombia* (Bogotá: Temis, 2021).

<sup>155</sup> Hugo PALACIOS MEJÍA, *Economía en el derecho constitucional colombiano* (Bogotá: Derecho Vigente, 1999), 34.

<sup>156</sup> André HAURIOU, *Derecho constitucional e instituciones políticas* (Barcelona: Ariel, 1971), 36. En sentido similar, a juicio de Sánchez Agesta, las normas constituyen un orden en el que reposa la armonía y vida del grupo porque establece un equilibrio entre sus elementos (Luis SÁNCHEZ AGESTA, *Principios de teoría política* (Madrid: Nacional, 1971), 110 y ss.

<sup>157</sup> Para Burdeau, el poder es una condición del orden y la libertad, no es posible sino dentro del orden. Georges BURDEAU, *Droit constitutionnel et institutions politiques* (Paris: LGDJ, 1966), 11.

tantes y que se fundamenta en convenciones<sup>158</sup>. Y, por ello, el derecho es por naturaleza orden.<sup>159</sup>

El esquema actual impide contar con una organización administrativa fija, firme y homogénea, con rasgos característicos comunes. Adicionalmente, genera una enorme incertidumbre pues, de un lado, la Administración puede constantemente hacer ajustes, y, de otro lado, el legislador puede crear entidades con rasgos distintivos disímiles de un caso a otro.

Así, estamos frente a un esquema abierto que permite al legislador la expedición desarticulada de normas que crean instituciones sin seguir parámetro alguno; las definiciones y los elementos distintivos de las diversas entidades —enunciados en la Ley 489— solo sirven para dictar clase; el legislador y la Administración no tienen el deber de tener en cuenta lo allí previsto. Un ámbito tan abierto deja mucho espacio a la improvisación y propicia el desorden.

Hoy en día, las instituciones administrativas se crean con caracteres *ad hoc*, lejos de la necesaria generalidad, uniformidad y coherencia institucional. El país se acostumbró a superintendencias, “con” y “sin” personería jurídica, a entidades que cumplen similar rol, que son, unas, establecimientos públicos, otras, “agencias”, otras unidades administrativas especiales, etc.<sup>160</sup>

No solo la buena administración impone un orden institucional diáfano, sino que los particulares demandan un aparato público que brinde confianza, que sea uniforme y duradero, además. El esquema actual no genera claridad en la institucionalidad, sino que también propicia inseguridad jurídica. La sociedad necesita tener certeza sobre las instituciones que la gobiernan: previsibilidad de cómo se van a crear o modificar.

<sup>158</sup> Jean Jacques ROUSSEAU, *Du contrat social*, libro I, I (Paris: Gallimard, 1964).

<sup>159</sup> Jorge XIFRA HERAS, *Curso de derecho constitucional* (Barcelona: Bosch, 1957), 91.

<sup>160</sup> Según LOCKE “... [quien] no ponga de un modo constante el mismo signo para denotar la misma idea, sino que use la misma palabra, a veces con un significado y a veces con otro, debe tenerse en las escuelas y en la conversación común por un hombre tan sin tacha como quien, en el mercado y la bolsa de valores, venda diversas cosas con un mismo nombre”. (John LOCKE, *Ensayo sobre el entendimiento humano* (México: Fondo de Cultura Económica, 2000), 500-501.

La certidumbre y el orden generan confianza. El orden permite, además, madurar las instituciones, hace previsible la institucionalidad que se crea según las necesidades. La consolidación de las instituciones exige, por un lado, que las reglas para su creación sean comunes y, por otro, que vía reestructuración de la Administración, no se introduzcan ajustes drásticos que tornen todo variable y cambiante. Los países deben ser gobernados por el orden y no por el desorden.

La palabra “Estado” significa, etimológicamente, situación en la que se encuentra algo o alguien. Pareciera que esa situación en lugar de ser “estable” fuera cambiante para el conjunto de órganos de la Administración. La coherencia, la simplicidad y la certeza del orden jurídico administrativo exigen una institucionalidad simple y sólida. La gestión administrativa arranca ahí. La eficacia y la eficiencia en la Administración exigen una institucionalidad vigorosa. Lo precario y variable es opuesto a lo constante y estable. El Estado, como decía Hauriou, no es más que el organismo social estructurado.<sup>161</sup>

Es necesario volver a dotar de claridad a la organización de la rama ejecutiva. Se requiere una ley orgánica que establezca criterios precisos para crear entidades, con sus elementos definidores, como en su momento se hizo en la histórica reforma administrativa de 1968. Ello sería una buena base para que hubiere la certeza y la confianza que se requiere tener en las instituciones. Una ley orgánica, como alcanzó a plantearse en la Comisión Tercera de la Constituyente, es sin duda una salida razonable.

Es preciso, según el profesor Ibáñez Najar, contar con unos nuevos estatutos básicos o normas orgánicas para imprimirle orden a la organización de la rama ejecutiva<sup>162</sup>. Desde cuando la Corte Suprema de Justicia –entonces juez de constitucionalidad– cambió su criterio y concluyó que los Decretos 1050 y 3130 de 1968 no tenían carácter de estatutos orgánicos básicos y, por ende, no tenían una jerarquía superior a la ley, el legislador ha venido creando todo tipo de entidades administrativas sin sujeción a parámetro legal alguno.

---

<sup>161</sup> Cfr. HAURIU, Maurice, *Précis de droit...*, 153.

<sup>162</sup> Jorge Enrique IBÁÑEZ NAJAR, *Estudios de derecho constitucional y administrativo* (Bogotá: Legis-Justicia y Desarrollo Sostenible-Universidad Sergio Arboleda, 2007), 367 y ss.



El razonamiento de la Corte Suprema de Justicia desde el punto de vista de las normas constitucionales era sólido: “es de la potestad legislativa del Congreso determinar la estructura de los establecimientos públicos y de las unidades administrativas especiales y que, por lo mismo, es también de su competencia ‘modificarla’, o ‘variarla’, pues quien puede lo más, puede lo menos, así resulte a juicio de algunos o de todos antitécnico o antiestético, sin que por ello comporte inconstitucionalidad”.<sup>163</sup>

El problema es que este fallo propició, sin proponérselo, el desorden. No solo era antitécnico (favoreció el caos normativo) y antiestético (el desorden además de que no complace a la vista por la imperfección de sus formas, revela falta de coherencia pues no hay un plan previo al cual seguir), sino que fue y sigue siendo un criterio altamente inconveniente. Por eso, hay que ponerle remedio. Una rama ejecutiva desarticulada impide el cumplimiento eficiente de las delicadas funciones a su cargo.

Hay que coincidir con el profesor Ibáñez Najar en que es necesario prevenir, desde la Constitución, la facultad del Congreso para expedir leyes orgánicas para regular la estructura de la Administración Nacional. Hay que “encuadernarla” de nuevo: “El crecimiento desmesurado de entidades, organismos y dependencias de la Administración ha degenerado en su atomización y ha conducido a que no se sepa cuál es el verdadero tamaño del Estado, lo que dificulta su dirección y gobernabilidad.”<sup>164</sup>

Tampoco hay un reparto riguroso de competencias entre el Congreso y el gobierno en materia de definición y modificación de la estructura de Administración nacional. La ley de manera diáfana debe establecer los precisos contornos de los artículos 150, numeral 7, y 189, numeral 16 de Constitución. El artículo 54 de la Ley 489 de 1998 tal como está hoy no permite distinguir con nitidez cuál es el ámbito de la ley y cuál el del reglamento administrativo. Es desconcertante que dos autoridades tengan, en el fondo, competencias que se traslapan.

No puede ser idéntico el alcance de las facultades “ordinarias” del presidente, para “reestructurar” entidades y organismos administrativos del

<sup>163</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala Plena, Sentencia 39 de 24 de mayo de 1984, Rad. 1125 [fundamento jurídico 3-6].

<sup>164</sup> IBÁÑEZ NAJAR, *Estudios de derecho...*, 464 y 465.

orden nacional, que el alcance de las atribuciones que tiene el Congreso para “definir” su estructura. No es conveniente, ni se acompasa con nuestro sistema de fuentes jurídicas, que una norma legal pueda ser reformada por una disposición administrativa, como lo ha permitido la jurisprudencia.<sup>165</sup>

No es conveniente que un asunto tan importante como la modificación de la estructura de la rama ejecutiva quede en manos del gobierno por una ley marco. Ello solo tendría sentido si se precisara –de una vez por todas– que al gobierno solo le corresponde ocuparse de la estructura interna de cada entidad. Y que al hacerlo no puede, por ningún motivo, incidir en otras entidades: la estabilidad institucional y la seguridad jurídica son indispensables para el buen suceso de la Administración. No hay que legislar continuamente<sup>166</sup>; en cambio, la tarea de cumplir y hacer cumplir la ley (típica tarea administrativa) no tiene pausa.

Ahora, como el servicio público dejó de ser una función administrativa, su prestación no es una manifestación de la descentralización por colaboración. No se está delante de la asignación de funciones administrativas a los particulares (artículo 210, inciso 2° y artículo 123 inciso 3° de la Constitución), como sí lo era en el esquema anterior. Para concluir ello, no es preciso hacer cambio legal alguno.

La jurisprudencia debe superar viejos puntos de vista y no apartarse de los textos constitucionales y legales vigentes para tratar de seguir aplicando criterios superados. Entre nosotros, los jueces no son dueños de la jurisprudencia, como dijo hace exactamente cien años un pronunciamiento histó-

---

<sup>165</sup> Cfr. Consejo de Estado, Sección Primera, Sentencia de 8 de junio de 2000, Rad. 5914 [fundamento jurídico 2.2]; Sentencia de 15 de junio de 2000, Rad. AI-053 [fundamento jurídico 2.2]; Sentencia de 2 de noviembre de 2000, Rad. 5773 [fundamento jurídico IV]; Sentencia de 26 de julio de 2001, Rad. 5849 [fundamento jurídico 2.4]; Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto de 5 de septiembre de 2002, Rad. 1437 [fundamento jurídico 1]; Sección Primera, Sentencia de 8 de noviembre de 2002, Rad. 6758 [fundamento jurídico V]; Sentencia de 13 de marzo de 2003, Rad. 7102, [fundamento jurídico IV]; Sentencia de 31 de julio de 2003, Rad. 6584 [fundamento jurídico IV] y Sentencia del 31 de julio de 2003, Rad. 6327 [fundamento jurídico V. 3]). En sentido contrario, Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, Sentencia de 17 de marzo de 2010, Rad. 35726 [fundamento jurídico 5].

<sup>166</sup> “Un país de mil leyes es un país sin ley” (*Un pays de mille lois est un pays sans loi*) decía Balzac.

rico en Francia<sup>167</sup>. Más aún cuando el derecho administrativo colombiano, a diferencia del francés, es un derecho legislado y no de elaboración pretoriana o jurisprudencial. Por fortuna, al menos en el ámbito constitucional, se trata en realidad de un solo pronunciamiento<sup>168</sup>, porque los demás fallos, aunque lo han señalado así, se trata de consideraciones que no tenían incidencia alguna en la decisión (*obiter dicta*).<sup>169</sup>

Hay que reformular el artículo 211 de la Constitución. Esta disposición, al permitir el uso indiscriminado de la delegación a todo tipo de autoridades, generó un enorme desorden. En un punto tan sensible como la responsabilidad, las normas no pueden establecer ámbitos de impunidad: según la Constitución solo responde el delegatario y no el delegante. La ley y los jueces no son los llamados a corregir los excesos de ese precepto constitucional.

Sin embargo, la Ley 678 de 2001 en el párrafo 4º del artículo 2 previó (en franca oposición al artículo 211) que en materia contractual el acto de delegación no exime de responsabilidad al delegante. La Corte Constitucional declaró exequible esta disposición<sup>170</sup>, al concluir que la delegación no puede convertirse en una “barrera de protección o de inmunidad” frente al delegante.

La delegación generalizada que propicia la Constitución, y que la ley y la jurisprudencia se encargaron de acotar, requiere ajustes de fondo. La legalidad y la responsabilidad son principios esenciales de un derecho administrativo de la libertad. Por el primero se somete a la Administración al orden jurídico; por el segundo, se permite cuestionar su gestión y comprometer su responsabilidad ante el desconocimiento del marco jurídico<sup>171</sup>.

<sup>167</sup> *Vous êtes maîtres de votre jurisprudence*, Cfr. Conseil d'État, Arrêt Olive, 25 de noviembre 1921.

<sup>168</sup> Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-736 de 2007 [fundamento jurídico 5.3].

<sup>169</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-166 de 1995 [fundamento jurídico 2]; Sentencia C-286 de 1996, [fundamento jurídico 1]; Sentencia C-492 de 1996 [fundamento jurídico 2]; Sentencia C-181 de 1997 [fundamento jurídico 2]; Sentencia C-866 de 1999 [fundamento jurídico 3]; Sentencia C-702 de 1999 [fundamento jurídico 2-2] y Sentencia C-543 de 2001 [fundamento jurídico 3.3].

<sup>170</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-372 de 2002 [fundamentos jurídicos 5-8].

<sup>171</sup> Cfr. Susana MONTES DE ECHEVERRI, “Responsabilidad contractual del Estado”, en *Contratos estatales*, editado por María Teresa Palacio Jaramillo (Bogotá: Ibáñez y Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, 2022).

Para ser coherentes con estos dos postulados, es preciso imprimirle certeza a este instrumento de manejo administrativo.

La delegación, como está concebida en la Constitución, no permite brindar seguridad jurídica. En un Estado de Derecho ninguna autoridad del Estado puede ejercer funciones que no hayan sido atribuidas por la Constitución o la ley (principio de legalidad). La despersonalización del poder exige que las normas atribuyan las competencias, vía desconcentración o descentralización. La delegación aunque es un instrumento útil para la gestión eficiente, no puede ser tan amplia, al punto que todo pueda ser delegable si la ley lo autoriza.

En un derecho administrativo de la libertad, el poder público no es patrimonio de nadie, pertenece a todos, y, por ello, debe ejercerse conforme a la Constitución y a la ley. La delegación no puede tornarse en un mecanismo que amenace este postulado, pues el principio de legalidad es un pilar básico del reparto de competencias: un derecho de las personas a exigir su acatamiento por parte de la Administración, pero también un deber de las mismas de obedecer los mandatos de las autoridades administrativas.

Revisada someramente la organización de la Administración del orden nacional, hay que replantear otra figura central del derecho administrativo: el acto administrativo. Ello exige reformular el criterio dominante para diferenciar la función administrativa. En nuestro país, a pesar de lo dispuesto desde la reforma constitucional de 1945, ha prevalecido el criterio orgánico o subjetivo para diferenciar las funciones del Estado, entre ellas, por supuesto, la administrativa.

La Constitución de 1991 no solo optó por un criterio funcional en su artículo 113, sino que reformuló el servicio público al no asimilarlo más a una función administrativa. Por ello, no toda decisión de la Administración (en sentido orgánico o subjetivo) configura un acto administrativo. Y no solo en el régimen legal de los servicios públicos debe dejar de hablarse de servicio público como “función administrativa”, sino que en el ámbito de la contratación estatal, tampoco puede hablarse de una “función administrativa contractual”, como ya se expuso.

La “prerrogativa de poder público” (*puissance publique*) no debería ser la nota dominante de la acción jurídica de las colectividades públicas. Esta

noción –solo por vía de excepción o subsidiaria– se puede proyectar en los actos de gestión dominados por el derecho común, como es el caso de la prestación de los servicios públicos y la contratación estatal.

En otras palabras, si los servicios públicos y la contratación estatal dejaron de ser expresión de la función administrativa, no puede inferirse precipitadamente que todo acto jurídico de la Administración sea un acto administrativo, aplicando de manera mecánica un criterio orgánico o subjetivo. Un acto no es forzosamente administrativo porque emane de la Administración. La materia administrativa deriva de su contenido y no de su origen.

En un derecho administrativo de la libertad es importante que las personas puedan participar en la configuración de los actos administrativos de carácter general. Según la jurisprudencia, con ello se busca permitir que las personas (no “administrados”) puedan tomar parte en la conformación de esa voluntad unilateral de la Administración: el ciudadano puede tender así a adherir más fácilmente a la decisión a través de esta suerte de “obediencia consentida”.<sup>172</sup>

La Administración, como acertadamente señala el profesor Rivero, aunque decida, sola y sin compartir el poder,

... debe ser consciente que se dirige a personas, es decir, a seres dotados de razón y de libertad, juzga necesario buscar la obediencia, no en el solo respeto de su poder, sostenido en el temor a la sanción, sino en la adhesión de las inteligencias; por ello, no desprecia oportunidad de explicar los procedimientos que ha seguido, los elementos del problema, los motivos que la han llevado a preferir la decisión adoptada frente a las que han sido desechadas. Tal actitud marca ya, en la vía de la democracia, un paso esencial, pues implica que, a los ojos del administrador, el administrado deja de ser una cosa [sobre] la cual impone su voluntad para transformarse en una persona.<sup>173</sup>

Y ello puede revestir, a juicio del profesor Rivero, múltiples formas como la motivación de la decisión o la redacción en un lenguaje simple, pero hay una más eficaz: la participación, pues “entre la Administración y él se

<sup>172</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, Sentencia de 26 de enero de 2011, Rad. 17479 [fundamento jurídico 5].

<sup>173</sup> Jean RIVERO, *Páginas de derecho administrativo* bajo dirección y coordinación de Libardo Rodríguez R. (Bogotá: Temis, Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, 2002), 92.

establece un diálogo”<sup>174</sup>. Participación que debe ser libre, informada y previa, pero que deja a la Administración la decisión final, porque no puede convertirse en obstáculo para una buena gestión de lo público.

La forma en la producción de las decisiones administrativas es un medio para proteger los derechos de los asociados. Las personas pueden obedecer mejor, cuando previamente han podido participar en la adopción de la decisión (pero, se insiste, la Administración conserva la última palabra), que si solo se enteran de la determinación que ella toma. Esto es, participación ciudadana en el ámbito consultivo y no decisorio, que ha dado lugar a que se hable en otras latitudes de una suerte de “Administración concertada”.<sup>175</sup>

Por supuesto, que la Administración solo se sujeta al ordenamiento jurídico superior (Constitución y leyes en el ámbito doméstico) y los jueces solo pueden entrar a controlar, una vez las medidas son adoptadas. Se trata de permitir una participación ciudadana en el ámbito consultivo y no decisorio. Ello, sin embargo, debe estar regulado en forma rigurosa para que no genere los problemas que se han presentado en la denominada “consulta previa” en el ámbito legislativo. La Ley 1437 ha avanzado en esta dirección (art. 8 CPACA)<sup>176</sup>, que debe consolidarse y ampliarse.

El Estado del siglo XIX, a juicio de Villar Palasí, heredó y aplicó muchas técnicas típicas del Estado absoluto y este, por su parte, conservó muchas instituciones de los siglos anteriores<sup>177</sup>. A su vez, el derecho administrativo contemporáneo –enseña el maestro Cassagne– ha heredado un gran número de técnicas y principios provenientes del derecho regio.<sup>178</sup>

Conviene reexaminar –como ya ha comenzado a hacerlo la jurisprudencia– ciertas instituciones del derecho administrativo. Por ejemplo, no debería seguir hablándose de “privilegio de la decisión ejecutoria”. Este instituto está concebido para que el destinatario de la decisión administrativa sea

---

<sup>174</sup> RIVERO, *Páginas...*, 93.

<sup>175</sup> Cfr. Jesús LEGUINA VILLA y Miguel SÁNCHEZ MORÓN, *La nueva Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común* (Madrid: Tecnos, 1993).

<sup>176</sup> Cfr. Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto de 19 de febrero de 2019, Rad. 2409 [fundamento jurídico b].

<sup>177</sup> José Luis VILLAR PALASÍ, *Curso de derecho administrativo*, I (Madrid: Universidad Complutense, 1972), 81.

<sup>178</sup> CASSAGNE, *Derecho administrativo...*, 108.

protegido, sin que tenga que acudir al juez. En otras palabras, pretende evitar que las relaciones de la Administración con las personas terminen en un pleito. Más que una “prerrogativa” de la Administración, debe entenderse como un mecanismo de gestión pública que facilita la toma de decisiones al tratar de evitar la controversia judicial.<sup>179</sup>

El acto administrativo, como acto jurídico, está llamado a producir efectos, en el ámbito del derecho, en la esfera jurídica de las personas (antes “administrados”). De ahí la importancia de sus atributos: i) presunción de legalidad (es conforme al orden jurídico); ii) obligatoriedad (es eficaz, sin necesidad de pronunciamiento judicial) y, iii) ejecutoriedad (la Administración puede ejecutarlo directamente).<sup>180</sup>

La presunción de legalidad de los actos administrativos es uno de los presupuestos de todo Estado de Derecho (art. 4, inciso 2 de la Constitución). Esta prerrogativa de la autoridad administrativa implica que, al presumirse ajustado a las normas superiores, todos tienen el deber de acatarlo y no puede desconocerse su carácter imperativo. Es una presunción que, por supuesto, puede ser desvirtuada ante los jueces. Por ello, el artículo 238 de la Constitución –al retomar el artículo 193 de la Constitución de 1886– estableció la medida cautelar de suspensión provisional, y al hacerlo definió a la ley la fijación de los motivos y los requisitos para su procedencia.

Hoy, sin embargo, pareciera que el acto administrativo no se presume legal, su obligatoriedad es cuestionada desde diversos frentes y su carácter ejecutorio, parece supeditado a la anuencia judicial. Si la excepción es la suspensión provisional, era obvio que se exigiera una oposición grosera al orden superior, una ilegalidad manifiesta. Sin embargo, el artículo 231 CPACA eliminó este presupuesto para decretar esa medida cautelar.

Al suprimirse el requisito de infracción manifiesta para decretar la suspensión provisional, no solo se pone en tela de juicio la figura misma del acto administrativo, sino que además se exige una suerte de prejuizgamiento sobre su legalidad, sin que haya habido proceso. La Administración queda,

<sup>179</sup> Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, auto de 31 de octubre de 2016, Rad. 28741A [fundamento jurídico 8] y auto de 17 de mayo de 2019, Rad. 59136 [fundamento jurídico 3].

<sup>180</sup> Cfr. Álvaro TAFUR GALVIS, *Teoría del acto administrativo* (Bogotá: Ediciones Rosaristas, 1975), 65.

así, despojada de un presupuesto importantísimo para la gestión de lo público y trasladada a los jueces la definición de las materias, sin que medie aún juicio alguno<sup>181</sup>. Un derecho administrativo de la libertad, no solo mira a las personas como eje de la Administración, sino que también se preocupa por la solidez y respetabilidad de las instituciones. Solo así se logra la confianza necesaria para una convivencia armónica.

Por último, se hará una aproximación a la Administración vista desde fuera: a partir del control judicial. Un presupuesto sustancial para el buen suceso de la gestión administrativa es contar con una sólida justicia, tanto institucional como arbitral. Hoy por hoy, al lado del papel determinante de la centenaria justicia administrativa, la justicia arbitral ha jugado, en el ámbito de la contratación estatal, un rol relevante.

### **Hacia un control jurisdiccional de la Administración basado en la libertad**

La justicia administrativa está concebida para controlar el sometimiento de la Administración al orden jurídico. Para verificar el cumplimiento del principio de legalidad, es preciso tener una institucionalidad que fiscalice a la Administración, como eficaz garantía de los derechos de los asociados. En Colombia, ese control está a cargo de una justicia especializada inspirada en el modelo francés<sup>182</sup>, diferente de la justicia ordinaria concebida para dirimir los conflictos entre los particulares.

La dualidad de jurisdicciones se justificó en la exigencia de un derecho especial, diferente al de los particulares. La existencia de un juez distinto, sin duda permitió la evolución del régimen a partir de la jurisprudencia. La necesidad de una efectiva salvaguarda de los derechos de las personas frente a la Administración y su conciliación con el interés general son asuntos que se salen de los esquemas propios del juez ordinario.

Sin embargo, es preciso preguntarse si, actualmente, ¿el derecho administrativo es –de manera genuina– un ramo “autónomo” del derecho? Un

---

<sup>181</sup> A.V. a Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, Auto de 17 de septiembre de 2018, Rad. 52506 [fundamento jurídico 2].

<sup>182</sup> Cfr. Libardo RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ y Jorge Enrique SANTOS RODRÍGUEZ, *Un siglo de jurisdicción administrativa y de derecho administrativo en Colombia* (Bogotá: Temis, 2013).



derecho administrativo de la libertad impone una justicia capaz de enfrentar su misión a partir no solo del derecho administrativo (concebido para las expresiones de función administrativa), sino también desde el derecho común para las actividades que no lo son, como el servicio público, la contratación o las actividades industriales y comerciales del Estado.

Hoy, la dualidad no se explica en una pretendida especialidad o particularidad del derecho que regula las relaciones del Estado. La especialidad está en los fines y en la mixtura de derecho público y derecho privado. Se requiere un juez que conozca bien las reglas peculiares de la Administración, pero que no sea ajeno al derecho privado. La particularidad está en esa dificultad de manejar un derecho mixto y, además, en saber encontrar las diferencias en su aplicación e interpretación.

Actualmente, no puede hablarse de un antagonismo entre la autonomía de la voluntad, tradicional postulado civilista, y el principio de legalidad, característico del derecho público. La ley<sup>183</sup> y el contrato<sup>184</sup> se cimientan, finalmente, en una misma idea: el consentimiento. Como sucede en democracia, en el ámbito civil –como decía Duverger– nadie puede fabricar obligaciones sin su consentimiento.<sup>185</sup>

La distinción entre “actos de autoridad” y “actividad de gestión” propuesta por Berthélemy<sup>186</sup> –y que orientó a la jurisprudencia francesa a comienzos del siglo pasado– sirve, en palabras de Garrido Falla, para delimitar los campos de la respectiva aplicación del derecho administrativo y del

<sup>183</sup> Cfr. LOCKE, *Ensayo sobre el...*, VIII, 95. La soberanía del Estado, según Rousseau, es la voluntad general de los contratantes (ROUSSEAU, II, I). A juicio de Burdeau, consentir es aceptar; no es dominar, sino admitir la legitimidad de la dominación (BURDEAU, 73), y para André Hauriou, el fundamento político de la autoridad de los gobiernos de derecho está en el habitual consentimiento que encuentra en los súbditos. De acuerdo con el mismo autor, cuando el poder no está sometido más que por la fuerza, tiene el carácter de poder de hecho, y se convierte en poder de derecho por el consentimiento de los gobernados (HAURIOU, *Derecho constitucional e...*, 128 y 125).

<sup>184</sup> Según el profesor Uribe Holguín en nuestro régimen civil es condición única de existencia del contrato el consentimiento, o sea el acuerdo de voluntades motivado por causa o causas y destinado a crear una o más obligaciones con sus correspondientes objetos. La concurrencia de dos o más voluntades, agrega, forma el consentimiento (Ricardo URIBE HOLGUÍN, *De las obligaciones y del contrato en general* (Bogotá: Ediciones Rosaristas, 1980), 262 y ss.).

<sup>185</sup> Maurice DUVERGER, *Éléments de droit public* (Paris: PUF, 1974), 6.

<sup>186</sup> H. BERTHÉLEMY, *Traité élémentaire de droit administratif* (Paris: Librairie Nouvelle de Droit et Jurisprudence, 1913).

derecho privado<sup>187</sup>. Si los contratos son los mismos de los particulares, su responsabilidad se ve comprometida –según Rivero– en los mismos casos: no hay, entonces, un régimen jurídico propio de la acción administrativa.<sup>188</sup>

El Estado hoy actúa igual que los particulares en muchos ámbitos. Los contratos y la prestación de los servicios públicos son “actos de gestión” gobernados, principalmente, por el derecho privado (relaciones de coordinación), y no “actos de poder público”, de autoridad, gobierno, de imperio, o de mando, gobernados por el derecho público (relaciones de subordinación).

Las relaciones de coordinación no solo existen entre los particulares, sino que también pueden darse entre un particular y el Estado o entre dos órganos del Estado. La relación es de derecho privado, si ninguna de las partes interviene como entidad “soberana”<sup>189</sup>. La totalidad de la actividad administrativa no está, pues, sometida al derecho público. Antes de la expedición de la Constitución de 1991, el profesor Hernández Mora ya advertía: “... nada impide, ni es contrario a la noción de servicio público, ni la lesiona o destruye o desvirtúa, que esta actividad en una u otra proporción pueda estar regida, en algunos o gran parte de sus actos, según las circunstancias, por el derecho privado”.<sup>190</sup>

La independencia de la jurisdicción administrativa hoy no debería explicarse en una especialidad basada en la desigualdad, ni en la unilateralidad. El régimen distinto está en la mezcla, la mixtura, en la “hibridación” de que hablara Weil<sup>191</sup>. Y el juez es especial, no porque sea un juez experto en la unilateralidad, sino justamente porque entiende esa mezcla, porque tiene claros los fines de la Administración, y porque debe estar en capacidad de aplicar los postulados del derecho común en muchos ámbitos, sin perder el prisma público.

---

<sup>187</sup> GARRIDO FALLA, *Tratado de derecho...*, 159.

<sup>188</sup> RIVERO, *Précis de droit...*, 34.

<sup>189</sup> Eduardo GARCÍA MÁYNEZ, *Introducción al estudio del derecho* (México: Porrúa, 2002), 131 y ss.

<sup>190</sup> Alberto HERNÁNDEZ MORA, “La noción del servicio público en derecho administrativo (vigencia y utilidad)” en *El derecho administrativo latinoamericano*, II (Bogotá: Ediciones Rosaristas, 1986), 255 y ss.

<sup>191</sup> Prosper WEIL y Dominique POUYAUD, *Le droit administratif* (Paris: PUF, 1994), 73.

La legislación que hemos comentado en el apartado anterior (régimen de los servicios públicos y régimen de la contratación estatal) no puede ser interpretada como si no hubiera habido cambios. El juez de la Administración no puede –por nostalgia, por “tradicción” o simplemente por “inercia” –seguir usando criterios del pasado. No puede continuar invocando criterios judiciales o autores que inspiraron los regímenes antes de los cambios de la Constitución de 1991. Ello no es armónico con las transformaciones del servicio público, ni con las normas económicas constitucionales de 1991.

No se puede pretender seguir interpretando con parámetros jurídicos superados, instituciones que, aunque guardan la misma denominación, son muy distintas. Hoy el servicio público está muy lejos de la visión clásica francesa y los contratos estatales no pueden estudiarse con la óptica del binomio (superado) contrato administrativo-contrato privado de la Administración.

Un derecho administrativo de la libertad impone el respeto de la separación del ejercicio del poder público (art. 113 de la Constitución). El juez de la Administración no es autoridad administrativa y, por lo mismo, tampoco presupuestal. Es hora de repensar todo el sistema. Las acciones judiciales deben ser concebidas para controlar a la Administración, no para rivalizar con ella, ni emularla. Esto último, además, no es eficiente.

Preocupa que, al lado de los mecanismos constitucionales y legales de intervención administrativa de los servicios públicos, por ejemplo, se ha venido creando todo un esquema “paralelo” concebido a partir de múltiples y desarticuladas decisiones judiciales. No hay duda que las acciones colectivas son un instrumento adecuado para resolver las diferencias en derecho del consumo.

Sin embargo, es discutible que la ley trate como derecho colectivo autónomo el acceso a los servicios públicos, y a que su prestación sea eficiente y oportuna (art. 4, literal j, Ley 472), al igual que el acceso a una infraestructura de servicios que garantice la “salubridad pública” (artículo 4, literal h, Ley 142). Esa concepción no corresponde a la visión propia de derechos de los consumidores.

Además, con ello se traslada a los jueces la efectividad material de típicos derechos económicos y sociales, cuya protección real no es propia

del ámbito de las decisiones judiciales. Ello ha implicado que el juez se convierta en formulador y ejecutor de políticas públicas. Lo preocupante es que en este ámbito, a diferencia de la tutela o de la acción del cumplimiento, las incursiones judiciales no han sido fruto de decisiones judiciales “audaces”, sino que han sido propiciadas por la propia ley. La garantía efectiva de los derechos sociales –que no colectivos, en realidad– no puede quedar en instancias judiciales. Si el juez de la acción popular puede dar órdenes para su protección, esto puede llevarlo a cogestionar y disponer del presupuesto público.

En una democracia liberal, donde la separación del ejercicio del poder público es uno de sus atributos esenciales, no puede haber jueces que suplanten la Administración. El juez no está facultado por el orden jurídico para ordenar gasto (arts. 150, num. 11 y 12, 338 y 345 de la Constitución, inc. 1º, Decreto 111 de 1996 art. 38, Ley 38 de 1989 art. 24, Ley 179 de 1994, arts. 16, 55 y 71).

En el caso de la tutela, algunas decisiones judiciales han ampliado su ámbito, contra los estrictos y precisos términos del texto constitucional. De ser un valioso instrumento subsidiario y residual para la protección inmediata de los derechos fundamentales, ha mutado en una suerte de remedio a todos los males de este país, una “panacea judicial”. Los jueces han pasado, muchas veces, por alto el ordenamiento jurídico y han entrado a fijar políticas públicas<sup>192</sup>. Es el caso, por desventura, también de los servicios públicos.

Es inquietante, por ejemplo, la creación a golpe de fallos de tutela de “subsídios judiciales”, en abierta contravía con lo dispuesto por la Constitución y la ley. Decisiones que, a largo plazo, podrían poner en peligro la sostenibilidad del exitoso esquema que diseñó la Constitución y desarrollaron las reformas legales de 1994. Mandatos que parten del supuesto de la no gratuidad y del apoyo financiero solo hasta un consumo básico de subsistencia.

---

<sup>192</sup> Sobre el activismo judicial, ver: Mauricio A. PLAZAS VEGA, *Del realismo al trialismo jurídico: Reflexiones sobre el contenido del derecho, la formación de los juristas y el activismo judicial* (Bogotá: Temis, 2009), y Ruth Stella CORREA PALACIO, “Jueces y políticas públicas”, en *Estudios de derecho público*, 155 y ss. *Liber Amicorum en homenaje a Carlos Betancur Jaramillo*, editado por Rocío Araujo Oñate (Bogotá: Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, 2020).

A los tradicionales problemas de un ordenamiento jurídico carente de claridad, disperso en normas “especiales” y por lo mismo incoherente, no puede seguir agregándose una dispersión generada en la proliferación de jueces que llegan a adoptar decisiones que –dada la carencia de competencias (técnicas y jurídicas)– terminan siendo igualmente incumplidas.

Todo ello genera una fuente adicional de litigiosidad: el incumplimiento de decisiones judiciales. La eficacia simbólica del derecho contagió ahora, treinta años después, a las decisiones judiciales. Un aparato judicial congestionado, desbordado por una avalancha de “acciones constitucionales”, tampoco puede satisfacer las demandas que por sus competencias ordinarias le corresponden.

No es coherente con las reglas democráticas, ni con los preceptos de hacienda pública –ambos previstos en normas constitucionales– que jueces “activistas” fijen prioridades de la agenda pública, cuando ello compete a otras autoridades. Decisiones que no solo han expandido de manera irresponsable el gasto público, sino que también han mostrado su asignación ineficiente e ineficaz<sup>193</sup>. Providencias que no tienen en consideración los graves problemas fiscales que generan.

Una buena gestión de lo público exige la división de las tareas entre las diferentes agencias del Estado. El juez no puede privar a la Administración de sus competencias y asumir atribuciones que han sido otorgadas por la Constitución a otras autoridades. La tridivisión del ejercicio del poder público no es solo una garantía de la libertad, sino una media de eficacia para la gestión de cada una de las parcelas del poder público.

Un derecho administrativo de la libertad impone un criterio jurisprudencial responsable que impida el uso indiscriminado y paralelo de diversos medios de control. Al delimitar –como por ejemplo, lo ha hecho el Consejo de Estado– el alcance de la acción popular<sup>194</sup>, la jurisprudencia acierta al impedir que se abran nuevos frentes de “litigio estratégico”: con ella no se

---

<sup>193</sup> Hugo PALACIOS MEJÍA, *El derecho de los servicios públicos* (Bogotá: Derecho Vigente, 1999), 91-152.

<sup>194</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, Sentencia de 4 de abril de 2016, Rad. AP-0139, [fundamento jurídico 8], y Sentencia de 27 de abril de 2020, Rad. AP-0023 [fundamento jurídico 9].

pueden controvertir leyes, decisiones de control de constitucionalidad<sup>195</sup>; tratados internacionales<sup>196</sup> ni providencias judiciales.<sup>197</sup>

La acción de tutela y la acción popular tampoco son las vías idóneas para dirimir controversias contractuales. Mediante su uso indiscriminado se ha permitido a autoridades distintas al juez del contrato pronunciarse sobre asuntos relacionados, por ejemplo, con la legalidad de actos administrativos contractuales, validez de los contratos o para –incluso– modificar el clausulado pactado por las partes. Las funciones del juez del contrato se han dispersado así a través de medios paralelos y sucesivos de control. Y la existencia de múltiples “jueces del contrato” genera inseguridad jurídica. El rol principal de la justicia es solucionar definitivamente los conflictos que se le plantean. Por ello, el ordenamiento debe brindar seguridad jurídica a las decisiones judiciales.

La seguridad jurídica es pieza fundamental de un derecho administrativo de la libertad. Una normativa precisa, simple y coherente genera la confianza requerida para celebrar y ejecutar contratos. La estabilidad y certeza jurídica que brinda son factores clave para los contratos. Por ello, el manejo de las vicisitudes contractuales no debería darse –como primer estadio de manejo– ante los jueces. Pero, si la controversia termina en la instancia judicial, es preciso que la decisión del juez del contrato (institucional o arbitral) adquiera firmeza, una vez las providencias queden ejecutoriadas.

No es aconsejable la acumulación de acciones judiciales, que se sucedan unas a otras o que coexistan para un mismo objeto, y menos aún que esas acciones se puedan presentar ante otras jurisdicciones so pretexto de que se trata de asuntos “constitucionales”.

Las medidas cautelares del CPACA se han desbocado. La “discrecionalidad de la justicia administrativa” no puede sustituir a la discrecionalidad de la Administración. Las “medidas cautelares innominadas” no dejan

---

<sup>195</sup> Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de 25 de mayo de 2006, Rad. AP-0345 [fundamento jurídico 1].

<sup>196</sup> Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, auto de 6 de julio de 2006, Rad. AP-1725 [fundamento jurídico 3].

<sup>197</sup> Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de 7 de julio de 2005, Rad AP-2661; Sentencia de 16 de marzo de 2006, Rad. AP-0239 [fundamento jurídico 3] y Sentencia de 22 de febrero de 2007, Rad. AP-1678 [fundamento jurídico 2].

actuar a la Administración, so pretexto de “la tutela judicial efectiva”. Por esa vía, los jueces suplantán el criterio de la definición y ejecución de la política pública de la Administración por su criterio personal.

La capacidad decisoria en materia administrativa no se puede “delegar” en el juez. No es función del juez, por ejemplo, “arreglar” los contratos. Sin embargo, algunos políticos han encontrado en la interposición de acciones judiciales, particularmente, del contencioso-administrativo y populares, una vía para detener la marcha de la Administración. Las decisiones que zanjaron las urnas electorales o que deberían darse en las corporaciones públicas de elección popular, han pasado a los estrados judiciales.

Tenemos una suerte de Administración “judicializada”, o peor aún, una “Administración paralela” donde el juez ya no controla, sino co-gestiona. Estamos en un escenario donde la intromisión judicial indebida en las competencias de otras autoridades ya no causa sorpresa alguna: ¡un juez perdido en la Administración es un juez en la antesala de la política!

Si el juez se transforma en administrador, la Administración se paraliza. Ello se traduce, por supuesto, en una mayor debilidad institucional. Y, las instituciones débiles, tanto como las usurpadoras, son una amenaza contra la libertad. Una cosa es controlar y otra coadministrar. El control judicial es un control jurídico, no un control de oportunidad, ni de conveniencia.

Por la vía insólita de providencias judiciales se adoptan medidas administrativas –y no judiciales, porque se sustituye la Administración–, y se terminan expidiendo así una suerte de “actos administrativos” sin control judicial<sup>198</sup>. Una justicia que hace un control impropio. La justicia se ha convertido, por esta vía, en un mecanismo para prolongar el debate electoral. Una justicia que, por supuesto, no es eficaz, porque no es adecuada a su propia finalidad.

Se ha creado un “parasistema” en el que tenemos un remedo de control de la Administración, en el que en realidad la Administración ha sido sustituida por el juez. Una suerte de “administrador negativo”, es decir, alguien

<sup>198</sup> Cfr. Carlos BETANCUR JARAMILLO, *Derecho procesal administrativo* (Medellín: Señal Editora, 2013), 339 y ss. En sentido similar, en el ámbito del derecho común, se han planteado serias críticas a las “medidas cautelares innominadas”; al respecto ver Gabriel HERNÁNDEZ VILLARREAL, *Medida cautelar innominada* (Bogotá: Ibáñez, 2019).

que sustituye la Administración: “zapatero a tus zapatos”, dice el refrán popular que solía repetir papá.

La medida cautelar de suspensión provisional era suficiente, no suponía involucrarse en gestión alguna de la Administración. Además, el Consejo de Estado y los tribunales administrativos en Colombia mostraron, a lo largo de su existencia, un ejercicio responsable. La Corte Suprema de Justicia en su momento declaró inconstitucional la llamada “suspensión provisional a prevención”, porque justamente suponía una violación del principio de separación del ejercicio del poder público. La solución a la inercia administrativa no es dotar de más competencias a los jueces. Los pálidos resultados, luego de tres décadas, deberían bastar para descartar esa “salida”.<sup>199</sup>

En un derecho administrativo de la libertad, los jueces deben ser ajenos a las contiendas políticas. Hay que eliminar la pérdida de investidura. Esta figura dista de ser un real control judicial y muchas veces pasa por ser un control con tintes políticos. El control judicial a través de la nulidad electoral es suficiente. Además, la figura de la pérdida de investidura podría no resistir una evaluación de un tribunal internacional. No parece sensato que un país tenga una sanción, una pena irredimible. Tampoco es razonable que el Consejo de Estado juzgue a los miembros del Congreso de la República, quienes, a su turno, tienen la competencia para juzgar a los magistrados de esa Corporación.<sup>200</sup>

El proceso disciplinario, por su parte, es un instrumento adecuado para adoptar eventuales sanciones a los congresistas. Este procedimiento administrativo debe encomendarse a otra autoridad que no sea el Procurador, o que la nominación de este no provenga del Congreso. En todo caso, no se podría imponer una sanción administrativa de destitución, pues ello no se aviene a los compromisos internacionales, como ya lo ha advertido la jurisprudencia.<sup>201</sup>

---

<sup>199</sup> Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala Plena, Sentencia de 10 de agosto de 1989, Exp. 1922 [fundamento jurídico f], *Gaceta Judicial* n°. CXCVII, 146.

<sup>200</sup> A.V. a Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso-administrativo, Sentencia de 21 de enero de 2021, Rad. IJ-2019-01604-01 [fundamento jurídico 6].

<sup>201</sup> A.V. a Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso-administrativo, Sentencia de 9 de agosto de 2016, Rad. 1210-11 [fundamentos jurídicos 6 y 7] y Sentencia de 15 de noviembre de 2017, Rad. 1131-2014 [fundamento jurídico 1], con A.V.



El juez de la Administración no solo es guardián de la legalidad interna (incluida la Constitución), sino que también vela por el cumplimiento de los compromisos internacionales. Un juez que debe ser, como lo ha sido el Consejo de Estado francés<sup>202</sup> y ahora el Consejo de Estado colombiano, pionero en el ejercicio del control difuso de convencionalidad<sup>203</sup>. Como todo juez de la República, el juez de la Administración tiene el deber de inaplicar las normas nacionales –no importa su rango– que sean manifiestamente contrarias a los tratados internacionales de los que sea parte Colombia (art. 9 Constitución, arts. 26 y 27 de la Ley 32 de 1985).

Es necesario también revisar la extendida atribución de funciones judiciales a autoridades administrativas<sup>204</sup>. Es cierto que el artículo 116 de la Constitución autoriza al legislador para otorgarles ese tipo de competencias, pero, al hacerlo, impuso una condición de aplicación que no se puede pasar por alto: su “excepcionalidad”. A juicio del profesor Tafur Galvis “la condición de ‘excepcionalidad’ signa la actividad del legislador en materia de atribución de funciones jurisdiccionales a las autoridades administrativas y guía la interpretación, tanto de la atribución misma como del alcance del ejercicio de la función jurisdiccional”.<sup>205</sup>

Ante la congestión de los despachos judiciales y la complejidad de los asuntos (especialmente los económicos) se está abriendo de manera peligrosa la puerta para que ámbitos completos queden en manos de autoridades administrativas “con funciones judiciales”<sup>206</sup>. Pero además de su uso

<sup>202</sup> Cfr. Conseil d’État, Arrêt Nicolo, 20 de octubre de 1989, núm. 108243.

<sup>203</sup> Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C]; Sentencia de 29 de abril de 2019, Rad. 54.364 [fundamento jurídico 7]; sentencias de 31 de mayo de 2019, Rad. 57.630 [fundamento jurídico 8], Rad. 55.591 [fundamento jurídico 7], Rad. 55.995 [fundamento jurídico 7] y Rad. 45.657 [fundamento jurídico 8]; sentencias del 28 de junio de 2019, Rad. 43.741 [fundamento jurídico 8] y Rad. 51.551 [fundamento jurídico 7]; sentencia de 30 de septiembre de 2019, Rad. 63.541 [fundamento jurídico 7]; Sentencia de 5 de agosto de 2020, Rad. 49.821 [fundamento jurídico 4.5.1.2]; Sentencia de 7 de septiembre de 2020, Rad. 49.951 [fundamento jurídico 3.1].

<sup>204</sup> Cfr. María Luisa MESA ZULETA, “Perspectiva sobre el alcance de las facultades de las superintendencias” en *Estudios en derecho público: liber amicorum en homenaje a Carlos Betancur Jaramillo*, II (Bogotá: Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, 2020), 407-435.

<sup>205</sup> Cfr. Álvaro TAFUR GALVIS, *Constitución Política y potestad organizadora* (Bogotá: Ibáñez, 2011), 37 y ss.

<sup>206</sup> En sentido contrario, Emilio José ARCHILA PEÑALOSA, “Vuelve y juega: facultades jurisdiccionales para la superintendencia de industria y comercio en asuntos de antimonopolios”, *Revista Con-texto*, n.º. 43 (2015).

extensivo (una vez más, la excepción pretende erigirse en regla) quedan interrogantes por resolver: ¿un funcionario “judicial” dependiente del director de una entidad administrativa es realmente autónomo?, ¿una superintendencia –que por ejemplo es autoridad de policía administrativa y regula muchas materias– es “imparcial” al conocer de conflictos judiciales?<sup>207</sup>

¿Se han introducido los riesgos de la politización? ¿No sería más fácil convertir a todo ese aparato burocrático en parte de la rama judicial, con todo lo que ello implica?; ¿crear, por ejemplo, la anhelada jurisdicción comercial con servidores de la Superintendencia de Industria y Comercio, de la Superintendencia de Sociedades y Superintendencia Financiera, en lugar del artificioso recurso de apelación ante los Tribunales ordinarios?

Las normas que autorizan a llegar a acuerdos conciliatorios totales o parciales sobre conflictos de carácter particular y contenido económico exigen una previa aprobación judicial. Es necesario estudiar si la justicia debe revisar acuerdos conciliatorios. Pareciera gravitar una presunción de mala fe o una especie de limitación de la capacidad para ponerse de acuerdo. El juez se convierte en una suerte de “tutor de la Administración”, que –en medio de la congestión judicial– retarda acuerdos. La aprobación judicial debería eliminarse o, en su defecto, los presupuestos que hoy trae la ley<sup>208</sup> podrían ser perfectamente verificados por el Ministerio Público como representante de la sociedad.

También es iliberal la cómoda práctica de construir decisiones judiciales a partir de “principios” gaseosos. Cuando la regla legal se olvida, la democracia se hace a un lado y el juez todo poderoso sustituye no solo a la Administración, sino también –y eso es más grave– al legislador, es decir, al pueblo soberano. En un derecho administrativo de la libertad, el oficio judicial debe basarse fundamentalmente en los hechos, su prueba y la norma aplicable.

---

<sup>207</sup> Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-1641 del 2000 [fundamentos jurídicos 18-30].

<sup>208</sup> Que no haya operado el término de caducidad; que medie una debida representación y facultad para conciliar, que el acuerdo conciliatorio verse sobre derechos de carácter particular y contenido económico; que el acuerdo cuente con las pruebas necesarias; que no sea violatorio de la ley y no resulte lesivo para el patrimonio público.

La interpretación judicial se explica en que es necesario buscar el verdadero sentido de la ley (art. 26 CC), no en sustituirlo por el criterio subjetivo del juzgador. Los principios son una valiosa herramienta hermenéutica, pero su uso abusivo no solo los desnaturaliza, sino que trastorna el papel del fallador. Cuando todo es “principio”, nada es “principio”.<sup>209</sup>

En un derecho administrativo de la libertad, el juez de la Administración debe ser consciente de que no tiene competencia para crear “reglas” jurisprudenciales, como por ejemplo ha sucedido en el ámbito de las “decisiones de unificación”. Este entendimiento no se acompasa con los artículos 17 y 25 CC y 230 de la Constitución, que en forma diáfana prohíben a los jueces fijar –en sus providencias– reglas de alcance general.

Solo los representantes del pueblo pueden exteriorizar la voluntad soberana a través de leyes. Se tiene que revisar esa tendencia de los jueces de extraer reglas generales de los fallos. Un país con la incertidumbre que padece por la proliferación de leyes, es un país que no debería, además, soportar una jurisprudencia oscilante y cambiante.

Hay que reconsiderar la aplicación forzada de instituciones como el “precedente judicial”. No se puede desconocer el gran papel que juega la jurisprudencia, pero ella es tan solo un criterio auxiliar de la actividad judicial (art. 230, Constitución)<sup>210</sup>. Al pretender trasladar, sin más, figuras de otros países con tradiciones jurídicas ajenas al nuestro, se produce un clima de incertidumbre, porque en nuestra cultura jurídica no se tiene el cuidado y el rigor que demanda la aplicación de instituciones como esa.

Es curioso, pero la jurisprudencia tenía un mayor valor cuando solo era entendida como tal. Hoy, cuando se habla de “precedente”, las decisiones judiciales no tienen la fuerza y el respeto de otras épocas. Más que trasplantar esquemas foráneos que no encajan en nuestras tradiciones, lo

<sup>209</sup> “La sensación de fundamentación incontestable que suscitan los principios apenas ejemplificados, según mi opinión, es debida también al modo *genérico* en que se formulan normas similares [...]: las palabras dejan contentos a todos. Recuérdese que cuanto más genérica es una afirmación más probablemente es verdadera –lejos de ser cierta–. De manera no diferente, cuanto más genérica es una afirmación más fácil es satisfacerla”. Claudio LUZZATI, *El principio de autoridad y la autoridad de los principios* (Madrid: Marcial Pons, 2013), 69.

<sup>210</sup> Cfr. CONSEJO DE ESTADO, Sala Especial de Decisión n.º. 26, Sentencia de 8 de septiembre de 2021 [fundamento jurídico 22].

que debe fortalecerse es la estricta aplicación de los criterios (auxiliares) jurisprudenciales.

Las providencias judiciales, por otra parte, se han vuelto documentos larguísimos, farragosos, incomprensibles. Escritos en un lenguaje de “eruditos” y donde, en muchas ocasiones, el juez prefiere formular teorías y al hacerlo se aparta de la solución del caso. Es deseable que los fallos sean cortos sin artificios, y escritos en lenguaje natural, claro e inteligible para todos, sobrio, carente de ostentación y adornos. La simplicidad no solo facilita la comprensión, sino el cumplimiento de las decisiones judiciales. El juez, además, debe ser discreto, solo debería “hablar” a través de sus providencias, como decía el maestro Echandía.

En un derecho administrativo de la libertad, la función consultiva del Consejo de Estado juega un rol crucial. Una función que es determinante no solo en la interpretación de asuntos complejos, sino más importante aún en la configuración del orden jurídico. La preparación de normas –legislativas, administrativas e incluso constitucionales– debería contar con el estudio previo de expertos.

Esa Sala no debería limitarse a la importantísima facultad de absolver las consultas que facultativamente le eleve el Gobierno y a la nueva atribución de resolver conflictos de competencia entre entidades administrativas. Su función de asesoría y orientación debería enfocarse en la elaboración de normas, como sucede en Francia. Competencia que sin duda cumpliría a cabalidad dados sus reconocidos rasgos institucionales de solvencia, rigor, independencia e imparcialidad.

Si la seguridad jurídica parte de la certeza en el orden jurídico, la función consultiva podría brindar luces en medio de este oscuro túnel de hipertrofia normativa. Se trataría, así, de volver a los orígenes del Consejo de Estado. La preparación de proyectos de ley en ciertas materias podría contar con el apoyo versado de juristas independientes (v. gr., las de iniciativa privativa del Gobierno, las facultades extraordinarias, los regímenes de excepción o los asuntos que son objeto de mayor consulta, como los ámbitos laborales y contractuales de la Administración).

Conceptos que no se ocuparan de la oportunidad ni de la conveniencia de las medidas, en otros términos, que no entraran en la política, sino que se

centraran en la redacción de las normas, su coherencia con el resto del ordenamiento jurídico, su correspondencia con las normas superiores. Un concepto que contribuiría a eso que hoy llaman “mejora regulatoria”. Una adecuada definición abstracta de leyes y códigos “en silencio y recogimiento”, con la “calma debida” y lejos del “bullicio de las Cámaras”, como en su momento plantearon Pombo y Guerra.<sup>211</sup>

Por último, pasemos rápidamente a la justicia arbitral, que también controla –en el ámbito contractual, de momento– a la Administración. Hay quienes incluso ya hablan (dado su uso extensivo, especializado y riguroso) de una suerte de “justicia arbitral administrativa”: ¿Qué son los árbitros en Colombia? la Constitución zanjó cualquier discusión: los árbitros –en el ámbito doméstico– son genuinos jueces, desde una perspectiva funcional. Así lo dispuso el artículo 116 de la Constitución, al autorizar a los particulares para que, si así lo pactaban, acudieran a los árbitros y no a la justicia institucional.

Un derecho administrativo de la libertad debe hacer una apuesta completa por el respeto a la autonomía de la voluntad: al acuerdo de las partes de sustraer sus controversias de la justicia institucional. Si en el ámbito de la contratación estatal se producen algunos actos administrativos, es natural que los árbitros puedan pronunciarse, sin limitaciones, acerca de estas decisiones. No tiene sentido que los árbitros se puedan pronunciar sobre la validez del contrato y anularlo, pero no puedan pronunciarse sobre los actos administrativos que se expiden con ocasión del mismo.<sup>212</sup>

Es imperioso superar salidas “intermedias” que solo permiten a los árbitros pronunciarse sobre los “efectos económicos” de ciertos actos administrativos, pero no sobre su validez<sup>213</sup>. La Constitución no distinguió<sup>214</sup>, por lo mismo, hay que reexaminar posturas jurisprudenciales basados en criterios

<sup>211</sup> Manuel POMBO y José GUERRA, *Constituciones de Colombia*, IV (Bogotá: Biblioteca Banco Popular, 1986), 276 y 277.

<sup>212</sup> Cfr. Susana MONTES DE ECHEVERRI, “La solución de controversias contractuales por la vía arbitral”, *Revista de Derecho Público*, n.º. 14 (2002): 141.

<sup>213</sup> “¿Cómo pronunciarse sobre los efectos económicos de la invalidez del acto sin pronunciarse respecto de la validez del acto?”

<sup>214</sup> “Una distinción cuya delimitación no estamos, verdaderamente, en capacidad de trazar, no merece entonces ser hecha –para decirlo de forma amable–”. John L. AUSTIN, *Le langage de la perception* (Paris: Vrin, 2007), 164.

superados. Tampoco parece lógico que la tutela coexista con el recurso de anulación. Y, mucho menos, que los jueces de tutela se conviertan en una inexistente segunda instancia del laudo.<sup>215</sup>

El recurso de anulación no se puede transformar en una apelación, so pretexto, por ejemplo, de la causal de fallo en conciencia. El Consejo de Estado, al resolver el recurso extraordinario, no obra como un tribunal de apelación. En otras palabras, el recurso de anulación no procede para dirimir discrepancias de pareceres con los árbitros. Por ello, el juez del recurso de anulación de laudos acertó al concluir que los árbitros se pueden apartar de la jurisprudencia del Consejo de Estado, sin que ello configure causal de nulidad de sus decisiones<sup>216</sup>, y al respetar ese acuerdo de voluntades a partir de una interpretación de la cláusula arbitral desde criterios propios de los contratos.<sup>217</sup>

La autonomía de la voluntad, una vez más, es presupuesto de las relaciones entre el Estado y los particulares. Ese acuerdo es también fuente de derecho objetivo. Al fin y al cabo, el arbitraje se funda en tres componentes: duración de los procesos; especialidad y confianza (quizás la más importante). El juez institucional debe respetar la libertad contractual de sustraer los eventuales litigios de la esfera de lo público.

Una intervención judicial mínima es indispensable para la solidez de la institución arbitral: el juez no puede desconocer el acuerdo. Si la autonomía de la voluntad supone una potestad de autorregulación de intereses y relaciones, el Estado en esos casos, por regla general, está llamado a jugar un rol secundario<sup>218</sup>, para, en lugar de entorpecer, sea un facilitador de la coexistencia armónica de las esferas de libertad. La justicia institucional no es un antagonista del arbitraje.

---

<sup>215</sup> Cfr. AV a CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, Subsección C, auto de 9 de julio de 2018, Rad. 58144 [fundamento jurídico 1].

<sup>216</sup> CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, Subsección C, Sentencia de 23 de septiembre de 2021, Rad. 66315 [fundamento jurídico 6].

<sup>217</sup> Cfr. CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, Subsección C, Auto del 10 de diciembre de 2021, Rad. 64.409 [fundamentos jurídicos 3 y 4].

<sup>218</sup> Si el juez institucional termina decidiendo los casos sometidos al arbitraje, ¿qué sentido tiene pactar arbitraje?

## Conclusiones

Jèze definió al derecho administrativo como el “el conjunto de reglas relativas a los servicios públicos”<sup>219</sup>. Un derecho que exigía reglas especiales de “derecho público” para “la satisfacción de determinado interés general”<sup>220</sup>, diferentes de las de “derecho privado” que supone relaciones de igualdad. Después de 1991, el derecho administrativo colombiano dejó de ser ese “derecho de los servicios públicos”.

Si la noción de servicio público cambió en la Constitución, es obvio que ello debe impactar al derecho administrativo. Como atinadamente indica el profesor Libardo Rodríguez, la más fuerte vinculación del derecho administrativo es con el derecho constitucional: “el derecho constitucional es la fuente principal del derecho administrativo”<sup>221</sup>. El derecho administrativo, como derecho constitucional “concretizado”, sufrió por ministerio de la Constitución –y un fiel desarrollo legal– una serie de transformaciones significativas. La ecuación, servicio público igual a derecho público, hoy no es sostenible.

Para algunas voces muy autorizadas, como Palacios Mejía, el servicio público es un “concepto inútil” y –por lo mismo– prescindible, dada su ambigüedad<sup>222</sup>, ante la constatación de la superación de la doctrina clásica sobre la materia. Sin embargo, desde un ángulo menos radical, se puede concluir que el derecho administrativo sigue siendo el derecho de los servicios públicos, pero transformado radicalmente al haberse reencontrado con la libertad.

El monopolio público no permitía –como sí lo hizo el esquema de competencia– la vinculación de recursos particulares a la prestación de los servicios, al no quedar reducidos a las disponibilidades fiscales. Un derecho de los servicios públicos, en el que concurren los agentes económicos

<sup>219</sup> JÈZE, *Principios generales del derecho ...*, I.

<sup>220</sup> JÈZE, *Principios generales del derecho...*, 89 y 105.

<sup>221</sup> Libardo, RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, *Derecho administrativo*, I (Bogotá: Temis 2017), 37.

<sup>222</sup> Hugo PALACIOS MEJÍA, “El inútil concepto de ‘servicio público’”. Notas para una crítica desde la perspectiva de ‘*Law and economics*’”, en *Colección de derecho económico*, III, 95 y ss. (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2001).

públicos, privados y mixtos, brinda más incentivos para la eficiencia, para la mejora de las tarifas y de los servicios.

La cotitularidad de los servicios públicos del Estado con los particulares produjo una de las más significativas transformaciones del derecho administrativo, que impone un nuevo punto de vista. Sigue siendo el derecho de los servicios públicos, pero no el de Duguit o de Jèze que entre nosotros introdujeron los profesores Carreño y Pareja<sup>223</sup>. Aunque el servicio público conservó los rasgos distintivos de continuidad, uniformidad, generalidad y obligatoriedad, no puede seguir construyéndose el derecho administrativo a partir de una noción superada.

El servicio público ya no es una función pública. No se puede seguir hablando de descentralización por colaboración, ni apelar a una retórica nostálgica de un esquema superado. Para decirlo en palabras de la doctrina: el servicio público a la francesa –elaborado en la primera mitad del siglo XX– es una noción en extinción, “por las políticas europeas de liberalización de los mercados”<sup>224</sup>. Sin embargo, esa noción sigue dominando el derecho administrativo actual, pero desde un enfoque distinto.

El numeral 23 del artículo 150 de la Constitución distinguió nítidamente las leyes relativas al ejercicio de las funciones públicas, de las que atañen a la prestación de los servicios públicos. En armonía con la Constitución, el artículo 3º de la Ley 489 de 1998 que dispuso que los principios de la función administrativa solo se aplican a la prestación de los servicios públicos, en cuanto fueren compatibles con su naturaleza y régimen.

La participación de los particulares en la gestión de los servicios públicos, antes a cargo del Estado, como consecuencia del postulado de subsidiariedad, supuso –como expuso la profesora Susana Montes–

... desandar el camino de las nacionalizaciones; reducir el tamaño del Estado; tener confianza en el individuo y en sus capacidades; permitir la actuación de los particulares en algunas actividades que antes eran de reserva estatal; disminución de reglamentaciones y regulaciones; dando mayor li-

---

<sup>223</sup> Cfr. Pedro CARREÑO, *Apuntes sobre derecho administrativo* (Bogotá: Cromos, 1934), 14. Y, Carlos H. PAREJA, *Curso de derecho administrativo teórico y práctico* (Bogotá, ABC, 1937), 120.

<sup>224</sup> Gilles GUGLIELMI y Geneviève KOUBI, “Le ‘service public à la française: une notion en extinction”, *Cahiers français* n.º. 339 (2007): 3 y ss.



bertad de acción a los particulares en la creación de riqueza; apertura de la prestación de los servicios públicos al sector privado.<sup>225</sup>

El derecho administrativo no ha sido el mismo en todos los tiempos y lugares<sup>226</sup>. Al fin y al cabo, como sentenció Marienhoff, la noción conceptual de “servicio público” es una de las más adecuadas para justificar el carácter *ius in fieri* atribuido o reconocido al Derecho Administrativo<sup>227</sup>. ... ¡un derecho que está en permanente creación, en vía de hacerse o haciéndose! porque aun –como indicó el profesor Vélez García– no ha experimentado fijaciones doctrinarias definitivas: “La constante movilidad doctrinaria del derecho administrativo obedece sin duda a la dinámica de la materia que constituye su objeto”.<sup>228</sup>

El derecho administrativo no solo dejó de ser el derecho de los servicios públicos entendidos como monopolios públicos, tampoco puede seguir entendiéndose como el conjunto de reglas especiales relativas a la estructura, las funciones y los modos de actuación de las autoridades administrativas, a partir de las “prerrogativas de poder público”<sup>229</sup>. Su modo de acción ahora no gravita –o no debería seguir gravitando– en la unilateralidad, en las decisiones impuestas. En pocas palabras: es necesario superar el criterio orgánico o subjetivo para definir el régimen jurídico de las entidades de la Administración.

El Estado cedió su espacio monopólico “para que las actividades empresariales sean desarrolladas por otros agentes económicos”<sup>230</sup>. Sin embargo,

<sup>225</sup> Susana MONTES DE ECHEVERRI, *Las facultades sancionatorias de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios* (Bogotá, 2001), 2 y 3, inédito.

<sup>226</sup> Cfr. Jaime Orlando SANTOFIMIO GAMBOA, *Tratado de derecho administrativo I* (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003), 171.

<sup>227</sup> Miguel S. MARIENHOFF, *Tratado de derecho administrativo II* (Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1995), 18. En sentido contrario, Héctor Jorge ESCOLA, *Compendio de derecho...*, 53 y 54.

<sup>228</sup> Jorge VÉLEZ GARCÍA, *Los dos sistemas...*, 26.

<sup>229</sup> En un siglo las cosas cambiaron drásticamente. Hace cien años, el Consejo de Estado francés concluía: “Si es interesante para vosotros (jueces administrativos) conocer las aplicaciones que hacen del Código Civil, en materia de pago de lo no debido, los tribunales judiciales, no podéis olvidar que teniendo que dirimir no un litigio entre particulares, sino un litigio en que el Estado es parte, vuestra decisión puede inspirarse en principios diferentes [...] sois dueños de vuestra jurisprudencia, os corresponde crearla, no reteniendo las reglas del Código Civil sino en la medida que la aplicación de ellas es compatible con las necesidades de la vida colectiva” (Conseil d’État, *Arrêt Olive*, 25 noviembre de 1921).

<sup>230</sup> Cfr. Congreso de la República, *Gaceta del Congreso* n.º 50 (1992): 13 y 14.

el Estado también puede actuar como operador o prestador, pero sin las tradicionales “prerrogativas de poder público”, propias del esquema anterior, ya que repugnan con la cotitularidad de los agentes económicos particulares.

La Constitución y la legislación no solo tomaron distancia de la Escuela de Burdeos que lideró Duguit. También se alejaron de la Escuela de *Toulouse*, opuesta a la primera bajo la conducción de Hauriou. El centro del derecho administrativo, en nuestro país, tampoco puede ser concebido exclusivamente a partir de las prerrogativas de poder público, como lo pregonó esta otra importante escuela francesa.

El cambio de concepción de servicio público, y el reconocimiento de la empresa como base del desarrollo económico, imponen no seguir dando la espalda al derecho común, revisar la concepción del Estado y, por su puesto, el régimen jurídico de la Administración. Así lo entendieron tanto la Ley 80 de 1993, como las Leyes 142 y 143 de 1994.

Una y otra legislaciones partieron de la reformulación constitucional de los monopolios públicos para dar paso a la libertad económica. Ello suponía un cambio de mentalidad; superar la tradicional unilateralidad que ha signado el derecho público nacional. El derecho administrativo no tiene que ser siempre una excepción al derecho común, ni la gestión pública ser lo opuesto a la gestión privada. El derecho administrativo también es receptor del derecho privado, del acuerdo, de las reglas supletivas, de la autonomía de la voluntad. La bilateralidad, el encuentro de voluntades y la libertad son también imprescindibles en el derecho administrativo.

La originalidad del derecho administrativo hoy en día no reside, como decían profesores como De Laubadère o Vedel, en el no sometimiento al derecho común, en que las reglas sean sustancialmente diferentes a las que se aplican a los particulares<sup>231</sup>. La regla del derecho administrativo no es siempre necesariamente otra distinta a la del derecho privado, como indicó el profesor Vélez García. Y eso no significa que “aquel pierda su autonomía”. Es más, “el derecho administrativo se inspira en el derecho

---

<sup>231</sup> André DE LAUBADÈRE, *Traité de droit administratif* I, 15 ed. (Paris: LDGJ,1999), 33; Georges VEDEL, Pierre DELVOLVÉ, *Droit administratif* (Paris: PUF,1992), 77.

privado”<sup>232</sup>. La sumisión de la Administración al derecho no comporta necesariamente la existencia de un derecho administrativo, puesto que ella puede estar regida por el mismo derecho de los particulares, esto es, el derecho privado.<sup>233</sup>

La Administración, al decir de Santamaría Pastor, no se rige solo por el derecho administrativo, es decir, este no es un ordenamiento paralelo completo sino fragmentario<sup>234</sup>. Un ramo donde pueden converger armónicamente el derecho público y el derecho privado. En palabras del profesor Brewer-Carías: ni el derecho privado se aplica solo a los particulares, ni el derecho administrativo es el cuerpo normativo de las entidades estatales.<sup>235</sup>

El derecho administrativo está a medio camino entre el derecho constitucional y el derecho común. Por ello, ante ámbitos semejantes, como el de los contratos, el derecho administrativo renunció a su pretendida “autonomía” del derecho privado. En la contratación estatal convergen el derecho público y el derecho privado. Es más, el derecho público al perder el monopolio de los servicios públicos, no puede pretender ahora que detenta el monopolio del interés general. El derecho privado también favorece objetivos comunes. Como subraya la perenne enseñanza del Doctor Angélico: *toda ley se ordena al bien común*.<sup>236</sup>

Esa mixtura de disposiciones generales de derecho privado y especiales de derecho público es la nota dominante del derecho de la contratación estatal, ¿o, tal vez, es un llamado a preguntarnos si podemos persistir en la diferencia entre “derecho público” y “derecho privado”, o debemos admitir más bien un criterio de unidad del derecho?

El contrato administrativo (estatal en términos de la Ley 80) es, según el maestro Meilán Gil, sencillamente, un contrato que no es una modulación del civil: “... uno y otro son manifestación de una única categoría jurídica,

<sup>232</sup> VÉLEZ GARCÍA, *Los dos sistemas...*, 25.

<sup>233</sup> RIVERO, *Précis de droit...*, 16.

<sup>234</sup> Juan Alfonso SANTAMARÍA PASTOR, *Principios de derecho administrativo general I* (Madrid: Iustel, 2009), 48 y 49.

<sup>235</sup> Allan BREWER-CARIAS, *Estudios de derecho administrativo* (Bogotá: Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, 1986), 15.

<sup>236</sup> Tomás DE AQUINO, *Suma de Teología II-II*, q. 90, a. 2 (Madrid: Biblioteca de Autores Cristianos, 2001).

considerando al contrato como un supraconcepto, un *oberbegriff*, común a contratos entre particulares y a aquellos en que interviene la Administración, el *government*”.<sup>237</sup>

Por ello, la actividad contractual del Estado tampoco configura una expresión de la “función administrativa”. Solo cuando la Ley 80 le dé esa connotación, la tendría. La autonomía de la voluntad retomó, así, su condición de principio rector de la contratación estatal<sup>238</sup>. No toda determinación de la Administración puede tomarse como un acto administrativo. El derecho administrativo de la libertad debe propiciar la inversión, fomentar la economía, regularla y controlarla.

La “escuela del servicio público” ya no justifica la pretendida autonomía radical del derecho administrativo. Pero, el régimen especial tampoco puede construirse a partir de las “prerrogativas de poder público”. El derecho administrativo de hoy no debería edificarse solo a partir de la unilateralidad. La unilateralidad es necesaria en la Administración –y nadie puede desconocer su importancia en el derecho administrativo–, pero no toda decisión de la Administración configura un acto administrativo.

Hay que reenfocar las relaciones de la Administración. Estamos ante la paradoja de un derecho administrativo centrado en las prerrogativas de poder público, de un derecho que aunque pregona doctrinas liberales, sigue dominado por un lenguaje propio del *Ancien Régime*, con denominaciones como, por ejemplo: “administrado”, “hecho del príncipe” o “privilegio de lo previo”.

En la Administración pública, como en la privada, las cosas deben estar en su sitio. El orden es un presupuesto básico para la convivencia. El derecho debe garantizar la libertad, pero también la seguridad jurídica. Es preciso contar con instituciones estables y confiables. Es imperativo regular seriamente la potestad conformadora de la Administración tanto por parte del Congreso, como del gobierno. Urge la expedición de un estatuto orgánico

---

<sup>237</sup> José Luis MEILÁN GIL, *La defensa del derecho y de su unidad* (A Coruña: Real Academia Gallega de Jurisprudencia y Legislación, 2015), 23.

<sup>238</sup> Cfr. CONSEJO DE ESTADO, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto de 17 de octubre de 1995, Rad. 739 [fundamento jurídico 2] y Corte Constitucional, Sentencia C-154 de 1997 [fundamento jurídico 2].

de la Administración, que reimplante el orden en la organización administrativa.

Un derecho administrativo de la libertad reclama unidad, coherencia, armonía, simetría, claridad y equilibrio en sus reglas. Disposiciones que se cumplan. La sobrerregulación es contraria a una buena administración, al tiempo que amenaza a la autonomía personal. El populismo normativo es incompatible con la gestión eficiente de lo público.

La vía regulatoria (de cualquier índole) no es la idónea para “combatir” la corrupción. La seguridad jurídica, en cambio, propicia el ingreso de capital a sectores estratégicos, antes dominados por los monopolios públicos. El país demanda certeza, simplicidad, precisión, sencillez y estabilidad en sus reglas. En una palabra, confianza.

Hoy los contratos estatales se someten a toda suerte de regulaciones: infinidad de leyes de “excepción” a la Ley 80, potestad reglamentaria desbocada, directivas de autoridades sectoriales, instrucciones de organismos de control, etc. La contratación estatal se ha convertido en una materia altamente regulada. Y la complejidad propicia la disputa, la controversia, el conflicto, ¿y también la corrupción? La explosión de normas es una cortina de humo que esconde el verdadero problema: la no aplicación, la inadecuada aplicación y la distorsión interpretativa que impiden el cabal cumplimiento de las normas.

El juez natural (institucional o arbitral) es quien debe conocer de las controversias entre la Administración y las personas. No conviene la coexistencia de múltiples jueces, cada uno con enfoques diversos. La incertidumbre no genera confianza. Y la confianza es la base de todo. Si los ciudadanos resuelven sus conflictos pacíficamente serán “cada día mejores vecinos [...] que sabrán sembrar semillas de esperanza y transitarán caminos de entendimiento”, decía el ministro Rómulo González Trujillo.<sup>239</sup>

Hay que abogar por una discreta autonomía interpretativa de los jueces. Los cambios legislativos no pueden hacerse por la vía jurisprudencial. En materia contractual, por ejemplo, el juez debe dar eficacia al acuerdo y no

<sup>239</sup> Exposición de motivos al Proyecto de Ley n.º 148 de 1999-Senado, en Congreso de la República, *Gaceta del Congreso* n.º 400 (1999).

contrariar la voluntad de las partes: evitar caprichos interpretativos y “jurisprudencias creadoras”. No hay que reinventar la ley (ni el contrato). Por el contrario, hay que volver a la ley (y al contrato). El juez debe resolver de acuerdo con las normas y las estipulaciones.

Un Estado de derecho sólido cumple la premisa central de la democracia: el predominio de la ley sobre las personas. Ninguna faceta del ejercicio del poder puede ser arbitraria. El juez trabaja con las leyes, en su espíritu y en su letra, y con la obligatoria prudencia que justifica su oficio, como señaló un fallo importante del Consejo de Estado del siglo pasado<sup>240</sup>. El oficio judicial es –debe ser– poco vistoso. La certeza jurídica –en un sistema como el nuestro– solo puede brindarla la ley.

Un país competitivo es aquel en el que prevalece la seguridad jurídica, que da tranquilidad a quien genera empleo. No solo la excesiva y asfixiante reglamentación dificultan la gestión contractual de la Administración. También hay que evitar, la “judicialización” de las diferencias, que muchas veces conduce a la “arbitrariedad” judicial.

Si el árbitro es un verdadero juez, hay que superar mitos como el de la “arbitrabilidad” de los actos administrativos. También es preciso respetar el margen de decisión autónoma de los árbitros: el juez institucional no puede, en principio, pronunciarse sobre el fondo de la controversia. Un arbitraje fuerte y vigoroso no solo contribuye a permitir un acceso ágil y expedito a la administración de justicia, sino que estimula la inversión extranjera.

El profesor Bidart Campos dividía en dos los temas del derecho constitucional: el derecho constitucional del poder (teoría del Estado) y el derecho constitucional de la libertad (los derechos y libertades)<sup>241</sup>. Nuestro planteamiento no pretende transpolar ese brillante postulado al ámbito del derecho administrativo. Estas reflexiones buscan proponer un punto de vista distinto de este ramo del derecho: desde la libertad. Una lectura, para decirlo en expresión hoy extendida, en clave de la libertad.

---

<sup>240</sup> CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, Sentencia de 17 de noviembre de 1967, Rad. 414 [fundamento jurídico apartado 7º].

<sup>241</sup> Germán J., BIDART CAMPOS, *Tratado elemental de derecho constitucional* (Buenos Aires: Ediar, 1989).

Si la razón de ser de la democracia liberal es la garantía de los derechos, y la rama ejecutiva es la encargada de su materialización, es apenas natural pensar que la base misma del derecho administrativo, como derecho de esa rama del poder público, sea la libertad. Esa es su esencia. La confianza en las instituciones está basada en ese postulado.

Hay que construir un derecho administrativo más desde la libertad y menos desde la unilateralidad; más desde las prerrogativas de poder jurídico (autonomía de la voluntad) y menos sobre las prerrogativas de poder público (el *imperium*<sup>242</sup>). La Administración no puede ser sinónimo de ineficacia e ineficiencia. Y, menos aún, obstruir la iniciativa privada que es el motor de la economía.

La Administración no puede ser un obstáculo para la vida de las personas. Así lo entendieron las grandes transformaciones normativas de fines del siglo pasado: la Constitución de 1991, las reformas administrativas de 1992 expedidas con base en el artículo 20 transitorio de la Constitución, la Ley 80 de 1993 y el nuevo régimen de los servicios públicos (Leyes 142 y 143 de 1994). Cuatro años que marcaron un nuevo horizonte al derecho administrativo nacional.

Hay que construir relaciones sólidas de confianza entre el Estado y los particulares. Es preciso superar la falsa dualidad individuo-Estado. En el séptimo centenario de la muerte de Dante, vale la pena recordar un pasaje de la *Monarquía*: “el género humano vivirá tanto mejor cuanto más sea libre [...] nuestra libertad es el mayor don hecho por Dios a la humana naturaleza”.<sup>243</sup>

## Bibliografía

AFTALIÓN, Enrique, José Vilanova y Julio Rafo. *Introducción al derecho*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1999.

<sup>242</sup> Como decía Jellinek, el dominio que el Estado ejerce sobre su territorio no es *dominium*, sino *imperium* (Georg JELLINEK, *Teoría general del Estado* (Buenos Aires: Albatros, 1943), 325), pero ese *imperium* –se insiste– no puede aplicarse a todos los ámbitos de las relaciones del Estado con los particulares.

<sup>243</sup> Alighieri DANTE, *Monarquía*, I: XII (Madrid: Tecnos, 1992).

Agencia Nacional de Contratación Pública Colombia - Compra Eficiente, "Observatorio Colombiano de Contratación Pública". Datos: <http://www.occp.co/>

ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo y Manuel Somarriva Undurraga. *Curso de derecho civil*. Santiago de Chile: Nascimento, 1961.

ARCHILA PEÑALOSA, Emilio José. "Vuelve y juega: facultades jurisdiccionales para la superintendencia de industria y comercio en asuntos de antimonopolios". *Revista Con-texto*, n° 43 (2015).

AUSTIN, John L. *Le langage de la perception*. Paris: Vrin, 2007.

BARBERO, Doménico. *Sistema del derecho privado*. Buenos Aires: EJEA, 1967.

BETANCUR JARAMILLO, Carlos. *Derecho procesal administrativo*. Medellín: Señal Editora, 2013.

BETANCUR, Luis Ignacio. "Aplicación del derecho privado a la administración pública". En *Sociedad, Estado y Derecho, homenaje a Álvaro Tafur Galvis, III*, editado por Antonio Aljure, Rocío Araujo y William Zambrano. Bogotá: Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, 2014.

BERTHÉLEMY, H. *Traité élémentaire de droit administratif*. Paris: Librairie Nouvelle de Droit et Jurisprudence, 1913.

BIDART CAMPOS, Germán J.. *Tratado elemental de derecho constitucional*. Buenos Aires: Ediar, 1989.

BIGLIAZZI, Lina, Umberto BRECCIA, Francesco Busnelli y Ugo Natoli. *Derecho Civil, I, 2*, traducido por Fernando Hinestrosa. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1992.

BOBBIO, Norberto. *Teoría general de la política*. Madrid: Trotta, 2009.

BONNARD, Roger. *Précis de droit administratif*. Paris: Recueil Sirey, 1935.

BREWER-CARÍAS, Allan. *Estudios de derecho administrativo*. Bogotá: Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, 1986.

CÁRDENAS MEJÍA, Juan Pablo. "La huida por la administración del derecho privado contractual", en *Sociedad, Estado y Derecho, Homenaje a Álvaro Tafur Galvis, III*, editado por Antonio Aljure, Rocío Araujo y William Zambrano. Bogotá: Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, 2014.

CARIOTA FERRERA, Luigi. *El negocio jurídico*. Madrid: Aguilar, 1956.

CARREÑO, Pedro. *Apuntes sobre derecho administrativo*. Bogotá: Cromos, 1934.



- CASSAGNE, Juan Carlos. *Derecho administrativo*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2002.
- Colombia, Asamblea Nacional Constituyente, *Gaceta Constitucional* <https://babel.banrepcultural.org/digital/collection/p17054coll26/id/3702/rec/1>
- , Congreso de la República, *Gaceta del Congreso* y Leyes de la República <http://www.secretariassenado.gov.co/>
- , Consejo de Estado, sentencias <http://www.consejodeestado.gov.co/>
- , Consejo de Estado, *Antología Jurisprudencias y Conceptos*, Consejo de Estado 1817-2017, Bogotá, Imprenta Nacional, 2019 <https://cutt.ly/OQ9KFJH> (Tomo III A Responsabilidad contractual); <https://bit.ly/3gjjduK> (Tomo III B Responsabilidad extracontractual) y <https://sidn.ramajudicial.gov.co/> (Tomos I, II y IV-VI).
- , Corte Constitucional, sentencias <https://www.corteconstitucional.gov.co>
- , Corte Suprema de Justicia, sentencias <http://www.cortesuprema.gov.co/>
- CORREA PALACIO, Ruth Stella. “Jueces y políticas públicas”. En *Estudios de derecho público. Liber Amicorum en homenaje a Carlos Betancur Jaramillo*, editora académica Rocío Araujo Oñate. Bogotá : Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, 2020.
- DANTE, Alighieri. *Monarquía*. Madrid: Tecnos, 1992.
- DE AQUINO, Tomás. *Suma de Teología*. Madrid, Biblioteca de Autores Cristianos, 2001.
- DE LAUBADÈRE, André. *Traité de droit administratif*, I, 15 ed. Paris: LDGJ, 1999. <https://www.decitre.fr/livres/traite-de-droit-administratif-9782275017341.html>
- DE RUGGIERO, Roberto. *Instituciones de derecho civil*. México: Librería de Ángel Pola, 1939.
- DÍEZ-PICAZO, Luis y Antonio Gullón. *Sistema de Derecho Civil I*. Madrid: Tecnos, 1982.
- DUGUIT, Léon. *Traité de droit constitutionnel*, II. Paris: Fontemoing, 1909.
- DUGUIT, Léon. *Manuel de droit constitutionnel*. Paris: Fontemoing, 1911.
- DUGUIT, Léon. *Las transformaciones del derecho público*. Madrid: Librería española y extranjera, 1926.
- DUVERGER, Maurice. *Éléments de droit public*. Paris: PUF, 1974.

- ERHARD, Ludwig. *Bienestar para todos*. Madrid: Unión Editorial, 2010.
- ESCOLA, Héctor Jorge. *Compendio de derecho administrativo I*. Buenos Aires: Depalma, 1984.
- ESPLUGAS, Pierre. *Le service public*. Paris: Dalloz, 2002.
- GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo. *Introducción al estudio del derecho*. México: Porrúa, 2002.
- GARRIDO FALLA, Fernando. *Tratado de derecho administrativo, I*. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1973.
- GÓMEZ RODADO, Dionisio. “La responsabilidad en la actividad contractual del Estado [Decreto 222 de 1983]”. En *Contratos estatales*, editado por María Teresa Palacio Jaramillo. Bogotá: Ibáñez y Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, 2021.
- GUGLIELMI, Gilles y Geneviève KOUBI. “Le ‘service public à la française’: une notion en extinction”, *Cahiers français* n°. 339 (2007): 3 y ss.
- HAURIOU, André. *Derecho constitucional e instituciones políticas*. Barcelona: Ariel, 1971.
- HAURIOU, Maurice. *Précis de droit administratif et de droit public*. Paris: Recueil Sirey, 1927.
- HAYEK, Friedrich A. *Law, Legislation and Liberty, I*. Chicago: The University of Chicago Press, 1973.
- HERNÁNDEZ BECERRA, Augusto. *Ordenamiento y desarreglo territorial de Colombia*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2001.
- HERNÁNDEZ MORA, Alberto. “La noción del servicio público en derecho administrativo (vigencia y utilidad)”. En *El derecho administrativo latinoamericano, II*. Bogotá: Ediciones Rosaristas, 1986.
- HERNÁNDEZ VILLARREAL, Gabriel. *Medida cautelar innominada*. Bogotá: Ibáñez, 2019.
- IBÁÑEZ NAJAR, Jorge Enrique. “Tipología de las entidades administrativas objeto de reforma”. En *Implicaciones jurídicas de la reforma administrativa*, editado por William Zambrano Cetina. Bogotá: Ediciones Rosaristas, 1994.
- IBÁÑEZ NAJAR, Jorge Enrique. *Estudios de derecho constitucional y administrativo*. Bogotá: Legis-Justicia y Desarrollo Sostenible-Universidad Sergio Arboleda, 2007.

- JELLINEK, Georg. *Teoría general del Estado*. Buenos Aires: Albatros.
- JÈZE, Gaston. *Principios generales del derecho administrativo*, I. Buenos Aires: Depalma, 1949.
- LEGUINA VILLA, Jesús y Miguel SÁNCHEZ MORÓN. *La nueva Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*. Madrid: Tecnos, 1993.
- LOCKE, John. *Two treatises on civil government* II. Cambridge: Cambridge University Press, 1997.
- LOCKE, John. *Ensayo sobre el entendimiento humano*. México: Fondo de Cultura Económica, 2000.
- LOZANO y LOZANO, Carlos. *Prólogo a José Gnecco Mozo. La reforma constitucional de 1936: Comentario jurídico al acto reformatorio de la Constitución*. Bogotá: ABC, 1938.
- LUZZATI, Claudio. *El principio de autoridad y la autoridad de los principios*. Madrid: Marcial Pons, 2013.
- MARIENHOFF, Miguel S.. *Tratado de derecho administrativo*, II, Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1995.
- MAZEAUD, Henry y Jean Léon MAZEAUD. *Lecciones de derecho civil*, Parte tercera, III, Buenos Aires: EJE, 1962.
- MEILÁN GIL, José Luis. *La defensa del derecho y de su unidad*. A Coruña: Real Academia Gallega de Jurisprudencia y Legislación, 2015.
- MESA ZULETA, María Luisa. “Perspectiva sobre el alcance de las facultades de las superintendencias”. En *Estudios en derecho público: liber amicorum en homenaje a Carlos Betancur Jaramillo*, II, 407-435. Bogotá: Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, 2020.
- MESSNER, Johannes. *Ética social, política y económica a la luz del derecho natural*. Madrid: Rialp, 1967.
- MESSNER, Johannes. *Ética general y aplicada*. Madrid: Rialp, 1969.
- MESSINEO, Francesco. *Doctrina general del contrato*. Buenos Aires: EJE, 1952.
- MIER BARROS, Patricia y Susana Montes de Echeverri. “Concesiones viales. La inadecuada distribución de los riesgos, eventual causa de crisis en los contratos”. *Revista de Derecho Público*, n.º. 11 (2000).

- MIER BARROS, Patricia. “El régimen jurídico del contrato estatal”. *Revista de Derecho Público*, n.º 17 (2004): 59, ss.
- MIRANDA LONDOÑO, Alfonso. “El derecho de la competencia en la ley de servicios públicos domiciliarios”. *Revista de Derecho de la Competencia*, n.º 13, *Centro de Estudios de Derecho de la Competencia* (1999).
- MONROY CABRA, Marco Gerardo. *Introducción al derecho*. Bogotá: Temis, 1973.
- MONTES DE ECHEVERRI, Susana. “Algunas observaciones al nuevo estatuto contractual”. *Revista Cámara de Comercio de Bogotá*, n.º 50 (1983): 87 y ss.
- MONTES DE ECHEVERRI, Susana. *Las facultades sancionatorias de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios*. Bogotá: 2001, (inédito).
- MONTES DE ECHEVERRI, Susana. “La solución de controversias contractuales por la vía arbitral”. *Revista de Derecho Público*, n.º 14 (2002).
- MONTES DE ECHEVERRI, Susana. “Responsabilidad contractual del Estado”. En *Contratos estatales* editado por María Teresa Palacio Jaramillo. Bogotá: Ibáñez y Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, 2021.
- MOUCHET, Carlos y Ricardo Zorraquin Becu. *Introducción al derecho*. Buenos Aires: Perrot, 1959.
- NAPOLÉON Ier. *Mémoires de Napoléon Bonaparte: Manuscrit venu de Sainte-Hélène*. Paris: Hachette Livre-BNF, 2018.
- PALACIO JARAMILLO, María Teresa. “El transitorio 20 y las políticas de privatización”. En *Implicaciones jurídicas de la reforma administrativa*, editado por William Zambrano Cetina. Bogotá: Ediciones Rosaristas, 1994.
- PALACIO JARAMILLO, María Teresa. “Parámetros constitucionales para la determinación de un régimen jurídico de contratación pública en Colombia”. *Revista de Derecho Público*, n.º 14 (2002).
- PALACIO JARAMILLO, María Teresa. “Potestades excepcionales y su nueva regulación legal y reglamentaria-poderes de la Administración”. En *Reforma al régimen de contratación estatal*, editado por Felipe de Vivero. Bogotá: Universidad de los Andes, 2010.
- PALACIO JARAMILLO, María Teresa. “Potestades excepcionales, nuevas prerrogativas de la administración pública y sus efectos en los procesos arbitrales”. En *La Ley 1150 de 2007¿una respuesta a la eficiencia y*

- transparencia en la contratación estatal?*, editado por Rocío Araújo. Bogotá: Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, 2011.
- PALACIO JARAMILLO, María Teresa. “Las distorsiones del contrato de interventoría”. En *Infraestructura y derecho, consultoría e interventoría: perspectivas, roles y responsabilidades*, compilado por Juan Carlos Quiñones y Ornella Choles. Bogotá: Cámara Colombiana de la Infraestructura y Legis, 2019.
- PALACIOS MEJÍA, Hugo. *El derecho de los servicios públicos*. Bogotá: Derecho Vigente, 1999.
- PALACIOS MEJÍA, Hugo. *Economía en el derecho constitucional colombiano*. Bogotá: Derecho Vigente, 1999.
- PALACIOS MEJÍA, Hugo. “El inútil concepto de ‘servicio público’. Notas para una crítica desde la perspectiva de ‘law and economics’”. En *Colección de derecho económico III*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2001.
- PALACIOS MEJÍA, Hugo. Prólogo a *Impacto sectorial de los diez años de la legislación marco de servicios públicos domiciliarios en Colombia*. Económica Consultores. Bogotá: Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, 2004.
- PAREJA, Carlos H. *Curso de derecho administrativo teórico y práctico*. Bogotá: ABC, 1937.
- PLAZAS VEGA, Mauricio A. *Del realismo al trialismo jurídico: Reflexiones sobre el contenido del derecho, la formación de los juristas y el activismo judicial*. Bogotá: Temis, 2009.
- POMBO, Manuel y José Guerra. *Constituciones de Colombia*. Bogotá: Biblioteca Banco Popular, 1986.
- RISOLIA, Marco Aurelio. *Soberanía y crisis del contrato en nuestra legislación civil*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1958.
- RIVERO, Jean. *Précis de droit administratif*. Paris: Dalloz, 1973.
- RIVERO, Jean. *Páginas de derecho administrativo*. Dirección y coordinación de RODRÍGUEZ ARANA, Jaime. *El derecho administrativo del Estado social y democrático de derecho*. Buenos Aires: IJ Editores, 2020.
- RODRÍGUEZ ARANA, Jaime. Artículos (blog) <https://rodriguezarana.com>

- RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Libardo. “Panorama de las transformaciones del derecho público colombiano, con ocasión de la Constitución de 1991”. En *El derecho público en Iberoamérica: libro homenaje al profesor Jaime Vidal Perdomo*, dirección y coordinación Libardo Rodríguez R. Bogotá: Temis-Universidad de Medellín, 2010.
- RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Libardo y Jorge Enrique Santos Rodríguez. *Un siglo de jurisdicción administrativa y de derecho administrativo en Colombia*. Bogotá: Temis, 2013.
- RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Libardo. *El equilibrio económico en los contratos administrativos*. Bogotá: Temis, 2015.
- RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Libardo. *Derecho administrativo*, I. Bogotá: Temis, 2017.
- RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Libardo. *Estructura del poder público en Colombia*. Bogotá: Temis, 2021.
- ROUSSEAU, Jean Jacques. *Du contrat social*, libro I, I. Paris: Gallimard, 1964.
- SÁNCHEZ AGESTA, Luis. *Principios de teoría política*. Madrid: Nacional, 1971.
- SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso. *Principios de derecho administrativo general*, I. Madrid: Iustel, 2009.
- SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. *Tratado de derecho administrativo I*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003.
- SARRIA, Eustorgio. *Derecho administrativo*. Bogotá: Temis, 1968.
- SAYAGUÉS LASO, Enrique. *Tratado de derecho administrativo*, I, Montevideo: FCU, 1974.
- SCOGNAMIGLIO, Renato. *Teoría general del contrato*, traducido por Fernando Hinestrosa. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1983.
- SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PÚBLICOS. *Servicios públicos domiciliarios, serie Actualidad Jurídica*, IV. Bogotá, Imprenta Nacional, 2001.
- TAFUR GALVIS, Álvaro. *Teoría del acto administrativo*. Bogotá: Ediciones Rosaristas, 1975.
- TAFUR GALVIS, Álvaro. *Constitución Política y potestad organizadora*. Bogotá: Ibáñez, 2011.

- UNION EUROPÉENNE, official website <https://eur-lex.europa.eu>
- URIBE HOLGUÍN, Ricardo. *De las obligaciones y del contrato en general*. Bogotá, Ediciones Rosaristas, 1980.
- VALENCIA ZEA, Arturo. *Derecho civil I*. Bogotá: Temis, 1987.
- VEDEL, Georges y Pierre Delvolvé. *Droit administratif*. Paris: PUF, 1992.
- VÉLEZ GARCÍA, Jorge. *Los dos sistemas del derecho administrativo*. Bogotá: Universidad Sergio Arboleda, 1996.
- VIDAL PERDOMO, Jaime. *Derecho administrativo*. Cali: Biblioteca Banco Popular, 1978.
- VIDAL PERDOMO, Jaime. “Principios constitucionales y legales de la nueva contratación administrativa”. En *Comentarios al nuevo régimen de contratación administrativa*. Bogotá: Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, 1995.
- VIDAL PERDOMO, Jaime. “Las comisiones de regulación en los servicios públicos”. *Revista de Derecho Público* n.º 11 (2000): 222.
- VILLAR PALASÍ, José Luis. *Curso de derecho administrativo I*. Madrid: Universidad Complutense, 1972.
- WALINE, Marcel. *Traité élémentaire de droit administratif*. Paris: Recueil Sirey, 1951.
- WEIL, Prosper y Dominique POUYAUD. *Le droit administratif*. Paris: PUF, 1994.
- XIFRA HERAS, Jorge. *Curso de derecho constitucional*. Barcelona: Bosch, 1957.