



CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA
SUBSECCIÓN C

Consejero ponente: JAIME ENRIQUE RODRÍGUEZ NAVAS

Radicación número 08001233300020120025401(48945)

Actor: SEGUROS COLPATRIA S.A.

Demandado: MUNICIPIO DE PALMARDE VARELA

Referencia: CONTROVERSIAS CONTRACTUALES

FUNCIÓN ADMINISTRATIVA CONTRACTUAL-Solo por excepción la actividad contractual del Estado es función administrativa. EJECUCIÓN DE LOS CONTRATOS-No es función administrativa. MULTAS-No son un poder exorbitante o excepcional. MULTAS-La falta de regulación en la Ley 80 de 1993 no impedía que las entidades las pactaran y las hicieran efectivas unilateralmente. CLAUSULA PENAL-Su regulación es aplicable a los contratos estatales. DECLARATORIA DE INCUMPLIMIENTO-No es un poder exorbitante o excepcional DEBIDO PROCESO EN CONTRATACIÓN PÚBLICA-Su aplicación extensiva desnaturaliza el contrato estatal.

ACLARACIÓN DE VOTO

Aunque comparto la decisión que se tomó en la providencia del 1 de junio de 2020, que revocó la sentencia de primera instancia y negó las pretensiones, aclaro voto.

1. A mi juicio, el centro de gravedad del derecho administrativo no hay que buscarlo en el acto administrativo, sino en el el contrato. Es a través de este que el Estado gestiona los recursos con el fin de satisfacer necesidades y cumple los fines que le fueron asignados. Y la regla general es la aplicación del derecho privado a los contratos del Estado (arts. 13, 23, 28 , 32, 40, 44 y 45 de la Ley 80 de 1993).

Por ello, el Consejo de Estado está mora de replantearse si -como lo ha señalado de manera indiscriminada la jurisprudencia- toda la actividad contractual del Estado es una expresión de la “función administrativa”, o si solo -por vía excepcional- en los casos regulados por la ley esta tiene esa connotación. La regla general es el derecho común. La Ley 80 de 1993 viene a ser una regla de “excepción” y solo aplica en los asuntos regulados expresamente por ella. Preceptos que tienen el carácter de orden público y que no pueden derogarse por acuerdo entre las partes (art. 6 C.C.).



Podrían agruparse en cuatro grupos, los aspectos que son aplicables a las entidades que están sometidas a ese estatuto: (i) Algunos asuntos relativos a la capacidad, por ejemplo las inhabilidades, incompatibilidades, conflictos de interés, consorcios y uniones temporales y el registro único de proponentes; (ii) la selección objetiva, es decir los procedimientos de selección de contratistas; (iii) algunos aspectos relativos a su ejecución, como el manejo de riesgo y las denominadas “potestades excepcionales” (que merecen reflexión aparte pues cada día son menos “exorbitantes” e “inusuales al derecho común”) y (iv) los mecanismos de solución de controversias.

A partir de supuestos como los enunciados podría comenzar a repensarse todo lo que ha dicho la jurisprudencia para definir con precisión en qué eventos se ejerce función administrativa y en cuáles no. En la “actividad contractual” del Estado (precontractual, de ejecución y postcontractual), solo por excepción las entidades sometidas a la Ley 80 de 1993 pueden expedir actos administrativos, cuando ello refleje una verdadera prerrogativa de poder público. En los demás, no. Porque la ley 80 quiso que la administración se comportara, por su régimen contractual, como un particular.

Así en la ejecución del contrato, donde la regla general es el derecho privado, la entidad obra como un particular. Y está sometida al postulado fundamental de la autonomía privada (1602 del CC). En esa medida, no puede entenderse que sus decisiones sean ejercicio de función administrativa alguna, pues no ejerce poder público.

Con esta perspectiva el artículo 77 de la Ley 80 de 1993 dispone en forma clara que, en cuanto sean compatibles con la finalidad y los principios de esa ley (subrayo), las normas que rigen los procedimientos y actuaciones en la función administrativa serán aplicables en las actuaciones contractuales. Ese era el sentido genuino de esa ley, que fue tergiversándose por las interpretaciones judiciales, que luego -por desventura- se convirtieron en leyes.



A mi juicio, no son compatibles con la autonomía privada y los demás principios que rigen el derecho común –aplicable en la etapa de ejecución del contrato- el engorroso trámite de la expedición de actos administrativos, la vía gubernativa, las competencias y el procedimiento administrativo que -por ejemplo- exige la aplicación del denominado “debido proceso administrativo” ¿puede aplicarse este “principio” a facetas de la contratación que no son expresión genuina de función administrativa? ¿Esta obsesión por los trámites burocráticos en asuntos ajenos a los definidos expresamente por la ley como función administrativa, es compatible con la agilidad que demandan de las relaciones contractuales, incluidas por supuesto las del Estado?

2. Como la jurisprudencia se alejó de los textos legales, asistimos primero a una “mutación” (reforma no formal) de la Ley 80 y, luego, sin mayor análisis ni discusión varias de esas decisiones terminaron influyendo en la expedición de leyes posteriores. Así, Ley 1150 se convirtió -sin proponérselo- en una verdadera “contrarreforma” al régimen del año 1993. Cambios legislativos que luego seguirían en otras leyes que afectaron la esencia de la ley 80, en asuntos como las multas y declaratoria del incumplimiento, que introdujeron nociones innecesarias de poder de imperio del Estado y, por ende, de “procedimiento administrativo”.

Las multas y la cláusula penal pecuniaria están reguladas en el Código Civil (art. 1592) y el hecho de que la Ley 80 de 1993 no las regulara, no significó -como de forma equivocada entendió la jurisprudencia de la Sala- que las entidades públicas no pudieran pactarlas y, como lo hacen los particulares, imponerlas unilateralmente en caso de incumplimiento. El silencio de la Ley 80 no fue, entonces, un error por omisión, sino una decisión consciente y deliberada de un legislador que recurrió acertadamente al alfabeto jurídico: el derecho civil.

Sin embargo, ese mal entendimiento llevó a la reforma legal de la Ley 1150 de 2007 que convirtió un asunto regulado por el derecho civil en un tema propio del derecho público, pues exigió no solo la expedición de actos administrativos para la imposición de multas y la declaratoria de incumplimiento para hacer efectiva la



cláusula penal, sino además la aplicación de unas reglas que denominó –influido en la jurisprudencia tanto ordinaria como de tutela- “debido proceso”, para adoptar cada una de estas decisiones (art. 17).

En esa misma línea contraria al sentido de la Ley 80 de 1993, la Ley 1474 de 2011, so pretexto de ver en la contratación pública un escenario legal para combatir la corrupción, reguló nuevamente esta competencia y el trámite de la audiencia para adoptar estas decisiones (art. 86) y estableció un grupo de inhabilidades por número de multas e incumplimientos en contra de los contratistas (art. 90).

Así, un asunto relacionado exclusivamente con la ejecución del contrato y que la Ley 80 de 1993, en su concepción original, entregó a los dominios naturales del derecho privado, terminó convertido en una suerte de “pugilato” donde priman las reglas del “debido proceso” sobre las cláusulas y estipulaciones acordadas. Se pasa por alto así dos asuntos muy simples: (i) que la contratación pública está concebida para el cumplimiento de los fines estatales (artículo 3 de la Ley 80 de 1993) y (ii) que los contratos se celebran para ejecutarse. El contrato estatal -así lo ordena el artículo 32 de la Ley 80- debe tratarse como una fuente de obligaciones. Es el lugar de encuentro de dos “partes” y no el ámbito de desencuentro de dos “contrapartes”.

Aun hay muchos temas en la ejecución contractual que no han sido -por fortuna- llevados a la ley y que la jurisprudencia precipitadamente ha asimilado a “función administrativa” y que bien podrían replantearse ¡para volver a la ley!

GUILLERMO SÁNCHEZ LUQUE