

ACCIONES CONSTITUCIONALES
FRENTE A LA CONTRATACIÓN ESTATAL
*NUBIA DEL PILAR MONROY MORENO**



CONSTITUTIONAL ACTIONS
AGAINST GOVERNMENT CONTRACTING

RESUMEN

El proceso de constitucionalización del ordenamiento jurídico y la creación de diversas acciones para la protección de la supremacía del texto constitucional, han permeado en la contratación estatal. Con ocasión de esta permeabilización entre la lógica de la supremacía del texto constitucional y el ejercicio de una función administrativa expresada por los contratos estatales, es que se hace necesaria una revisión de la norma, la jurisprudencia y la doctrina con el propósito de advertir si las acciones constitucionales son procedentes ante la contratación estatal a todo nivel, o si por el contrario deben ser trabajadas como herramientas subsidiarias a los medios de control contencioso administrativos establecidos por el ordenamiento jurídico.

PALABRAS CLAVE: Acciones constitucionales; Contrato estatal; Legalidad; Subsidiariedad; Medios de control.

ABSTRACT

The constitutional process of law and the creation of various actions to protect the supremacy of the Constitution, have permeated government contracting. On the occasion of this permeabiliza-

* Abogada del Colegio Jurídico y de Ciencias Sociales de la Institución Universitaria Colegios de Colombia –UNICOC– (Colombia), litigante en materia contencioso administrativa, e-mail [picami1@hotmail.com].

tion between the logic of the supremacy of the Constitution and the exercise of an administrative function expressed by state contracts, is that a revision of the standard, jurisprudence and doctrine for the purpose of becomes necessary to warn if the constitutional actions are coming to government procurement at all levels, or if instead must be worked as subsidiaries tools to means of controlling administrative litigation established by law.

KEYWORDS: Constitutional actions; State contract; Legality; Subsidiarity; Control means.

Fecha de presentación: 8 de septiembre de 2015. Revisión: 6 de octubre de 2015. Fecha de aceptación: 18 de octubre de 2015.



I. INTRODUCCIÓN

Uno de los principales aspectos de la administración pública se relaciona con la actividad contractual que despliegan los entes del Estado con el fin de satisfacer las necesidades de la sociedad, promover la prosperidad general y generar desarrollo en el país. Esta actividad contractual del Estado se enmarca dentro de la regulación establecida por el Estatuto de Contratación, Ley 80 de 28 de octubre de 1993¹, la Ley 1150 de 16 de julio de 2007², el Decreto Ley 019 de 10 de enero de 2012³, legislación que señala los procedimientos previos, concomitantes y posteriores que se deben cumplir al momento de celebrar un contrato.

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

1 *Diario Oficial*, n.º 41.094, de 28 de octubre de 1993, disponible en [<http://www.alcaldia-bogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=304>].

2 *Diario Oficial*, n.º 46.691, de 16 de julio de 2007, disponible en [http://www.secretariase-nado.gov.co/senado/basedoc/ley_1150_2007.html].

3 *Diario Oficial*, n.º 48.308, de 10 de enero de 2012, disponible en [<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=45322>].

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

El marco jurídico que se aplica a los contratos estatales varía de acuerdo con la naturaleza de cada uno, pues si bien puede pensarse que los contratos enunciados en el artículo 32 de la Ley 80 de 1993 se regirán por las disposiciones del derecho público, puede pregonarse lo mismo respecto de los contratos de compra venta y arrendamiento que celebran las entidades públicas, pues estos por regla general se rigen por disposiciones civiles y comerciales; tampoco existe claridad doctrinal, jurisprudencial y legislativa en torno al tema, porque no se ha establecido una línea de interpretación y armonización de las instituciones de derecho público y de derecho privado en lo relacionado con la contratación de las entidades del Estado⁴.

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

El presente documento busca determinar la procedibilidad de las acciones constitucionales frente a los contratos estatales, cuando la

4 Al respecto, ver CARLOS BETANCOURT JARAMILLO. *Derecho procesal administrativo*, 7.ª ed., Bogotá, Bogotá, Señá Editores, 2009; y RUTH STELLA CORREA PALACIO. "El ejercicio de los poderes del Estado en el contrato estatal", en FELIPE DE VIVERO ARCINIEGAS (comp.). *Reforma al régimen de contratación estatal*, Bogotá, Universidad de los Andes, 2010, pp. 1 a 44.

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

Esta disertación se encuentra organizada en tres acápite: en el primero de ellos se analiza el marco legal relacionado con la contratación estatal; luego las acciones constitucionales. Con base en esos antecedentes, en el tercer acápite se concreta el análisis sobre si la acción constitucional es una vía principal o subsidiaria en los asuntos relacionados con la contratación estatal, lo que lleva a estudiar la forma como se interpretan las normas y reglas en el contrato estatal y la pertinencia de los diferentes mecanismos preventivos, transitorios y cautelares establecidos en la Constitución.

II. CONTRATACIÓN ESTATAL

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

A. Teoría del servicio público y la actividad administrativa

La intervención del Estado y en particular de su actividad administrativa dentro de la sociedad, ha sido comprendida desde la perspectiva que se conoce como la teoría del servicio público, dado que esta teoría permite realizar distinciones entre la función de los particulares y

las actuaciones propias del aparato estatal. Esta teoría tuvo su origen en la jurisprudencia de Francia durante el siglo XIX, en respuesta a la necesidad de ponderar a esa estructura sólida y con poderes tan amplios, que los particulares se veían frente a ella como si se tratara de súbditos en lugar de ciudadanos⁵. De acuerdo con PIERRE MARIE NICOLÁS LÉON DUGUIT, el servicio público debe considerarse un elemento del Estado en sustitución del sistema monárquico⁶.

Según MAURICE HAURIOU, el servicio público se constituye en la razón de ser de la administración pública, por lo que se convierte en tema fundamental del Estado moderno⁷; por ello, el servicio público es también ocupación central del derecho administrativo⁸. Entre tanto, para JEAN RIVERO servicio público es “toda actividad de interés general que la administración asume”⁹. Lo anterior puede explicar la razón de la existencia misma del derecho administrativo, como la herramienta a través de la cual el Estado busca garantizar la prestación de las funciones que la sociedad le ha asignado para beneficio común; en otras palabras, si no existiera el derecho administrativo, el Estado no contaría con las herramientas necesarias para protegerse a sí mismo contra los obstáculos jurídicos que debe enfrentar durante el cumplimiento de funciones que la Constitución le asigna, como la atención de la justicia, la seguridad, etc.

Así, las tareas asignadas a la administración pública, nos reafirman el potencial como gestora del servicio público, encargada de sa-

5 JUAN JOSÉ ÁNGULO. “Riesgo de oportunismo del Gobierno en el sector eléctrico colombiano. Aproximación al diseño institucional de la regulación eléctrica en Colombia”, Bogotá, Universidad del Rosario, 2012, disponible en [<http://repository.urosario.edu.co/handle/10336/3992>].

6 LÉON DUGUIT. *Traité de Droit Constitutionnel*, t. II, Paris, Ancienne Librairie Fontemoing, 1927. Citado en ALBERTO MONTAÑA PLATA. El concepto de servicio público en el derecho administrativo, Bogotá, Externado, 2005, p. 141, “la noción del servicio público se convirtió en el fundamento del derecho administrativo ; para él, la teoría de los servicios públicos es el concepto que nutre toda la idea del Estado y la concepción de éste como un instrumento al servicio de la colectividad”.

7 MARCO ANTONIO VELILLA. *Los servicios públicos como instrumento de solidaridad y cohesión social del Estado*, Bogotá, Ibáñez, 2005, p. 27.

8 MONTAÑA PLATA. *El concepto de servicio público en el derecho administrativo*, cit., p. 136.

9 JEAN RIVERO. *Droit administrative*, Paris, Dalloz, 1996, citado por MONTAÑA PLATA. *El concepto de servicio público en el derecho administrativo*, cit., p. 168.

tisfacer las necesidades y expectativas sociales de una colectividad, con un servicio de calidad buscando la optimización, la consecución, la permanencia de su función, así como la responsabilidad en el manejo de los recursos públicos aplicados a la inversión y sometidos a los parámetros constitucionales y legales, siendo parte fundamental para el logro de los fines del Estado.

Con respecto a la evolución histórica del concepto de servicio público, TOMÁS MALDONADO GÓMEZ¹⁰ refiere que la primera vez que se habló del mismo en los órganos jurisdiccionales franceses, fue en el llamado fallo Blanco¹¹, cuando se hizo responsable al Estado “por el daño causado a los particulares por personas que el Estado emplea en el servicio público”. En algunos países de Europa el servicio público es conocido bajo la denominación de servicio económico de interés general o servicio universal, en consideración a su impacto en la sociedad. La comprensión de este servicio, en términos de RENÉ CHAPUS, se resume así:

La administración es sumisa a un derecho que rige su organización y su actividad y, por ende, su relación con los asociados, quienes son su razón de ser y en la cual tiende a satisfacer sus necesidades mediante el ejercicio de actividades de interés general o, más precisamente, actividades de servicio público¹².

El concepto de servicio público ha sido desarrollado desde tres perspectivas diferentes, como son la orgánica, la material y la funcional; desde la primera, el concepto de servicio público corresponde a un

10 TOMÁS MALDONADO GÓMEZ. “La noción de servicio público a partir de la concepción del Estado social de derecho”, en *Actualidad Jurídica*, 2007, Barranquilla, Universidad del Norte, disponible en [<http://www.uninorte.edu.co/documents/4368250/0/La+noción+servicio+publico+concepción+Estado+Social+de+derecho/2456ba68-9191-4662-885f-c4c1dda75ac4?version=1.1>], pp. 54 a 64.

11 Fallo que en 1872 resolvió el caso instaurado por el padre de AGNÈS BLANCO, donde una menor resultó lesionada después de ser arrollada por un camión del Estado. El caso sirvió como precedente a que la responsabilidad del Estado también se extienda a las actividades realizadas por él con ocasión al servicio público y, por tanto, el Tribunal resolvió que debió regirse por las normas del derecho público y no las del Código Civil, como antes se hacía. *Ibíd.*, p. 56.

12 RENÉ CHAPUS. *Droit administratif général*, Paris. Montchrestien, 1998, p. 1, citado por MONTAÑA PLATA. *El concepto de servicio público en el derecho administrativo*, cit., p. 52.

organismo de derecho público que existe para prestar un servicio también público, lo que implica una competencia de carácter técnico¹³. Así mismo, desde la perspectiva material, las actividades propias del servicio público son las que se orientan a la satisfacción de un interés general, son ejercidas por un organismo público y normalmente están por fuera de la órbita del derecho privado¹⁴. Y desde la perspectiva funcional, el servicio público es definido como una actividad de interés general que se identifica por la existencia de reglas y poderes exorbitantes¹⁵.

Por su parte, MARÍA TERESA PALACIO JARAMILLO, al analizar el asunto, plantea que

Al Estado, como simple garante de los derechos individuales, se le asignaron tareas de intervención de la órbita de los particulares en la búsqueda del beneficio comunitario, otorgando gran importancia a la noción de servicio público y a sus obligaciones sociales¹⁶.

La autora señala que los nuevos derroteros y orientaciones estatales, su vocación competitiva, su papel de ente regulador, la nueva concepción de los servicios públicos y su finalidad social, las políticas económicas de globalización, la cercanía entre el mundo público y el mundo privado y sus regulaciones, la satisfacción del interés general como una obligación y la aplicación de reglas igualitarias,

constituyen la base fundamental de una nueva concepción y organización social, con un especial concepto de legalidad y legitimidad, donde el particular y el Estado aúnan sus fuerzas en orden a la búsqueda del mejoramiento de la calidad de vida de los asociados y su justicia material¹⁷.

13 CARLOS CASTRO CUENCA. "Aproximación a la corrupción en la contratación pública. Especial referencia a las fórmulas de tipificación de la corrupción en la contratación pública", Salamanca Universidad de Salamanca, 2009, p. 131.

14 GASTÓN JEZÉ. *Los principios generales del derecho administrativo*, Libro II, La noción del servicio público, los agentes de la administración pública, Buenos Aires, Depalma, 1949, p. 9.

15 JEAN-MARIE AUBY y ROBERT DUCOS-ADER. *Institutions administratives*, Paris, Dalloz, 1971, pp. 24 a 27.

16 MARÍA TERESA PALACIO JARAMILLO. "Resurgimiento o crisis de la noción de servicio público", *Revista de Derecho Público*, n.º 11, junio de 2000, Bogotá, Universidad de los Andes, p. 4.

17 *Ibíd.*, p. 12.

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

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

Es toda actividad cuyo cumplimiento debe ser regulado, asegurado y fiscalizado por los gobernantes, por ser indispensable a la realización y al desenvolvimiento de la interdependencia social, y de tal naturaleza que no puede ser asegurado completamente más que por la intervención de la fuerza gobernante¹⁸.

Se observa que esta es una posición que supone la plena intervención del Estado como un requisito para la atención de este tipo de servicio. Sin embargo, el concepto se ha ido concretando en la medida en que le han sido reconocidas determinadas características como la generalidad, la igualdad, la continuidad y la obligatoriedad. La generalidad se refiere al hecho de que debe tratarse de una actividad que no puede estar dedicada a atender las necesidades de unos pocos particulares, mientras que se excluye a otros miembros de la sociedad; quiere esto decir que el servicio debe resultar asequible a todos los miembros de la sociedad, ya sea que finalmente todos hagan o no uso de éste¹⁹.

El atributo de igualdad del servicio público se refiere a que la forma como el mismo se presta es igual para todos los integrantes de la comunidad, es decir, sin que exista ninguna discriminación en razón de calidades individuales de cada persona. En virtud de este atributo, tanto las características del beneficio recibido como del costo o con-

18 LEÓN DUGUIT. *Las transformaciones del derecho público*, Madrid, Francisco Beltrán, 1926, p. 105.

19 MIGUEL MARIENHOFF. *Tratado de derecho administrativo*, t. II, 3.ª ed., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1988.

traprestación, deben ser las mismas para todos los integrantes de la sociedad. Por su parte, la continuidad se refiere a que la disponibilidad del servicio no puede ser ocasional sino permanente, por lo que no pueden presentarse interrupciones en su prestación bajo ninguna circunstancia ni por ninguna justificación. Por último, la característica de obligatoriedad se refiere a que su prestación no puede resultar opcional o discrecional para el organismo estatal que lo presta o para quien lo haga en su nombre, si fuera el caso.

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

Con respecto a la importancia que en Colombia se le reconoce al servicio público, ésta puede deducirse del pronunciamiento de la Corte Constitucional cuando afirmó que el servicio público de interés general prestado por un particular hace que éste adquiera el carácter de autoridad, pues existe un ejercicio del poder público y la característica fundamental del servicio público, es que tiene un régimen especial en atención al servicio²⁰. Igualmente, la Corte ha señalado que su carácter esencial se predica cuando las actividades que lo conforman contribuyen “de modo directo y concreto a la protección de bienes, a la satisfacción de intereses o a la realización de valores ligados con el respeto, la vigencia, el ejercicio y la efectividad de los derechos y libertades fundamentales”²¹.

20 CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-507 de 5 de noviembre de 1993, M. P.: ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1993/T-507-93.htm>].

21 CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-473 de 27 de octubre de 1994 M. P.: ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1994/c-473-94.htm>].

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

B. El criterio legal, orgánico y material como factor que determina la naturaleza jurídica del contrato estatal

La administración pública celebra contratos con el fin de satisfacer los intereses generales. Se entiende por contrato un acuerdo de voluntades generador de obligaciones entre las partes, definición que puede aplicarse plenamente tanto a los contratos estatales como a los que se celebran entre particulares. Los contratos que celebra la administración –en ejercicio de sus potestades administrativas– son de derecho público y se consideran contratos administrativos²².

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

22 FRANCISCO JAVIER BERNAL. "Derecho administrativo. Programa Administración Pública Territorial", Bogotá, Escuela Superior de Administración Pública, 2008, disponible en [http://www.esap.edu.co/portal/wp-content/uploads/2015/08/2_derecho_administrativo.pdf].

De acuerdo con la teoría negativa, surgida originalmente en Alemania, señala que el contrato administrativo es inaplicable en derecho administrativo, que lo que se conoce como contratos estatales son en realidad actos administrativos. Dentro de las justificaciones de esta posición, está en primer lugar el hecho de que entre las partes no existe igualdad jurídica, lo que imposibilita la autonomía de las partes que lo conciertan, pues en estos contratos una de las partes acepta o rechaza las condiciones regladas que establece la administración. El segundo argumento de esta teoría es que el contrato administrativo se encuentra fuera del comercio, de acuerdo con esta teoría no se requiere la voluntad del particular²³.

Por otra parte, la denominada teoría positiva, de origen francés, defiende la existencia de los contratos estatales propios de la administración, de acuerdo con esta corriente ideológica, estos contratos se desarrollan bajo la teoría de los actos de poder que determina que el Estado mantiene su poder y en desarrollo del mismo, configura y celebra este tipo de contratos. Una tercera teoría es la teoría de la ley, que se enfoca en el papel que tiene ésta para determinar cuáles son los contratos que se consideran como administrativos y cuáles no lo son²⁴.

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

Las decisiones unilaterales de la administración o de la ley producen efectos jurídicos en la medida en que crean, extinguen o modifican situaciones jurídicas determinadas, circunstancia que también ocurre en el caso de los contratos que celebra la administración, en

23 EDWIN HERNANDO ALONSO NIÑO. "Consideraciones dinámicas del arbitraje en los contratos concluidos por la administración pública", *Revista Iter ad Veritatem*, n.º 8, 2010, disponible en [http://www.ustatunja.edu.co/ustatunja/files/Investigación/iter_ad_veritatem_8_2010.pdf], pp. 19 a 36.

24 Ídem.

la medida en que el acuerdo surgido entre las partes crea, extingue o modifica situaciones jurídicas²⁵.

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

Dada esta primera distinción entre actos administrativos y contratos administrativos, puede afirmarse que el acto administrativo unilateral se identifica como la expresión clásica del derecho administrativo en donde la expresión de la voluntad de la administración se manifiesta y constituye una imposición del Estado que, como tal, tiene carácter obligatorio para el particular. En estos casos, existe una desigualdad entre las partes, por lo que los actos administrativos constituyen un típico acto de poder, mientras que los contratos estatales son un típico acto de gestión, en donde existe igualdad entre la administración y el particular²⁶. Puede entonces afirmarse, a su vez, que el contrato administrativo es una forma de acto administrativo que se distingue por el hecho de tener carácter bilateral. Sin embargo, autores como LIBARDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ sostienen que incluso el acto administrativo como acto de poder es también bilateral y que

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

25 CIRO NOLBERTO GÜECHA MEDINA. "El contrato como acto administrativo: Una nueva teoría que determina su control de legalidad". en *Principia Iuris*, vol. 14, n.º 14, 2010, disponible en [<http://revistas.ustatunja.edu.co/index.php/piuris/article/view/402/551>], pp. 15 a 38.

26 *Ibíd.*, pp. 32 a 35.

en el sentido de que la administración toma las decisiones, sin que sean el resultado de un convenio con los particulares, hace que ellas adquieran la calidad de actos administrativos unilaterales²⁷.

En desarrollo de estos criterios, en el marco de la Ley 80 de 1993, el contrato estatal se determina dentro de la noción de acto jurídico generador de obligaciones, esta definición sin embargo no toma en consideración el acuerdo como elemento determinante de la existencia de los contratos²⁸.

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

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

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

El artículo 39 de la Ley 80, al ocuparse de la forma del contrato estatal, estableció que los contratos que celebren las entidades estatales “constarán por escrito” [...] La forma como se materializa el vínculo jurídico es pues escrita, sólo que las formalidades plenas están determinadas en función de la cuantía (art. 39 Ley 80 y art. 25 Decreto 679 de 1994). Coherente y armónico con

27 LIBARDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ. *Derecho administrativo general y colombiano*, Bogotá, Temis, 2001, p. 112.

28 JUAN CARLOS EXPÓSITO VÉLEZ. *La configuración del contrato de la administración pública en derecho colombiano y español. Análisis de la selección de contratistas*, Bogotá, Externado, 2003.

este precepto, el artículo 41 de la Ley 80 de 1993 revistió a la forma escrita de un valor *ad solemnitatem* o *ad substantiam actus* o *ad essentiam* (forma *dat esse rei*), al predicar que el acto o negocio jurídico sólo nace a la vida jurídica cuando adopta esa forma obligatoria, se trata de una solemnidad esencial para su existencia jurídica de rigurosa observancia, que constituye una restricción positiva a la expresión de la voluntad. Sin embargo, tal y como ya lo advirtió la Sala en oportunidad precedente, el artículo 41 de la Ley 80 de 1993, fue modificado por el artículo 49 de la Ley 179 de 1994, que a su vez modificó el artículo 86 de la Ley 38 de 1989, orgánica o normativa del presupuesto general de la Nación²⁹.

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

Por ministerio de la ley, entonces, en el derecho colombiano el contrato estatal es solemne o formal (art. 1500 Código Civil³⁰) y no consensual. Su perfeccionamiento sólo tiene lugar mediante el lleno de la forma escrita prevista por la Ley 80 y el registro presupuestal ordenado por las normas orgánicas de presupuesto, la manifestación de la voluntad se sujeta a un modelo preestablecido por el legislador, el cual constituye la fisonomía del negocio jurídico. O lo que es igual, sin el lleno de estos requisitos, los contratos estatales no quedan perfeccionados y por tanto no pueden ser ejecutados. No basta, entonces, el simple acuerdo de voluntades sino que es preciso que la expresión del consentimiento se haga a través de ese canal previsto por la ley: debe constar por escrito y debe contar con el respectivo registro presupuestal y la inobservancia de esas solemnidades especiales “impide el nacimiento de cualquier efecto contractual”, por lo mismo, carece de relevancia jurídica al quedar por fuera del derecho. La legislación es, pues, clara en impedir la consolidación de los efectos de un negocio jurídico que no se avenga a este cauce legal, al exigir que las partes han de elevarlo a escrito y contar con el registro presupuestal.

29 CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Sentencia de 5 de octubre de 2005, rad. AP-01588, C. P.: RAMIRO SAAVEDRA BECERRA.

30 Disponible en [<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=39535>].

En otras palabras, el contrato únicamente existe una vez se satisfice el requerimiento de la forma documental y su registro presupuestal, que de no cumplirse, priva de efectos jurídicos al acuerdo de voluntades y, por lo mismo, no puede entrar a ejecutarse. En suma, la contratación estatal verbal está, pues, excluida, prohibida o proscrita en nuestro ordenamiento jurídico³¹.

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

Artículo 28. De la interpretación de las reglas contractuales. En la interpretación de las normas sobre contratos estatales, relativas a procedimientos de selección y escogencia de contratistas y en la de la cláusula y estipulaciones de los contratos, se tendrá en consideración los fines y los principios de que trata esta ley, los mandatos de la buena fe y la igualdad y equilibrio entre prestaciones y derechos que caracteriza a los contratos conmutativos.

Nótese que la función pública vuelve a ser la directriz cuando se trata de la interpretación de las reglas contractuales. El máximo tribunal de lo Contencioso Administrativo inclusive recuerda que tanto la ley como la jurisprudencia establecieron que los principios generales que rigen la contratación pública en general y la función administrativa, son por igual aplicables a la contratación directa³². La posición del Consejo de Estado frente a este punto también plantea que:

Así, en materia de contratación pública, la buena fe es considerada como un modelo o criterio de actitud y conducta, que debe preceder al contrato, permanecer durante su ejecución y perdurar luego de su cumplimiento³³.

La Ley 80 de 1993 incorpora este principio general en el numeral segundo del artículo 5.º por cuya inteligencia los contratistas deberán

31 Ídem.

32 CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN TERCERA. ver entre otras providencias: Auto de 14 de agosto de 2003, exp. 22.848; y Auto de 30 de septiembre de 2004, exp. 26.945; y sentencias de 10 de agosto de 2000, exp. 12.964, 15 de julio de 2004, exp. AP 1156-02, 14 de abril de 2005, exp. AP 01577; 20 de abril de 2005, exp. 14.519.

33 CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN TERCERA. Sentencia de 22 de abril de 2006, exp. 8.830.

obrar con lealtad y buena fe en las distintas etapas contractuales, evitando las dilaciones y entrabamientos que pudieran presentarse. En el artículo 23, cuando dispone que las actuaciones de quienes interviengan en la contratación estatal estarán regidas por los principios generales de la contratación, dentro de los que está el de la buena fe, además, en el artículo 28 en el que estableció que este principio se tendrá en cuenta en la interpretación de las normas de los contratos estatales, de los procedimientos de selección y escogencia de los contratistas y de las cláusulas y estipulaciones de ellos³⁴.

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

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

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

34 CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN TERCERA. Sentencia de 7 de junio de 2001, exp. 13.405.

sido predispuesta, garantizando así, en todo caso, la aplicación cabal de los principios informadores de la contratación estatal³⁵.

Las garantías relacionadas con el proceso de selección objetiva ha sido una preocupación constante del Consejo de Estado, que al respecto ha advertido además que

la administración pública, no puede, so pretexto de la cláusula de exclusividad, limitar su libertad contractual de tal suerte que, resulte obligada a concluir un sinnúmero de negocios jurídicos con un solo contratista inicial, si los mismos suponen, la observancia de los requisitos de selección que excluyen la esencia de la exclusividad³⁶.

En la medida en que la contratación constituye una fuente lícita de negocios lucrativos para los contratistas, la neutralidad de la gestión administrativa impone a las entidades preservar el principio de igualdad en la selección de contratistas.

Intentando resumir, como se observa a lo largo de este acápite, tanto los servidores públicos como quienes participan en la gestión contractual deben observar postulados y reglamentaciones específicas, derivados de principios constitucionales que anteponen los intereses generales de la sociedad a los intereses particulares. También se pudo establecer que, a diferencia de un contrato acordado entre particulares, en el caso de la contratación administrativa deben incluirse cláusulas que doten al Estado de los elementos jurídicos suficientes para poder cumplir adecuadamente su rol, advirtiendo que ello no puede servir de excusa para que se desconozcan los derechos de los particulares con los cuales contrate con ese propósito. Es por ello que las decisiones unilaterales de la administración o de la ley también se pueden dar en el caso de los contratos que celebra la administración, aunque en este caso, para poder hacerlo debe lograrse un acuerdo con los particulares con quienes se hayan celebrado tales contratos.

35 CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN TERCERA. Sentencia de 1999, exp. 12.344, M. P.: DANIEL SUÁREZ HERNÁNDEZ.

36 Sentencia 12.085 de 1999, C. P.: DANIEL SUÁREZ HERNÁNDEZ.

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

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

Como se observa en este primer acápite, tanto los servidores públicos como quienes participan en la gestión contractual deben observar postulados y reglamentaciones específicas, derivados de principios constitucionales que anteponen los intereses generales de la sociedad a los intereses particulares. También se pudo establecer que, a diferencia de un contrato acordado entre particulares, en el caso de la contratación administrativa deben incluirse cláusulas que doten al Estado de los elementos jurídicos suficientes para poder cumplir adecuadamente su rol, advirtiéndole que ello no puede servir de excusa para que se desconozcan los derechos de los particulares con los cuales contrata con ese propósito. Es por ello que las decisiones unilaterales de la administración o de la ley también se pueden dar en el caso de los contratos que celebra la administración, aunque en este caso para poder hacerlo debe lograrse un acuerdo con los particulares con quienes se hayan celebrado tales contratos.

Pudo verse además que los contratos estatales se rigen por las mismas reglas de interpretación previstas en el Código Civil, como quiera que no existe norma expresa que fije una indicación contraria, posición que ha sido reconocida por el Consejo de Estado, como juez máximo de lo contencioso administrativo. Esta situación reitera

la dualidad que existe entre el régimen privado y el régimen público respecto de este tipo de contratos. Así mismo se observó que la legislación colombiana relacionada con la contratación administrativa le reconoce mayor importancia a la autonomía de la voluntad de la que se le reconoce en otros países, al mismo tiempo que restringe ciertas opciones contractuales propias de los contratos entre particulares.

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

III. ACCIONES CONSTITUCIONALES FRENTE A LAS ACTUACIONES DE LA ADMINISTRACIÓN

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

A. Las acciones de grupo

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

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

Es oportuno decir aquí en relación a la acción de grupo, que quien actúe como actor o demandante representa a las demás personas que hayan sido afectadas en forma individual por los hechos, sin que sea necesario que cada uno de los perjudicados ejerza por separado su propia acción, ni haya dado poder para ser representado. De cualquier manera, las acciones de grupo deben ser ejercidas por conducto de apoderado judicial. La Sentencia C-215 de 14 de abril de 1999³⁷ hace referencia a la acción de grupo expresando que en cuanto se refiere a las acciones de clase o de grupo, éstas no hacen relación de manera exclusiva a derechos constitucionales fundamentales, ni únicamente a derechos colectivos, toda vez que comprenden también derechos subjetivos de origen constitucional o legal, los cuales suponen siempre –a diferencia de las acciones populares– la existencia y demostración de una lesión o perjuicio cuya reparación se reclama ante el juez.

En este caso, lo que se pretende es reivindicar un interés personal cuyo objeto es obtener una compensación pecuniaria que será percibida por cada uno de los miembros del grupo que se unen para promover la acción. Sin embargo, también es de la esencia de estos instrumentos judiciales que el daño a reparar sea de aquellos que afectan a un número plural de personas que por su entidad deben ser atendidas de manera pronta y efectiva³⁸.

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

37 M. P.: MARTHA VICTORIA SÁCHICA DE MONCALEANO, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1999/C-215-99.htm>].

38 RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ. LIBARDO *Derecho administrativo, general y colombiano*, cit., p. 386.

a. No involucran derechos colectivos. El elemento común es la causa del daño y el interés cuya lesión debe ser reparada, que es lo que justifica una actuación judicial conjunta de los afectados. b. En principio, por tratarse de intereses individuales privados o particulares, los criterios de regulación deben ser los ordinarios. c. Los mecanismos de formación del grupo y la manera de hacer efectiva la reparación a cada uno de sus miembros sí deben ser regulados de manera especial, con fundamento en la norma constitucional, atendiendo a las razones de economía procesal que inspiran su consagración en ese nivel. En cuanto al juez competente para conocer de las acciones de grupo, depende de si la acción de grupo se origina en la actividad de entidades públicas o de particulares que desempeñen funciones administrativas, en cuyo caso la competencia será de la jurisdicción de lo contencioso administrativo. En los demás casos conocerá la jurisdicción civil ordinaria³⁹.

B. La acción pública de inconstitucionalidad

Por otra parte, en cuanto a la acción de inconstitucionalidad, ha sido la propia Carta Política la que ha otorgado la titularidad de esta acción al común de los ciudadanos colombianos, quienes a través de ella buscan demandar la inaplicabilidad de las disposiciones por ser contrarias al mandato superior y desterrarlas de una vez por todas del ordenamiento jurídico. La Corte Constitucional ha definido la acción de inconstitucionalidad así⁴⁰:

Como el derecho político consagrado en el artículo 40 de Constitución Política, por medio del cual se plantea un “diálogo entre el ciudadano, las autoridades estatales comprometidas en la expedición y aplicación de las normas

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

40 CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-115 de 22 de febrero de 2006, M. P.: JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2006/C-115-06.htm>].

demandadas y el juez competente para juzgarlas a la luz del Ordenamiento Superior". Por tanto, para que la acción pública constituya una legítima expresión de la democracia participativa, resulta razonable imponer al demandante la carga mínima de la demostración argumentativa del cargo inconstitucional que propone ante la Corte. En este sentido el ejercicio del derecho político está supeditado a la identificación de las disposiciones acusadas; las normas constitucionales que han sido presuntamente vulneradas; las razones claras, ciertas, suficientes y pertinentes que sustentan el concepto de la violación; al igual que los motivos jurídicos que fundamentan la competencia del Tribunal. Lo anterior lleva a dos competencias definidas. La primera que el conocimiento de un asunto de inconstitucionalidad por parte de la Corte está supeditado a la presencia de una demanda cuyos cargos cumplan con los requisitos anotados. La segunda que la competencia para el control constitucional adquiere carácter rogado, de forma tal que se excluye el conocimiento oficioso de las normas sometidas a estudio, excepción hecha de aquellas disposiciones que, por expreso mandato del Estatuto Superior, deben surtir el control previo y automático.

La acción de inconstitucionalidad implica el ejercicio de un derecho político que tiene por titular a cualquier ciudadano. El objeto de la acción es la salvaguarda del principio de supremacía constitucional, que otorga a la Constitución el calificativo de norma de normas. Se relaciona con las leyes de la República y determinados decretos con fuerza de ley (los dictados por el Gobierno nacional) en cuanto puedan contrariar el Estatuto Superior, con la finalidad de que la Corte, mediante sentencia, retire la norma acusada del ordenamiento jurídico nacional, total o parcialmente⁴¹.

El titular es el ciudadano –o sea el nacional colombiano– mayor de 18 años y en ejercicio de sus derechos de ciudadanía, lo cual significa que no podrá ser interpuesta ni por los extranjeros, ni por menores de edad, ni por personas que hayan perdido o tengan suspendidos sus derechos políticos, inherentes a la condición de ciudadano, así como tampoco a nombre de una persona jurídica. La petición será presentada por el ciudadano, directamente o por intermedio de apoderado.

41 DIANA CAROLINA DAZA VALLEJOS. "Jurisdicción competente para conocer de las controversias contractuales de las empresas de servicios públicos domiciliarios mixtas", *Revista Virtual Via Inveniendi et Iudicandi*, Universidad Santo Tomás de Aquino, 2008, disponible en [<http://numanterioresviei.usta.edu.co/articulos/edi6/ARTICULOS/jurisdiccion-competente.pdf>], p. 21.

La Corte no rechaza ni inadmite ha dicho la corporación, en demandas de inconstitucionalidad presentadas a nombre de otro, bajo la condición de que mandante y mandatario sean ciudadanos en ejercicio⁴².

La acción pública de inconstitucionalidad puede interponerse en cualquier tiempo cuando se ataca la norma por su contenido material, pero prescribe dentro del año siguiente a la promulgación de la misma cuando ésta sea impugnada por vicios de forma o de procedimiento. Respecto al señalamiento de las razones de inconstitucionalidad, la Corte en la Sentencia C-1052 de 4 de octubre de 2001, señaló que deben ser claras, ciertas, específicas, pertinentes y suficientes, como carga mínima de argumentación que el actor debe exponer para la admisión de la demanda y así evitar la inadmisión o un fallo inhibitorio⁴³.

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

Ahora bien, cuando se habla de la actividad contractual del Estado, señala la Corte que es una modalidad de gestión pública que se rige por los principios previstos en el artículo 209 y 123 de la Constitución Política, como parámetros específicos del cumplimiento de la función administrativa⁴⁴.

El fin de la contratación pública en el Estado social de derecho está directamente asociado al cumplimiento del interés general, puesto que el contrato público es uno de aquellos instrumentos jurídicos de los que se vale el Estado para cumplir sus finalidades, hacer efectivos los deberes públicos y prestar los servicios a su cargo, con la colaboración de los particulares a quienes corresponde ejecutar, a nombre de la administración, las tareas acordadas. De

42 CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-003 de 14 de enero de 1993, M. P.: ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1993/c-003-93.htm>].

43 CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-1052 de 4 de octubre de 2001, M. P.: MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/C-1052-01.htm>].

44 Ídem.

hecho, la contratación del Estado es una de las formas de actuación pública de mayor utilización, pues muchos sostienen que el contrato estatal surge con la propia consolidación del Estado moderno, pues cuando éste asume la responsabilidad de prestar los servicios y adelantar funciones para la defensa de los derechos de los administrados y, por ese hecho, aumenta la complejidad de las tareas a su cargo, necesita del apoyo, la intervención y la experiencia que aportan los particulares.

El interés general, además de guiar y explicar la manera como el legislador está llamado a regular el régimen de contratación administrativa, determina las actuaciones de la administración, de los servidores que la representan y de los contratistas.

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

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

C. Acción de tutela

La acción de tutela es el mecanismo de protección de los derechos fundamentales. La Constitución de 1991 la establece en los siguientes términos:

Artículo 86. Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe en su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública. La protección consistirá en una orden para que aquel respecto de quien se solicita la tutela, actúe o se abstenga de hacerlo. El fallo, que será de inmediato cumplimiento, podrá impugnarse ante el juez

competente y, en todo caso, éste lo remitirá a la Corte Constitucional para su eventual revisión. Esta acción sólo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. En ningún caso podrán transcurrir más de diez días entre la solicitud de tutela y su resolución. La ley establecerá los casos en los que la acción de tutela procede contra particulares encargados de la prestación de un servicio público o cuya conducta afecte grave y directamente el interés colectivo, o respecto de quienes el solicitante se halle en estado de subordinación renuente o indefensión⁴⁵.

La jurisprudencia de la Corte Constitucional ha sido clara en expresar que la tutela es un mecanismo transitorio, extraordinario y que en ningún momento sustituye la acción ordinaria. Sin embargo, en casos excepcionales, procede en forma definitiva, cuando la administración ha acudido a vías de hecho para la expedición de sus actos, como acontece cuando se desconoce el debido proceso y el derecho de defensa. Es así como en Sentencia T- 418 de 22 de mayo de 2003⁴⁶, el alto Tribunal expresó lo siguiente:

Si se trata de una decisión proferida en proceso administrativo, fiscal o disciplinario, en la que se alega la existencia de una vía de hecho en la decisión correspondiente, el examen del juez de tutela es distinto, pues, en estos casos, el afectado siempre puede acudir ante la jurisdicción contenciosa administrativa. En estos eventos, cuando existe indudablemente la vía de hecho, según las circunstancias del caso concreto, y frente a un perjuicio irremediable, debidamente sustentado, el juez de tutela puede conceder la acción de tutela, como mecanismo transitorio, o, excepcionalmente, en forma definitiva⁴⁷.

Es claro que esta acción únicamente procede cuando no se disponga de otro medio para la defensa judicial, pero ANA ZENOBIA GIACOMETTE FERRER⁴⁸ señala que la ley establece los casos en donde esta acción procede contra particulares que presten un servicio público o cuya

45 Artículo 86, Constitución Política de Colombia de 1991, disponible en [<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=4125>].

46 M. P.: ALFREDO BELTRÁN SIERRA, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2003/T-418-03.htm>].

47 Ídem.

48 ANA GIACOMETTE FERRER (dir.). *Mecanismos de protección constitucional. Compilación normativa*, Bogotá, Centro Colombiano de Derecho Procesal Constitucional, 2014.

conducta afecte grave y directamente el interés colectivo. Teniendo en cuenta lo anterior, podemos deducir que la tutela como mecanismo eficaz para proteger los derechos fundamentales que puedan verse vulnerados a través de un acto administrativo y que comprometan el interés colectivo o general, entraría a operar una vez agotados los medios o las acciones a que hayan lugar, ya que la contratación estatal puede en algunos casos comprometer este interés, con lo que se abre la posibilidad a que la acción de tutela entre a operar, como se anotó antes.

D. Acción popular

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

Para el Consejo de Estado, en consonancia con el artículo 9.º de la Ley 472 de 1998, al ocuparse de la procedencia de las acciones populares, establece que toda acción u omisión de las autoridades públicas que hayan violado o amenacen violar los derechos e intereses colectivos, acoge a la actividad contractual del Estado como una modalidad de gestión pública que ha de guiarse entre otros por los principios de moralidad, eficacia, economía, imparcialidad y publicidad⁴⁹, en tanto aquella se constituye en un instrumento esencial para el cumplimiento de los fines del Estado. Reitera esta vez la corporación que la jurisprudencia del Consejo de Estado ha señalado que los negocios jurídicos en que sea parte el Estado son manifestación nítida de la función administrativa:

49 El Consejo de Estado refiere a la siguiente jurisprudencia de la Corte Constitucional: Sentencia C-449 de 9 de julio de 1992, M. P.: ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1992/c-449-92.htm>].

... por descontado se tiene que todo contrato estatal como expresión de la función administrativa (art. 209 C. N.)⁵⁰, tanto en su celebración como en su ejecución busca el cumplimiento de los fines estatales, por manera que los contratistas colaboran en el logro de los mismos y, en consecuencia, cumplen una función social que implica obligaciones (art. 3.º Ley 80 de 1993), o lo que es igual, las partes convergen en la satisfacción de un interés público y ello es así –como afirma VEDEL– porque el objetivo perseguido por la administración “debe ser siempre un objetivo de interés público”, por ser éste el fin de la actividad del Estado...⁵¹.

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

... su titularidad radica en un colectivo debido a su carácter “supraindividual”, dando lugar a una legitimación colectiva que se otorga a un individuo como miembro de una colectividad afectada (art.12 Ley 472 de 1998) [...] De suerte que, a diferencia de lo que sucede con la acción de tutela (art. 86 C. N.), la protección de los derechos colectivos por vía popular no es excepcional y por lo mismo se constituye en instrumento idóneo para la defensa de los mismos, en un plano distinto al individual, vale decir, desde su perspectiva abstracta y no concreta [...] Y la acción popular no es subsidiaria sino principal debido a que la existencia de otros medios de defensa no la hace improcedente, pues es principal e independiente de otras acciones⁵².

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

51 Referencia jurisprudencial dada por el Consejo de Estado para explicar el carácter de principal y autónomo de la acción popular: Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Auto de 16 de marzo de 2005, rad. 25000-23-26-000-20020121601, exp. 27.921, actor: Eptisa Proyectos Internacionales S. A. y otros, demandado: Instituto Nacional de Vías –INVIAS–, referencia: Contractual recurso ordinario de reposición, C. P.: RUTH STELLA CORREA PALACIO. En el mismo sentido, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de noviembre 25 de 2004, radicación: 110010326000200300055-01, expediente: 25560, ref. Recurso de anulación de laudo arbitral, actor: Sociedad Centrimed Ltda., demandado: Hospital Militar Central.

52 CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA. Sentencia de 10 de febrero de 2005, rad. 25000-23-25-000-2003-00254-01, actor: EXENOBER HERNÁNDEZ ROMERO, referencia: AP-00254, C. P.: MARÍA ELENA GIRALDO GÓMEZ. En el mismo sentido Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Auto de 24 de mayo de 2001, exp. AP-076, C. P.: OLGA INÉS NAVARRETE Y CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA. Sentencia de 9 de septiembre de 2004, rad. 25000-23-27-000-2003-00571-01, AP-571, actor: MARIO EFRÉN SARMIENTO RIVERAS y otros contra la Superintendencia de Economía Solidaria. En

Cuando se trata de contratos estatales, el Tribunal aduce que estos no están fuera del alcance de la acción popular, cuando con ocasión de éstos resulten amenazados o vulnerados los derechos colectivos, toda vez que representa una actividad del Estado⁵³, pues su celebración conlleva a cumplir fines estatales, como lo estipula en el artículo 3.º de la Ley 80 de 1993, pues trae intrínseco el principio de legalidad con la marca del interés general y la expresión del ejercicio de la función administrativa (art. 209 C. P.). Agrega el Consejo de Estado que no hay discusión alguna cuando la conducta que vulnere el derecho o interés colectivo provenga de un contrato estatal.

Se reafirma que el contrato estatal –por pertenecer a las categorías de la manifestación de administración– puede suscitar situaciones en donde se vulnere o se vea amenazado tanto un derecho o un interés público, pues el estrecho vínculo con los principios orientadores de la función administrativa, deja entrever que le corresponde al juez constitucional la revisión de estas actuaciones, por hacer parte de preceptos superiores del texto constitucional como lo menciona el profesor CARLOS FERNANDO AMAYA RODRÍGUEZ⁵⁴.

el mismo sentido CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA. Sentencia de 17 de junio de 2001, exp. AP-166, C. P.: ALIER E. HERNÁNDEZ ENRÍQUEZ y CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA. Sentencia de 5 de octubre de 2005, actor: Procuraduría General de la Nación, demandada: AMADEO TAMAYO MORÓN, rad. 2001-23-31-000-2001, exp. AP-01588-01, C. P.: RAMIRO SAAVEDRA BECERRA.

53 Entendido como negocio jurídico de la administración, expresión nítida del principio de la autonomía de la voluntad, esto es, un acto en el que una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa, o como acuerdo entre ellas para constituir, regular o extinguir entre ellas una relación jurídica (arts. 1494 del Código Civil y 864 del Código de Comercio) que en materia de contratación estatal está previsto actualmente en los artículos 13, 23, 32 y 40 de la Ley 80 de 1993, en consonancia con el artículo 8.º del Decreto 679 de 1994.

54 CARLOS FERNANDO AMAYA RODRÍGUEZ. “El control constitucional y las actuaciones administrativas”, ponencia presentada en el II Congreso Mundial de Justicia Constitucional, 25 al 28 de agosto de 2015, Buenos Aires.

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

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

A. Interpretación de normas constitucionales en el contrato estatal

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

A lo que aduce el profesor AMAYA RODRÍGUEZ⁵⁵, que el interés general es la esencia de la función administrativa, constituyéndose en la principal fuente de su ejercicio, característica que resulta del proceso de constitucionalización del derecho en ordenamientos jurídicos latinoamericanos, destacando que este fenómeno no es ajeno al derecho administrativo, puesto que se entiende como el conjunto de normas y principios, ponderándose sobre las expresiones del ejercicio de la función administrativa o ejecutiva del Estado.

55 Ídem.

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

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

Se observa que la función pública vuelve a ser la directriz cuando se trata de la interpretación de las reglas contractuales. Así mismo, el artículo 1.618 del Código Civil señala que “Conocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras”. Ya desde 1968, es decir, mucho antes de que existiera la Ley 80, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, expresa:

Las referidas reglas de interpretación contractual no son meros consejos del legislador, sino verdaderas normas de obligatoria aplicación por parte de los jueces; que, si bien es cierto que ellas no tienen índole sustancial, puesto que no confieren derechos subjetivos ni imponen obligaciones civiles propiamente dichas, si son preceptos instrumentales que señalan las nociones, factores y conceptos que el juez ha de tener en cuenta para descubrir la intención de las partes contratantes, para apreciar la naturaleza jurídica de las convenciones y para determinar los efectos de éstas⁵⁶.

Es aquí, donde se converge el control de la administración, señalando el máximo tribunal de lo Contencioso Administrativo, inclusive recuerda que tanto la ley como la jurisprudencia, establecieron que los

56 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN CIVIL. Sentencia de 16 de diciembre de 1968.

principios generales que rigen la contratación pública en general y la función administrativa⁵⁷ emanan directamente del texto constitucional y aunado por el Consejo de Estado en la creación del vínculo jurídico para la satisfacción de la necesidad colectiva y de interés público que se persigue con la contratación estatal⁵⁸.

Así mismo, el Tribunal considera pertinente referenciar el artículo 95 de la Constitución Política que consagra en su numeral 9 el deber de todos los ciudadanos de contribuir al financiamiento de las inversiones y gastos que efectúa el Estado dentro de los parámetros de equidad y justicia, y por ende tendrán el derecho a reclamar a los funcionarios claridad en su manejo y correcta destinación en todas las actividades donde se afecte el patrimonio público, derecho que ha sido reconocido por la Corte Constitucional en Sentencia C-088 de 2 de febrero de 2000⁵⁹, con ocasión del estudio de constitucionalidad del artículo 40 de la Ley 472 de 5 de agosto de 1998⁶⁰, y que se transcribe a continuación:

Constituye cabal desarrollo de la Carta Política, pues la prevalencia del interés general [art. 1.º]; la proclamación de un orden justo [art. 2.º] y la vigencia de los principios axiológicos que en el Estado social de derecho guían la contratación pública, como modalidad de gestión que compromete el patrimonio y los recursos públicos, cuya intangibilidad las autoridades están obligadas a preservar [art. 209] hacen, a todas luces, necesario que el legislador adopte mecanismos idóneos para hacer efectiva la responsabilidad patrimonial de los responsables de la contratación estatal, con miras a la recuperación de la totalidad de las sumas que se desvían del patrimonio público, a causa de la corrupción administrativa, en materia de contratación pública [...] Es de todos conocido que la corrupción administrativa es uno de los más devastadores flagelos que carcomen el patrimonio público, y que ésta ha encontrado

57 CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN TERCERA. Ver entre otras providencias: Autos de 14 de agosto de 2003, exp. 22.848, y de 30 de septiembre de 2004, exp. 26.945; y sentencias de 10 de agosto de 2000, exp. 12.964, 15 de julio de 2004, exp. AP 1156-02, 14 de abril de 2005, exp. AP 01577; 20 de abril de 2005, exp. 14.519.

58 Ídem.

59 M. P.: FABIO MORÓN DÍAZ, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2000/C-088-00.htm>].

60 *Diario Oficial*, n.º 43.357, de 6 de agosto de 1998, disponible en [<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=188>].

terreno fértil principalmente en el campo de la contratación pública, en el cual ha alcanzado en el último tiempo niveles insospechados, y que, por esa vía, cuantiosísimos recursos públicos resultan desviados de la inversión pública social, con grave sacrificio para las metas de crecimiento económico y de mejoramiento de las condiciones de vida de la mayoría de los colombianos.

Afirma el profesor AMAYA RODRÍGUEZ⁶¹ que desde el texto constitucional se definen los fines de la función administrativa, ya que en el marco de la revisión del artículo 209 de la Constitución, refiriéndose a la resolución de inconstitucionalidad en contra de la Ley 489 de 29 diciembre de 1988⁶², que establece principios, objeto y control de la misma, clasificando los principios en finalísticos, funcionales y organizacionales. Haciendo una relación directa entre la función administrativa y los intereses del Estado. Así pues, la actuación administrativa emana directamente de la Constitución como fundamento en los diferentes modos de acción, para luego poner en marcha la satisfacción de necesidades y así cumplir con el interés colectivo.

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

Las reglas de interpretación de los contratos, obligatorias para el juez en la medida en que el ordenamiento jurídico pretende que la voluntad de las partes –y no la del intérprete– sea escrupulosamente respetada al momento de aplicar o de establecer los alcances del acto o negocio del cual se trate, especialmente cuando el tenor literal de éste no resulta suficientemente esclarecedor respecto de dicha intención de los sujetos, se encuentran consagradas, como se ha expresado, en el Código Civil y resultan aplicables a la contratación estatal en casos como el *sub judice*, pese a que la contratista del Estado tiene la condición de comerciante –lo cual determina la aplicación preferente de las disposiciones del Estatuto Mercantil–, por virtud de lo normado tanto en el artículo 822 del Código de Comercio como en el inciso primero del artículo 13 de la Ley 80 de 1993⁶³.

61 AMAYA RODRÍGUEZ. “El control constitucional y las actuaciones administrativas”, cit.

62 *Diario Oficial*, n.º 43.464, de 30 de diciembre de 1998, disponible en [<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=186>].

63 CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN TERCERA, SUBSECCIÓN A. Sentencia de 9 de mayo de 2012, 22.714, actor: Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina.

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

B. Derechos civiles, políticos y sociales

THOMAS HUMPHREY MARSHALL y TOM BOTTOMORE⁶⁴ proponen una clasificación entre derechos civiles, políticos y sociales que contribuye a establecer un orden del sistema de los derechos fundamentales. De acuerdo con estos autores, esa clasificación tiene un origen histórico, pues los derechos civiles se habrían consolidado durante el siglo XVIII, los derechos políticos en el XIX y los derechos sociales en el siglo XX, al menos así puede afirmarse de la evolución en Gran Bretaña, en Estados Unidos y en los países escandinavos, aunque en naciones como Alemania se dio primero el reconocimiento de parte del Estado a los derechos sociales que a los derechos políticos, situación similar a la que se presentó en Francia. A pesar de esa diversidad en la evolución histórica de los derechos en diferentes contextos geográficos, la consolidación de los derechos políticos presupone que existan los derechos civiles: por ejemplo, no resulta posible el ejercicio del derecho político elemental de elegir y ser elegido sin que previamente se reconozca el derecho a la libertad individual.

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

64 THOMAS HUMPHREY MARSHALL y TOM BOTTOMORE. *Ciudadanía y clase social*, 2.^a ed., Madrid, Alianza, 1998, disponible en [<http://catedras.fsoc.uba.ar/isuani/marshall.pdf>].

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

1. Acciones del Estado

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

Si bien hasta el siglo XVIII se les reconoce a los derechos fundamentales un carácter de objetividad, ese carácter fue cuestionado

durante el siglo XIX⁶⁵. Por ejemplo KARL MARX denunció el discurso político de los derechos humanos:

Como uno de enmascaramiento de los intereses de clase, en este caso de la clase burguesa en su sublevación contra el absolutismo, le sustrae a los derechos su dimensión ontológica para reemplazarla por la ideología.

Para MARX⁶⁶, los derechos constituyen una expresión que no conduce a la emancipación de todo el género humano, sino a la emancipación política de la clase burguesa.

Durante el siglo XX, HANS Kelsen plantea que

los derechos naturales son un vestigio del derecho natural que se resiste a morir luego de la demoledora crítica racionalista a la teología como explicación del orden humano y social⁶⁷.

Para Kelsen, los derechos fundamentales son expresión de normas positivas que fijan las correspondientes obligaciones en cabeza de determinadas personas, por lo que no hay derechos sin obligaciones ni éstas pueden existir sin que a su vez existan normas positivas que las consagren.

A su vez, el autor danés ALF NIELS CHRISTIAN ROSS, también durante el siglo XX, al analizar desde el enfoque lingüístico las expresiones relacionadas con derechos subjetivos, plantea que el concepto de los derechos no tiene contenido semántico y que se trata tan solo de un constructo técnico empleado con el propósito de sintetizar la presentación de relaciones jurídicas complejas. A pesar de ello, para Ross los derechos siguen cumpliendo simultáneamente una función técnica en el marco de la presentación de los supuestos fácticos de las

65 FERNANDO ALBERTO CASASOLA MENDOZA. "La acción de tutela contra particulares y los efectos de las sentencias de tutela, de acuerdo con la doctrina de la corte constitucional de Colombia", Buenos Aires, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2006, disponible en [https://www.scjn.gob.mx/transparencia/lists/becarios/attachments/40/becarios_040.pdf].

66 KARL MARX. "La cuestión judía", en *Escritos de juventud*, México, Fondo de Cultura Económica, 1982, pp. 463 a 490.

67 HANS KELSEN. *Teoría pura del derecho*, 7.^a ed., México D. F., Porrúa, 1993.

normas y de sus consecuencias jurídicas, como una función psicológica: ellos rememoran y refuerzan el carácter mágico-religioso del derecho, muy importante para la obediencia a la ley y para la aceptación normativa⁶⁸.

2. Derechos fundamentales en Colombia

En Colombia, con la Constitución de 1991 se da un giro a la forma como debía verse el Estado de derecho respecto de la connotación social, con lo que se implementa toda una serie de reconocimientos especiales a los ciudadanos. De hecho, la Constitución vigente contempla, dentro del Título II “De los derechos, las garantías y los deberes”, el Capítulo I, que se refiere precisa y exclusivamente a los derechos fundamentales, consta de 31 artículos. Este capítulo establece que “el derecho a la vida es inviolable” (art. 11), que “nadie será sometido a desaparición forzada, a torturas ni a tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes” (art. 12). Frente al derecho a la igualdad, la Constitución establece que “todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica” (art. 13).

Además, en el artículo 15 se menciona de manera explícita el derecho a la intimidad personal y familiar y a su buen nombre, siendo deber del Estado respetarlos y hacerlos respetar, así como el “derecho al libre desarrollo de su personalidad, sin más limitaciones que las que imponen los derechos de los demás y el orden jurídico” (art. 16). También “se garantiza la libertad de conciencia” (art. 18), de cultos (art. 19) y “expresar y difundir su pensamiento y opiniones” (art. 20), así como el derecho a la honra (art. 21). La paz también es considera-

68 ALF ROSS. *Finalidad del castigo*, en *Derecho, filosofía y lenguaje*, Buenos Aires, Astrea, Disponible en [https://www.google.com.co/webhp?sourceid=chromeinstant&rlz=1C1NHXL_esC0702C0702&ion=1&espv=2&ie=UTF8#q=ALF+ROSS.+Finalidad+del+castigo%2C+en+Derecho%2C+filosof%3C%ADa+y+lenguaje%2C+Buenos+Aires%2C+Astrea%2C+1976].

da un derecho y un deber de obligatorio cumplimiento (art. 22). Otros derechos consagrados en la Constitución son el de presentar peticiones respetuosas a las autoridades (art. 23), circular libremente por el territorio nacional (art. 24) y el derecho al trabajo (art. 25).

Adicionalmente, se consagra que “el debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas” (art. 29), el derecho a invocar el *habeas corpus* (art. 30), el derecho a la libre asociación (art. 38) y el derecho a constituir sindicatos (art. 39). El artículo 40 señala que “todo ciudadano tiene derecho a participar en la conformación y control del poder público”, artículo del cual se desprenden los derechos en siete numerales a saber: 1. a elegir y a ser elegido; 2. participar en elecciones; 3. constituir partidos; 4. revocar el mandato a los elegidos; 5. tener iniciativa en las corporaciones públicas; 6. interponer acciones públicas en defensa de la Constitución y la ley; y 7. acceder al desempeño de funciones y cargos públicos.

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

Los estudiosos de la teoría de los derechos han propuesto su clasificación en tres categorías: de primera generación, de segunda generación y de tercera generación⁶⁹. Los derechos de primera generación tienen como fin la protección de los derechos civiles y las libertades públicas y fueron consagrados inicialmente en la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y del Ciudadano⁷⁰, durante la Revolución Francesa de 1789. Por su parte los derechos de segun-

69 CAROLINA MARÍA ESCOBAR ARANGO y KATHERINE ZAPATA ORTEGA. “Derecho a la seguridad social para las parejas del mismo sexo” Medellín, Universidad EAFIT. 2008, disponible en [https://repository.eafit.edu.co/bitstream/handle/10784/484/CarolinaMaria_EscobarArango_2008.pdf;jsessionid=2B3D24E73404939D13E-315976628193F?sequence=1].

70 Ver en [<http://www.un.org/es/documents/udhr/>].

da generación permiten que el individuo se ponga en condiciones de igualdad frente al Estado para reclamar de la autoridad pública la protección de sus derechos económicos, sociales y culturales. Por último, los derechos de tercera generación son los denominados colectivos de la humanidad o derechos de las nuevas generaciones, y son definidos como aquellos subjetivos y de intereses legítimos que pertenecen a personas indeterminadas y a diversos grupos sociales, con referencia a ámbitos como el consumo, el medio ambiente y el patrimonio de la humanidad, entre otros⁷¹.

C. Diferencias entre los mecanismos preventivos, transitorios y cautelares previstos por la Constitución aplicables a la contratación estatal

Para analizar la pertinencia de las acciones constitucionales en el entorno de la contratación estatal, debe en primer lugar registrarse que el artículo 89 de la Constitución establece que:

Además de los consagrados en los artículos anteriores, la ley establecerá los demás recursos, las acciones, y los procedimientos necesarios para que puedan propugnar por la integridad del orden jurídico, y por la protección de sus derechos individuales, de grupo o colectivos, frente a la acción u omisión de las autoridades públicas.

Esto implica entonces que estos mecanismos tienen aplicación cuando se haya quebrantado el orden jurídico o se haga necesario proteger los derechos individuales, de grupo o colectivos.

En cuanto a la acción de inconstitucionalidad, la misma carta política en el numeral 1 del artículo 241 establece que:

A la Corte Constitucional se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución [...] [para lo cual debe] 1. Decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que promuevan los ciudadanos contra los actos refor-

71 HÉCTOR FIX-ZAMUDIO. "El papel del ombudsman en la protección de los intereses difusos", en *Memoria del Simposio los abogados mexicanos y el ombudsman*, México D. F., Comisión Nacional de Derechos Humanos, 2012.

matorios de la Constitución, cualquiera que sea su origen, sólo por vicios de procedimiento en su formación [...] 4. Decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que presenten los ciudadanos contra las leyes, tanto por su contenido material como por vicios de procedimiento en su formación [...] 5. Decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que presenten los ciudadanos contra los decretos con fuerza de ley dictados por el Gobierno con fundamento en los artículos 150 numeral 10 y 341 de la Constitución, por su contenido material o por vicios de procedimiento en su formación.

Teniendo que la contratación estatal no cumple con ninguno de estos requisitos, puede afirmarse que la acción de inconstitucionalidad no procede para resolver conflictos entre los ciudadanos y las partes que intervienen en este tipo de contratos.

Así mismo, la acción de tutela es una opción prevista por el artículo 86 Superior:

para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública.

Sin embargo, tal como lo advierte el mismo artículo,

esta acción solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

Por lo que en primera instancia el interesado debe agotar los demás mecanismos legales previstos por la ley, independientemente de que se trate de asuntos relacionados o no con la contratación estatal⁷².

72 El mismo artículo estableció además que la protección consistiría en una orden para que aquél respecto de quien se solicita la tutela, actúe o se abstenga de hacerlo, mediante un fallo de inmediato cumplimiento, que puede impugnarse ante el juez competente. Adicionalmente previó que en todo caso el juez remitirá su fallo a la Corte Constitucional para su eventual revisión, con lo cual le dio a la Corte la facultad de última instancia de proteger los derechos fundamentales de todos los colombianos. Sin embargo se fijó un límite para este mecanismo, el que solo procede cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, a no ser que sea empleada como mecanismo transitorio para prevenir un perjuicio irremediable. Uno de los principales atractivos del mecanismo

El artículo 88 de la Constitución implementó un tipo de acción que tiene como fin la protección de los derechos e intereses colectivos relacionados con diferentes aspectos relevantes de la comunidad. Con este mecanismo, se busca proteger a grupos de personas que consideran que se están vulnerando sus derechos, los que no tienen que ser de carácter fundamental; estas acciones están reguladas por la Ley 472 de 1998⁷³.

Las acciones populares:

Son los medios procesales para la protección de derechos e intereses colectivos [...] se ejercen para evitar el daño contingente, hacer cesar el peligro, la amenaza, la vulneración o agravo sobre los derechos e intereses colectivos, o restituir las cosas a su estado anterior cuando fuere posible⁷⁴.

A su vez, las acciones de grupo:

son aquellas acciones interpuestas por un número plural o un conjunto de personas que reúnen condiciones uniformes respecto de una misma causa que originó perjuicios individuales para dichas personas. Las condiciones uniformes deben ser también lugar respecto de todos los elementos que configuran la responsabilidad. La acción de grupo se ejercerá exclusivamente para obtener el reconocimiento y pago de indemnización de perjuicios⁷⁵.

Si bien la Corte ha reiterado la improcedencia de la acción de tutela para resolver litigios surgidos de obligaciones contractuales, también ha sostenido que tratándose de servicios públicos ese mecanismo re-

de tutela fue y sigue siendo aún más de 20 años después, su gran agilidad, dado que la Asamblea Nacional Constituyente estableció que en ningún caso podrán transcurrir más de 10 días entre la solicitud de tutela y su resolución; las bondades de este mecanismo han desbordado inclusive en muchas oportunidades la capacidad operativa del sistema judicial, además de que son muchos los funcionarios que han debido pagar penas privativas de la libertad por incumplir las decisiones judiciales generadas a través de este mecanismo. Sistemas como el de salud y el de prestación de servicios públicos han sido especialmente objeto de acciones de tutela. CARLOS BERNAL PULIDO. El derecho de los derechos, escritos sobre la aplicación de los derechos fundamentales, Bogotá, Externado, 2012.

73 CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-028 de 28 de enero de 2010, M. P.: NILSON PINILLA PINILLA, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2010/T-028-10.htm>].

74 Artículo 2.º Ley 472 de 1998 citada.

75 Ídem.

sulta viable para protegerles a los usuarios derechos que tengan el carácter de fundamentales o se encuentren en conexidad con alguno que ostente esa calidad⁷⁶. En cuanto a las acciones populares, con la expedición de la Ley 472 de 1998, el legislador reguló las acciones populares, lo que llevó a la Corte a redefinir los criterios de procedencia y alcance de la acción de tutela, consignando en la Sentencia T-1451 de 26 de octubre de 2000⁷⁷ los siguientes elementos: 1. La protección de los derechos colectivos debe realizarse, en principio, mediante la acción popular; 2. El requisito esencial para la procedencia de la acción, es la conexidad o relación directa entre la vulneración de un derecho colectivo y uno fundamental; 3. El peticionario debe ser la misma persona que alega una vulneración a sus derechos fundamentales, por conexidad; 4. Debe probarse la pretendida vulneración a un derecho fundamental; y 5. La orden del juez debe buscar el restablecimiento del derecho fundamental vulnerado, más que la protección del derecho colectivo⁷⁸.

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

De otro lado, es importante resaltar que de acuerdo con la finalidad protectora de derechos e intereses, la decisión que tome el juez debe concordar con lo presupuestado por la carta suprema, la solicitud hecha ante el juez debe concordar con el fallo que este emita, la

76 CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-299 de 3 de abril de 2008, M. P.: JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2008/T-299-08.htm>].

77 M. P.: MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ, disponible en [<http://corteconstitucional.gov.co/relatoria/2000/T-1451-00.htm>].

78 CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-418 de 25 de mayo de 2010, M. P.: MARÍA VICTORIA CALLE CORREA, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2010/T-418-10.htm>].

acción constitucional persigue la protección integral de un derecho de rango superior y de interés general para la colectividad, lo cual deja a completa libertad del juez constitucional de tomar las medidas que considere necesarias para la prevalencia del orbe constitucional. En este sentido, como lo afirma el profesor AMAYA RODRÍGUEZ,

se tiene total certeza que el control de constitucionalidad se aplica a las actuaciones administrativas, pero se reflexiona respecto de las libertades que se le confieren al juez constitucional para el aseguramiento de la supremacía del texto constitucional sobre todos los componentes del ordenamiento jurídico, pues esta libertad en el arbitrio judicial contraviene de cierta manera las reglas taxativas aplicadas al juez natural de las actuaciones administrativas, quien solo puede fallar o resolver conforme a la norma taxativa, al caso y bajo los cargos formulados por el accionante, así como conceder solo lo solicitado en la demanda⁷⁹.

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

CONCLUSIÓN

De acuerdo con el análisis efectuado, las acciones constitucionales tienen procedibilidad limitada frente a los contratos estatales en los casos en que la jurisdicción competente es la Contencioso

79 AMAYA RODRÍGUEZ. "El control constitucional y las actuaciones administrativas", cit.

Administrativa, esta limitación se presenta en especial cuando se trata de situaciones generadas en virtud de contratos estatales y relacionadas con la vulneración de derechos constitucionales cuya protección es competencia de los jueces constitucionales. Concretamente, la acción de tutela, la acción popular, son las acciones constitucionales que pueden aplicarse en el contexto de los contratos estatales.

De la misma manera, se concluye que las acciones constitucionales son una opción subsidiaria para la protección del derecho, dado que existen en el ordenamiento jurídico otras alternativas que deben agotarse prioritariamente, que son emanadas del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (Ley 1437 de 18 de enero de 2011⁸⁰). Así mismo, es claro que las acciones constitucionales constituyen mecanismos cautelares orientados a tutelar los derechos e intereses colectivos que se ven involucrados con el ejercicio de la contratación estatal u otra expresión de la función administrativa.

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

Se puede inferir que la Constitución Política, la legislación y la jurisprudencia restringen el campo de acción de la jurisdicción con-

80 *Diario Oficial*, n.º 47.956, de 18 de enero de 2011, disponible en [<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=41249>].

tencioso administrativa frente al ejercicio de las acciones constitucionales en la contratación estatal. En cambio, esas acciones constitucionales son competencia primordial del juez constitucional, si se tiene en cuenta que, de conformidad con el artículo 241 Superior, a “la Corte Constitucional se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución, en los estrictos y precisos términos de este artículo”.

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

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

BIBLIOGRAFÍA

- ABADÍA, FRANCISCO. “La ampliación jurisprudencial del catálogo de derechos fundamentales” Bogotá, Externado, 2011.
- AGUIRRE GUTIÉRREZ, VERÓNICA y YULI MILENA PEREIRA. “Superación de la teoría de los móviles y las finalidades. Pronunciamientos del Consejo de Estado frente a la nulidad y restablecimiento del derecho”, Bogotá, Universidad Militar Nueva Granada, 2014, disponible en [<http://repository.unimilitar.edu.co/bitstream/10654/11965/2/TRABAJO%20FINAL%20MOVILES%20Y%20FINALIDADES%202014.pdf>].
- ALONSO NIÑO, EDWIN HERNANDO. “Consideraciones dinámicas del arbitraje en los contratos concluidos por la administración pública”, *Revista Iter ad Veritatem*, n.º 8, 2010, disponible en [http://www.ustatunja.edu.co/ustatunja/files/Investigación/iter_ad_veritatem_8_2010.pdf].

- AMAYA RODRÍGUEZ, CARLOS FERNANDO. “El control constitucional y las actuaciones administrativas”, ponencia presentada en el II Congreso Mundial de Justicia Constitucional, 25 al 28 de agosto de 2015, Buenos Aires.
- ANGULO MARTÍNEZ, JUAN JOSÉ. “Riesgo de oportunismo del Gobierno en el sector eléctrico colombiano. Aproximación al diseño institucional de la regulación eléctrica en Colombia”, Bogotá, Universidad del Rosario, 2012, disponible en [<http://repository.urosario.edu.co/handle/10336/3992>].
- ARÉVALO NAVARRO, ÁLVARO AUGUSTO. “Autonomía de las corporaciones regionales”, tesis de maestría en derecho administrativo, Bogotá, Externado, 2009.
- AUBY, JEAN-MARIE y ROBERT DUCOS-ADER. *Institutions administratives*, Paris, Dalloz, 1971.
- AYORA TORO, ALEJANDRO. “Apuntes críticos sobre la justificación de los estados de excepción en Colombia a la luz del principio de proporcionalidad: tensión entre política y derecho”, Medellín, Universidad CES, 2013, disponible en [http://bdigital.ces.edu.co:8080/repositorio/bitstream/10946/1794/2/Apuntes_criticos.pdf].
- BERNAL, FRANCISCO JAVIER. Derecho administrativo. Programa Administración Pública Territorial”, Bogotá, Escuela Superior de Administración Pública, 2008, disponible en [, disponible en [http://www.esap.edu.co/portal/wp-content/uploads/2015/08/2_derecho_administrativo.pdf].
- BERNAL PULIDO, CARLOS. El derecho de los derechos, escritos sobre la aplicación de los derechos fundamentales, Bogotá, Externado, 2012.
- BETANCOURT JARAMILLO, CARLOS. Derecho procesal administrativo, 7.ª ed., Bogotá, Bogotá, Señal Editores, 2009.
- BLUHUM MONROY, ERICK. El precedente administrativo en la Ley 1437 de 2011 y su maximización de derechos constitucionales, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, 2012, disponible en [<http://repository.javeriana.edu.co/bitstream/10554/10041/1/BluhumMonroyErick2012.pdf>].
- CADAVID QUINTERO, ALFONSO. “Sobre la declaratoria de inexecutable de la ‘Ley de pequeñas causas’ (Ley 1153 de 2007)”, en *Nuevo Foro Penal*, n.º 71, enero-junio de 2007, disponible en [<http://publicaciones.eafit.edu.co/index.php/nuevo-foro-penal/article/view/1847/1847>].
- CALDERÓN, PAOLA ANDREA y YINA CONSTANZA PÉREZ MONTES. “Eficacia de la acción de repetición en las entidades territoriales de la región amazónica de Colombia en los años comprendidos entre el 2001 a 2008, Bogotá, Universidad Libre, 2011, disponible en [<http://repository.unilibre.edu.co/bitstream/handle/10901/6511/CalderonPaolaAndrea2011.pdf;jsessionid=156B71219DFD222B453D58D50F38F2E9?sequence=1>].
- CASASOLA MENDOZA, FERNANDO ALBERTO. “La acción de tutela contra particulares y los efectos de las sentencias de tutela, de acuerdo con la doctrina de la corte constitucional de Colombia”, Buenos Aires, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2006, disponible en [http://www.supremacortedejusticia.gov.ar/revistas/revista1/revista1_01_06_06.pdf].

[tps://www.scjn.gob.mx/transparencia/lists/becarios/attachments/40/becarios_040.pdf](https://www.scjn.gob.mx/transparencia/lists/becarios/attachments/40/becarios_040.pdf)].

CASTRO CUENCA, CARLOS GUILLERMO. "Aproximación a la corrupción en la contratación pública. Especial referencia a las fórmulas de tipificación de la corrupción en la contratación pública", Salamanca Universidad de Salamanca, 2009.

Código Civil colombiano, disponible en [<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=39535>].

CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN TERCERA

Auto de 14 de agosto de 2003, exp. 22.848.

Auto de 30 de septiembre de 2004, exp. 26.945.

Auto de 16 de marzo de 2005, rad. 25000-23-26-000-20020121601, exp. 27.921, C. P.: RUTH STELLA CORREA PALACIO.

Sentencia 12.085 de 1999, C. P.: DANIEL SUÁREZ HERNÁNDEZ.

Sentencia de 1999, exp. 12.344, M. P.: DANIEL SUÁREZ HERNÁNDEZ.

Sentencia de 10 de agosto de 2000, exp. 12.964.

Sentencia de 7 de junio de 2001, exp. 13.405.

Sentencia de 17 de junio de 2001, exp. AP-166, C. P.: ALIER E. HERNÁNDEZ ENRÍQUEZ.

Sentencia 15 de julio de 2004, exp. AP 1156-02.

Sentencia de 9 de septiembre de 2004, rad. 25000-23-27-000-2003-00571-01, AP-571.

Sentencia de 10 de febrero de 2005, rad. 25000-23-25-000-2003-00254-01, ref.: AP-00254, C. P.: MARÍA ELENA GIRALDO GÓMEZ.

Sentencia de 14 de abril de 2005, exp. AP 01577.

Sentencia de 20 de abril de 2005, exp. 14.519.

Sentencia de 5 de octubre de 2005, rad. 2001-23-31-000-2001, exp. AP-01588, C. P.: RAMIRO SAAVEDRA BECERRA.

Sentencia de 22 de abril de 2006, exp. 8.830.

Sentencia de 29 de agosto de 2007, proceso 850012331000030901 rad. 15.324, C. P. MAURICIO FAJARDO GÓMEZ.

CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN TERCERA, SUBSECCIÓN A. Sentencia de 9 de mayo de 2012, 22.714, actor: Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina.

CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN PRIMERA. Auto de 24 de mayo de 2001, exp. AP-076, C. P.: OLGA INÉS NAVARRETE.

CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA.

Sentencia de 1999, exp. 12.344, M. P.: DANIEL SUÁREZ HERNÁNDEZ.

Sentencia de 25 noviembre de 2004, rad. 110010326000200300055-01, exp. 25.560.

3 de diciembre de 2007, C. P.: RUTH STELLA CORREA PALACIO.

Constitución Política de Colombia de 1991, disponible en [<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=4125>].

CORREA PALACIO, RUTH STELLA. "El ejercicio de los poderes del Estado en el contrato estatal", en FELIPE DE VIVERO ARCINIEGAS (comp.). *Reforma al régimen de contratación estatal*, Bogotá, Universidad de los Andes, 2010

CORTE CONSTITUCIONAL.

- Sentencia C-449 de 9 de julio de 1992, M. P.: ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1992/c-449-92.htm>].
- Sentencia T-507 de 5 de noviembre de 1993, M. P.: ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1993/T-507-93.htm>].
- Sentencia C-473 de 27 de octubre de 1994 M. P.: ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1994/c-473-94.htm>].
- Sentencia C-003 de 14 de enero de 1993, M. P.: ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1993/c-003-93.htm>].
- Sentencia C-215 de 14 de abril de 1999, M. P.: MARTHA VICTORIA SÁCHICA DE MONCALEANO, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1999/C-215-99.htm>].
- Sentencia C-088 de 2 de febrero de 2000, M. P.: FABIO MORÓN DÍAZ, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2000/C-088-00.htm>].
- Sentencia T-1451 de 26 de octubre de 2000, M. P.: MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ, disponible en [<http://corteconstitucional.gov.co/relatoria/2000/T-1451-00.htm>].
- Sentencia C-1052 de 4 de octubre de 2001, M. P.: MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/C-1052-01.htm>].
- Sentencia T-418 de 22 de mayo de 2003, M. P.: ALFREDO BELTRÁN SIERRA, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2003/T-418-03.htm>].
- Sentencia C-835 de 22 de septiembre de 2003, M. P.: JAIME ARAÚJO RENTERÍA, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2003/c-835-03.htm>].
- Sentencia C-115 de 22 de febrero de 2006, M. P.: JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2006/C-115-06.htm>].
- Sentencia T-299 de 3 de abril de 2008, M. P.: JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2008/T-299-08.htm>].
- Sentencia T-028 de 28 de enero de 2010, M. P.: NILSON PINILLA PINILLA, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2010/T-028-10.htm>].
- Sentencia T-418 de 25 de mayo de 2010, M. P.: MARÍA VICTORIA CALLE CORREA, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2010/T-418-10.htm>].

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN CIVIL. Sentencia de 16 de diciembre de 1968.

DAZA VALLEJOS, DIANA CAROLINA. "Jurisdicción competente para conocer de las controversias contractuales de las empresas de servicios públicos domiciliarios mixtas", *Revista Virtual Vía Inveniendi et Iudicandi*, Universidad Santo Tomás de Aquino, 2008, disponible en [<http://numanterioresviei.usta.edu.co/articulos/edí6/ARTICULOS/jurisdiccion-competente.pdf>].

Declaración Universal de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, disponible en [<http://www.un.org/es/documents/udhr/>].

DUGUIT, LÉON. *Traité de Droit Constitutionnel*, t. II, Paris, Ancienne Librairie Fontemoing, 1923.

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

ESCOBAR ARANGO, CAROLINA MARÍA y KATHERINE ZAPATA ORTEGA. "Derecho a la seguridad social para las parejas del mismo sexo" Medellín, Universidad EAFIT. 2008, disponible en [https://repository.eafit.edu.co/bitstream/handle/10784/484/CarolinaMaria_EscobarArango_2008.pdf;jsessionid=2B3D24E73404939D13E315976628193F?sequence=1].

EXPÓSITO VÉLEZ, JUAN CARLOS. *La configuración del contrato de la administración pública en derecho colombiano y español*, Bogotá, Externado, 2003.

FIX-ZAMUDIO, Héctor. "El papel del ombudsman en la protección de los intereses difusos", en *Memoria del Simposio los abogados mexicanos y el ombudsman*, México D. F., Comisión Nacional de Derechos Humanos, 2012.

FORERO FORERO, DEISY JOANNA. "Contratos de compraventa y arrendamiento celebrados por Entidades públicas, entre el régimen público y privado", Bogotá, Universidad del Rosario, 2015.

GIACOMETTE FERRER, ANA (dir.). *Mecanismos de protección constitucional. Compilación normativa*, Bogotá, Centro Colombiano de Derecho Procesal Constitucional, 2014.

GONZÁLEZ RODRÍGUEZ, SERGIO ANDRÉS. *La influencia de la jurisprudencia en la configuración del régimen de procedencia de la acción de nulidad contra actos particulares en el nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo*, Bogotá, Externado, 2014.

GÜECHA MEDINA, CIRO NOLBERTO. "El contrato como acto administrativo: Una nueva teoría que determina su control de legalidad". en *Principia Iuris*, vol. 14, n.º 14, 2010, disponible en [<http://revistas.ustatunja.edu.co/index.php/piuris/article/view/402/551>].

HINESTROSA FORERO, FERNANDO. *Tratado de las obligaciones*, Bogotá, Externado, 2002.

JEZÉ, GASTÓN. *Los principios generales del derecho administrativo*, Libro II, La noción del servicio público, los agentes de la administración pública, Buenos Aires, Depalma, 1949.

KELSEN, HANS. *Teoría pura del derecho*, 7.ª ed., México D. F., Porrúa, 1993.

Ley 489 de 29 diciembre de 1988, *Diario Oficial*, n.º 43.464, de 30 de diciembre de 1998, disponible en [<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=186>].

Ley 80 de 28 de octubre de 1993, *Diario Oficial*, n.º 41.094, de 28 de octubre de 1993, disponible en [<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=304>].

Ley 472 de 5 de agosto de 1998, *Diario Oficial*, n.º 43.357, de 6 de agosto de 1998, disponible en [<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=188>].

Ley 1150 de 16 de julio de 2007, *Diario Oficial*, n.º 46.691, de 16 de julio de 2007, disponible en [http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1150_2007.html].

Ley 1437 de 18 de enero de 2011, *Diario Oficial*, n.º 47.956, de 18 de enero de 2011, disponible en [<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=41249>].

Ley 019 de 10 de enero de 2012, *Diario Oficial*, n.º 48.308, de 10 de enero de 2012, disponible en [<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=45322>].

MALDONADO Gómez, TOMÁS. "La noción de servicio público a partir de la concepción del Estado social de derecho", en *Actualidad Jurídica*, 2007, Barranquilla, Universidad del

- Norte, disponible en [<http://www.uninorte.edu.co/documents/4368250/0/La+noción+servicio+publico+concepción+Estado+Social+de+derecho/2456ba68-9191-4662-885f-c4c1dda75ac4?version=1.1>].
- MARIENHOFF, MIGUEL. *Tratado de derecho administrativo*, t. II, 3.ª ed., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1988.
- MARSHALL, THOMAS HUMPHREY y TOM BOTTOMORE. *Ciudadanía y clase social*, 2.ª ed., Madrid, Alianza, 1998.
- MARX, KARL. “La cuestión judía”, en *Escritos de juventud*, México D. F., Fondo de Cultura Económica, 1982.
- MOLINARES HASSAN, VIRIDIANA. “El precedente constitucional: Análisis de la Sentencia T-292 de 2006”, *Revista de Derecho*, n.º 35, Barranquilla, Universidad del Norte, 2011, disponible en [<http://www.scielo.org.co/pdf/dere/n35/n35a06>].
- MONTAÑA PLATA, ALBERTO. *El concepto de servicio público en el derecho administrativo*, Bogotá, Externado, 2005.
- MURCIA RAMOS, ÁNGELA MARÍA. *Los derechos colectivos y la contratación estatal*, Bogotá, Externado, 2012.
- OLANO GARCÍA, HERNÁN ALEJANDRO. *Historia constitucional colombiana*, Bogotá, Doctrina y Ley, 1997.
- PALACIO JARAMILLO, MARÍA TERESA. “Resurgimiento o crisis de la noción de servicio público”, *Revista de Derecho Público*, n.º 11, junio de 2000, Bogotá, Universidad de los Andes.
- RINCÓN, YAMIR. “Responsabilidad de las empresas prestadoras de servicios públicos”, Bogotá, Universidad Javeriana, 2011.
- RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, LIBARDO. *Derecho administrativo general y colombiano*, Bogotá, Temis, 2001.
- ROSS, ALF. *Finalidad del castigo*, en *Derecho, filosofía y lenguaje*, Buenos Aires, Astrea, 1976.
- SIERRA PORTO, HUMBERTO ANTONIO; FLORALBA A. PADRÓN, MARÍA CAROLINA CASTILLO. “Vicios formales de la ley. Análisis desde la jurisprudencia constitucional colombiana”, *Revista Derecho del Estado*, n.º 14, 2003, Bogotá, Externado, disponible en [<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5119737>].
- TORRES SÁNCHEZ DIANA; DIANA YAKELINE ALFONSO BUITRAGO y CARLOS ENRIQUE GÓMEZ. “El derecho de petición, alcances y efectos jurídicos. Efectivización y materialización por parte de los servidores públicos”, Bogotá, Universidad La Gran Colombia, 2012.
- VELILLA, MARCO ANTONIO. *Los servicios públicos como instrumento de solidaridad y cohesión social del Estado*, Bogotá, Ibáñez, 2005.

