

**PROCEDENCIA EN LA CONFIGURACIÓN DE CONTRATOS ATÍPICOS EN LA
NACIÓN-SUPERINTENDENCIAS SIN PERSONERÍA JURÍDICA Y LA NACIÓN-
UNIDADES ADMINISTRATIVAS ESPECIALES SIN PERSONERÍA JURÍDICA
SUJETAS AL ESTATUTO DE CONTRATACIÓN ESTATAL**

Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario
Facultad de Jurisprudencia
Maestría en Derecho Administrativo
Bogotá, D.C., 2012

**PROCEDENCIA EN LA CONFIGURACIÓN DE CONTRATOS ATÍPICOS EN LA
NACIÓN-SUPERINTENDENCIAS SIN PERSONERÍA JURÍDICA Y LA NACIÓN-
UNIDADES ADMINISTRATIVAS ESPECIALES SIN PERSONERÍA JURÍDICA
SUJETAS AL ESTATUTO DE CONTRATACIÓN ESTATAL**

Trabajo de investigación presentado como requisito para optar al título de Magister
en Derecho Administrativo

Presentado por
CATALINA MARÍA YUCUMÁ CARVAJAL

Director:
MANUEL ALBERTO RESTREPO MEDINA

Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario
Facultad de Jurisprudencia
Maestría en Derecho Administrativo
Bogotá, D.C., 2012

CONTENIDO

| | |
|--|-----------|
| INTRODUCCIÓN..... | 6 |
| 1. TEORÍA GENERAL DEL CONTRATO..... | 15 |
| 1.1. El contrato Estatal | 15 |
| 1.1.1. Evolución..... | 15 |
| 1.1.2. Definición..... | 15 |
| 1.1.3. Autonomía de la voluntad..... | 21 |
| 1.2. Los contratos atípicos en derecho privado..... | 32 |
| 1.2.1. Autonomía de la voluntad en el Derecho privado..... | 32 |
| 1.2.2. Evolución y precisiones preliminares del contrato atípico..... | 37 |
| 1.2.3. Definición, desarrollo y contenido del contrato atípico..... | 42 |
| 1.3. Habilitación del contrato atípico en los contratos estatales..... | 42 |
| 1.3.1. Desarrollo doctrinal y del Estatuto de Contratación Estatal de los contratos estatales atípicos – principio de autonomía de la voluntad..... | 42 |
| 1.3.2. Principio de la autonomía de la voluntad como herramienta creadora del Contrato Estatal Atípico..... | 47 |
| 1.3.3. Autonomía de la voluntad en la Jurisprudencia del Consejo de Estado y la Corte Constitucional..... | 51 |
| CONCLUSIONES DE CAPÍTULO..... | 54 |

| | |
|---|-----------|
| 2. ESTRUCTURA DE LAS ENTIDADES DEL SECTOR CENTRAL NACIONAL – SUPERINTENDENCIAS Y UNIDADES ADMINISTRATIVAS ESPECIALES SIN PERSONERÍA JURÍDICA..... | 56 |
| 2.1. Superintendencias sin personería jurídica..... | 61 |
| 2.1.1. Superintendencia de Puertos y Transporte..... | 62 |
| 2.1.2. Superintendencia del Subsidio Familiar..... | 66 |
| 2.2. Unidades administrativas especiales sin personería jurídica..... | 68 |
| 2.2.1. Unidad Administrativa Especial del Sistema de Parques Nacionales y Naturales..... | 69 |
| 2.2.2. Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico..... | 71 |
| 2.2.3. Comisión de Regulación de Comunicaciones..... | 77 |
| 2.2.4. Museo Nacional de Colombia..... | 78 |
| 2.2.5. Biblioteca Nacional..... | 82 |
| CONCLUSIONES DE CAPÍTULO..... | 84 |
| 3. CONTRATOS ATÍPICOS DE LAS ENTIDADES DEL SECTOR CENTRAL NACIONAL – SUPERINTENDENCIAS Y UNIDADES ADMINISTRATIVAS ESPECIALES SIN PERSONERÍA JURÍDICA SUJETAS AL ESTATUTO DE CONTRATACION ESTATAL – LEY 80 DE 1993..... | 86 |
| 3.1. Autonomía de la voluntad como herramienta creadora de figuras contractuales..... | 87 |

| | | |
|-------------|---|------------|
| 3.2. | Principales contratos atípicos creados por las entidades del sector central nacional – superintendencias y unidades administrativas especiales sin personería jurídica..... | 96 |
| 3.3. | Control ejercido sobre los contratos atípicos..... | 116 |
| | CONCLUSIONES DE CAPÍTULO..... | 118 |
| | CONCLUSIONES..... | 122 |
| | BIBLIOGRAFÍA..... | 125 |

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo de investigación hace parte del proyecto de la línea de investigación de contratación atípica en las diferentes entidades de la Administración Pública. Los distintos trabajos que hacen parte de esta línea de investigación fueron agrupados por la naturaleza de las entidades seleccionadas; este proyecto, en particular, se ocupa de las Superintendencias y Unidades Administrativas Especiales sin personería jurídica sujetas al Estatuto de Contratación Estatal.

Dentro de la línea de investigación, en el año 2011 se publica el primer trabajo de investigación titulado “*Contratos atípicos de las entidades descentralizadas del orden nacional sometidas al estatuto general de contratación de la administración pública*”¹, el cual atiende a la naturaleza de las entidades, en este caso a las entidades descentralizadas del orden nacional.

El desarrollo de la tesis consta de tres capítulos, los cuales, en primera medida, se enfocan en ubicar teóricamente al lector tanto en materia de contratos estatales como en la introducción del principio de la autonomía de la voluntad. Seguidamente, el documento aborda la ubicación concreta mediante la delimitación de las entidades seleccionadas, y finalmente, analiza la procedencia de la celebración de contratos atípicos, teniendo como herramienta el principio de la autonomía de la voluntad en las mencionadas entidades.

Antes de realizar un análisis de la estructura y contenido que se tendrá como objeto de estudio, es importante precisar que en ningún momento se pretende realizar una delimitación casuística a partir de las entidades seleccionadas, pues tal como se advertirá en líneas posteriores, el método que fue implementado no

¹ JORGE RONDEROS BOTERO, *Contratos atípicos de las entidades descentralizadas del orden nacional sujetas al estatuto de contratación administrativa*, Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, Tesis de Maestría en Derecho Administrativo, 2011.

permite suplir esta expectativa; también es de resaltar que la aceptación de esta figura es un tema *tabú* para el sector, lo que de hecho subraya la importancia de la investigación teórica contenida en este trabajo. Esto nos lleva a exponer la problemática que trae consigo la presente investigación: ¿Es admisible jurídicamente la celebración de contratos estatales atípicos, habilitados por el principio de la autonomía de la voluntad como herramienta creadora, sin que esto implique una violación al principio de legalidad?

En razón a las anotaciones realizadas, y haciendo caso a los ejes estructurales contenidos, el desarrollo de este trabajo busca en su primera fase destacar la importancia de cómo el Estatuto de Contratación Estatal introdujo grandes cambios, siendo los más importantes la unificación de un solo régimen de contratación –dicho régimen estaba disperso antes de la ley en mención–, y el principio de la autonomía de la voluntad, consignado en los artículos 32 y 40 del mencionado Estatuto.

Esta autonomía de la voluntad, aunque no parece ser propia de la contratación estatal², es introducida dentro del estatuto como mecanismo para ampliar la libertad en los siguientes tres aspectos: “*contractual, el efecto relativo de los contratos y la intangibilidad de los mismos*”³; una libertad que igualmente opera en la misma selección de la tipología contractual, y que es propia de los contratos civiles y mercantiles –es decir, se concretan como tal en la libertad de configuración de los mismos contratos–.

Ésta libertad es aquella que será objeto de estudio, dado que abre la posibilidad de configurar nuevos contratos que le son propios a las entidades, y los cuales no

² El principio de autonomía de la voluntad le es propio al derecho privado a diferencia del derecho público que se ha entendido como un derecho de mandato, tal y como lo expresa Benavidez, José Luís. *El contrato estatal entre el derecho público y el derecho privado*, segunda edición, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2005. Pág. 95.

³ Riveros Serrato, Héctor y otros. *Régimen de contratación estatal*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1996. Pág. 67.

se encuentran enunciados en el estatuto de contratación en su artículo 32; es decir, se vuelve admisible la estructuración de contratos atípicos.

De allí la importancia para este trabajo de realizar un estudio tanto doctrinal como jurisprudencial de este postulado, y de su rol en la habilitación de nuevas formas contractuales como herramienta inequívoca de utilización al momento de la configuración de nuevos tipos.

Ante estas aseveraciones encontramos que, basándose en la autonomía de la voluntad que habilita el estatuto de contratación estatal en sus artículos 32 y 40, existe confusión en relación a la admisibilidad jurídica que se desprende a partir de estos contratos atípicos, al confrontarse con el principio de legalidad; siendo estos cuestionamientos el primer eje no sólo de este trabajo, sino de los diferentes autores consultados, con los cuales es posible a través de los mismos sentar una posición frente a la autonomía de la voluntad.

Si bien se ha advertido la importancia de un desarrollo normativo, doctrinal y jurisprudencial, igualmente, debemos resaltar que el segundo eje de análisis de este trabajo, es la investigación de las Superintendencias y Unidades Administrativas Especiales sin personería jurídica sujetas al Estatuto de Contratación Estatal.

Las entidades objeto de estudio hacen parte del sector central de la administración pública, de conformidad con el literal e del numeral 1° del artículo 38 de la Ley 489 de 1998.

Es importante señalar que no serán objeto de estudio todas las entidades del sector central de la administración, en cuanto a que la muestra de las entidades obedece exclusivamente a las Superintendencias y Unidades Administrativas

Especiales que carecen de personería jurídica, tal y como se alude en el literal e del mencionado artículo.

La investigación para este segundo eje tendrá como finalidad una delimitación de las entidades, desde su naturaleza jurídica y desde su sujeción al Estatuto de Contratación Estatal; análisis que tendrá como resultado enmarcar finalmente la muestra a las siguientes entidades: Superintendencia de Puertos y Transporte y Subsidio Familiar; y por parte de las Unidades Administrativas Especiales la del Sistema de Parques Nacionales, la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico, Comisión de Regulación de Comunicaciones, Biblioteca Nacional y Museo Nacional de Colombia.

Una vez delimitadas las entidades, en cada una de ellas se procederá a enunciar los aspectos relevantes de los diferentes manuales de contratación, específicamente el régimen jurídico aplicable y las generalidades de los contratos, para así tener los instrumentos determinarán el análisis del tercer eje de esta investigación.

Finalmente, el tercer eje constituye el análisis del conocimiento e implementación de formas contractuales que escapen de la tipicidad, a partir del principio de la autonomía de la voluntad como herramienta creadora en las entidades objeto de estudio; el análisis de conocimiento tiene como propósito establecer a partir de los dos primeros ejes estructurales de la tesis –que son instrumento y soporte para el análisis– si la muestra de las entidades estatales celebran contratos atípicos a partir de la habilitación del principio, teniendo en cuenta que se trata de un tema abiertamente tangible en el Estatuto de Contratación Estatal.

En atención a abordar todos los elementos que permitan realizar un análisis desde todas las perspectivas, y que tenga como finalidad acometer la problemática planteada a través del desarrollo de esta investigación, en este último capítulo se

consultan a los principales entes de control de la contratación pública, Contraloría General de la República y Procuraduría General de la Nación, con la finalidad de sentar la posición desde su especialidad en la contratación atípica estatal.

Es así como el estudio del conocimiento e implementación para este tercer eje corresponde a los siguientes elementos: la extracción del desarrollo del principio de la autonomía de la voluntad como herramienta creadora de contratos atípicos; a la evidencia de los manuales de contratación; a ejemplos de contratos celebrados por las diferentes entidades consultadas y al análisis derivado de la posición de los entes de control. Así se halla la concreción del análisis último de esta investigación, por medio de todas las herramientas enunciadas.

Justificación

Con este trabajo de investigación se pretende realizar un estudio surgido a partir de la Ley 80 de 1993, la cual introduce en su Estatuto como regla general la aplicación de normas de Derecho Civil y Mercantil, en sus artículos 13, 32 y 40. Dicha normatividad tiene como eje principal la inclusión del postulado de la autonomía de la voluntad enmarcado dentro del cumplimiento de los fines estatales.

Este principio de la autonomía de la voluntad, aunque es propio de todos los contratos en general, no es tan visible en los contratos estatales, y sigue siendo cuestionado cuando se trata de la relación contractual. Esto, en razón a que las entidades estatales tienen potestades propias del Estado, tales como la posibilidad de introducir *cláusulas excepcionales* contenidas en el artículo 14 numeral 2 de la Ley 80 de 1993 –antes llamadas *cláusulas exorbitantes*⁴–, lo cual entraría en

⁴ “Estas cláusulas que en el anterior régimen de contratación constituían principios fundamentales de los contratos de la administración y debían incluirse en la totalidad de dichos contratos, en el nuevo estatuto subsisten con el carácter de **cláusulas excepcionales** que deben incluirse en determinados contratos y taxativos contratos estatales”, Hormiga C., María Cristina y otros. Nuevo

pugna con la libre determinación de las partes en cuanto a la elección, configuración y determinación de clases contractuales que no estén enunciados en el Estatuto de Contratación Estatal. Es por esta razón que se hace necesario delimitar el margen de acción del mencionado principio.

Ahora bien, este trabajo centrará principalmente su estudio en analizar el impacto que genera la autonomía de la voluntad para configurar contratos en cabeza del Estado que no están enunciados en el Estatuto, frente al principio de legalidad que rige las actuaciones administrativas.

Por otro lado, y como consecuencia de las anteriores aseveraciones, analizaré subsiguientemente el control⁵ que se ejerce sobre éstos contratos atípicos, teniendo como muestra a las entidades seleccionadas que están sujetas al Estatuto de Contratación.

Siendo así, desde la creación del Estatuto de Contratación Estatal, con las reglas de juego dispuestas para la contratación, la configuración de contratos atípicos que se ajusten a las necesidades de las entidades, con el fin de satisfacer los fines estatales, es una realidad. Ello aporta facilidad en la labor contractual al no restringirla en su clasificación, y generando diversos tipos contractuales que le son propios a las diferentes entidades que las crean y que no poseen una regulación específica por el Estatuto.

La importancia de este trabajo radica en la contribución al análisis e impacto de estos contratos atípicos realizados por las Superintendencias y Unidades Administrativas Especiales sin personería jurídica, frente a su admisibilidad

estatuto de contratación estatal: Estudio de la ley 80 de 1993, sus decretos reglamentarios, doctrina y jurisprudencia, Bogotá, ediciones doctrina y ley, 1996. Pág.4.

⁵ El control referido de manera amplia y ejercido puntualmente por los organismos: Procuraduría General de la Nación (control disciplinario) y Contraloría General de la República (control fiscal). Palacio Hincapié, Juan Ángel. La contratación de las entidades estatales. Cuarta edición, Medellín, librería jurídica Sanchez R. LTDA, 2003. Pág. 63.

jurídica y al principio de legalidad, para dar una mejor comprensión en materia de investigación contractual y al trato que debe dársele cuando estemos frente a estos contratos.

Objetivo general

Establecer herramientas para el análisis de la eficacia del principio de la autonomía de la voluntad en la configuración de nuevas tipologías contractuales teniendo como punto de focalización práctico a las Superintendencias y Unidades Administrativas Especiales sin personería jurídica sujetas al Estatuto de Contratación Estatal.

Objetivos específicos

1. Ilustrar la importancia de la autonomía de la voluntad partiendo de sus antecedentes, evolución y concepto, como herramienta habilitadora de creación de nuevas formas contractuales.
2. Analizar la utilización del principio de la autonomía de la voluntad en las Superintendencias y Unidades Administrativas Especiales sin personería jurídica sujetas al Estatuto de Contratación Estatal como herramienta creadora de contratos atípicos.
3. Determinar en la práctica la aptitud de los contratos atípicos realizados en las Superintendencias y Unidades Administrativas Especiales sin personería jurídica sujetas al Estatuto de Contratación Estatal como mecanismo eficaz para el cumplimiento de los fines estatales.

Hipótesis

La premisa a partir de la cual se emprendió la presente investigación, fue la siguiente:

Los contratos estatales atípicos, habilitados por el principio de la autonomía de la voluntad como herramienta creadora, consagrada en el Estatuto de Contratación Estatal, Ley 80 de 1993, ayudan en la consecución de los fines estatales ajustados perfectamente a las necesidades de las entidades estatales, sin que esto implique una violación al principio de legalidad que genere su inadmisibilidad jurídica.

Metodología

El principio de la autonomía de la voluntad, siendo propio al derecho privado, se introduce al derecho público por medio de Estatuto de Contratación Estatal, generando un desarrollo doctrinal, cuyo objeto principal es habilitar a las partes contractuales para la formación de nuevos tipos que escapan al encuadramiento de las normas. Esto nos lleva a estudiar la eficacia de este principio como herramienta en las entidades objeto de estudio para la configuración de contratos atípicos.

La doctrina aborda el tema de los contratos atípicos de diferentes maneras porque, si bien no es un tópico tratado extensivamente, la dificultad radica en la integración de los mismos en lo relativo a la normatividad, teniendo como base las obligaciones de la cuales emanan los contratos en mención. Como consecuencia, se pueden generar problemas de interpretación que desembocan en discusiones que confrontan a los diferentes doctrinantes.

Así mismo, la metodología instrumental que se empleó en la realización de este trabajo, hace una recopilación doctrinal y jurisprudencial para desarrollar a fondo

el tema en cuestión; igualmente, parte fundamental de este estudio lo constituye el trabajo de campo por medio de la elaboración de derechos de petición a las diferentes entidades, con la finalidad de obtener información de la eficacia e incorporación del principio de la autonomía de la voluntad, y como consecuencia en la celebración de contratos atípicos. Otro aspecto fundamental es la consulta a los manuales de contratación en su totalidad, buscando regulación específica sobre los contratos atípicos, además de la revisión de los portales de contratación.

Adviértase, pues, que enunciada la metodología, no resta más que mencionar que el método utilizado en este trabajo de investigación es el lógico deductivo, toda vez que partimos desde los postulados normativos que conforman el Estatuto de Contratación Estatal, enfocados al principio de la autonomía de la voluntad. Como muestra se expone la aplicabilidad en casos particulares delimitados específicamente mediante las entidades seleccionadas para este estudio de investigación, observando cómo se acoge este principio al momento de hacer uso de esta habilitación en la creación de nuevas formas contractuales.

Habiendo realizado un barrido en cuanto a doctrina, jurisprudencia y entidades analizadas, la información obtenida dio lugar al planteamiento de mayores interrogantes sobre la aplicabilidad y la habilitación de la contratación atípica en las entidades seleccionadas, dando un amplio margen de especulación de este instrumento como una realidad concreta que se estableció con la misma creación del Estatuto de Contratación.

1. TEORÍA GENERAL DEL CONTRATO

1.1 El contrato Estatal

1.1.1 Evolución

El Estatuto de Contratación Estatal antes de la ley 80 de 1993 se encontraba en un estado de dispersión normativa, situación que no permitía que se generara una unificación de aquello que podía entenderse por contrato estatal.

Esta dispersión normativa generó el establecimiento de teorías que apuntaban a la disociación del concepto entre aquellos asuntos privados y públicos para los cuales, tal y como sus denominaciones lo indican, eran manejados por normatividades diferentes.

De igual forma, la dispersión normativa, en cuanto a estatutos que regían la contratación estatal, generó perspectivas que hacían poco identificable una única definición, y desde esta multiplicidad de estatutos surgían conceptos separados de contrato administrativo y contrato de derecho privado.

Es así como el Decreto 222 de 1983 introdujo una diferenciación entre los contratos administrativos y los contratos administrativos de derecho privado. Sin embargo, su diferenciación era marcada por criterios que no eran lo suficientemente amplios y claros para realizar una enunciación de cuándo nos encontrábamos ante un contrato u otro, teniéndose en cuenta, entre otras, las siguientes características para identificarlos⁶:

- Hacer uso del Criterio orgánico respecto a las partes contratantes.

⁶ Cámara de Comercio de Bogotá. Estudios de profundización en contratación estatal, Bogotá, ediciones Cámara de Comercio y Pontificia Universidad Javeriana, 1997.

- La delimitación y contenido del objeto.
- Inclusión de las cláusulas contempladas en el Decreto 222 de 1983 de prerrogativa exclusiva de la entidad contratante.

Además de la diferenciación en los contratos a celebrar, el anterior estatuto trajo como consecuencia una múltiple normatividad que haría pensar que cada entidad tenía su propio régimen de contratación, lo cual no permitía que existiera claridad al momento de contratar.

Estos contratos se diferenciaban, como su mismo nombre lo enuncia, desde la perspectiva de la actividad a desarrollar, y así mismo desde su régimen aplicable. Es por ello que ésta marcada diferencia de contratos dio paso a la creación de un estatuto que no solo unificara el régimen de contratación en todos sus aspectos, sino también a la definición del contrato; esto, dando paso a lo que actualmente, con la Ley 80 de 1993, se establece como contratos estatales.

1.1.2 Definición

Una vez realizada la unificación del Estatuto Contractual en la Ley 80 de 1993, esta nos trae en su artículo 32 la noción del Contrato Estatal, definiéndolo como *“todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad (...)”*. Dicha noción implica identificar los contratos desde dos perspectivas: las partes contractuales y la actividad a desarrollar.

Sin embargo, si bien esta definición legal que nos trae el estatuto resulta en una unificación conveniente para aquello que debe entenderse por contrato estatal, igualmente abarca un espectro que resulta bastante amplio e impreciso frente al

cual debemos realizar una serie de consideraciones. Ello, con el fin de demarcar la noción y los elementos que los conforman a partir de lo establecido en la ley.

Es claro que uno de los elementos para que se constituya un contrato estatal es que se celebre con entidades Estatales; entidades que han sido demarcadas por el mismo estatuto en su artículo 2°.

“Artículo 2°.- De la Definición de Entidades, Servidores y Servicios Públicos. Para los solos efectos de esta Ley:

1o. Se denominan entidades estatales:

a) La Nación, las regiones, los departamentos, las provincias, el Distrito Capital y los distritos especiales, las áreas metropolitanas, las asociaciones de municipios, los territorios indígenas y los municipios; los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado, las sociedades de economía mixta en las que el Estado tenga participación superior al cincuenta por ciento (50%), así como las entidades descentralizadas indirectas y las demás personas jurídicas en las que exista dicha participación pública mayoritaria, cualquiera sea la denominación que ellas adopten, en todos los órdenes y niveles.

b) El Senado de la República, la Cámara de Representantes, el Consejo Superior de la Judicatura, la Fiscalía General de la Nación, la Contraloría General de la República, las contralorías departamentales, distritales y municipales, la Procuraduría General de la Nación, la Registraduría Nacional del Estado Civil, los ministerios, los departamentos administrativos, las superintendencias, las unidades administrativas especiales y, en general, los organismos o dependencias del Estado a los que la ley otorgue capacidad para celebrar contratos.”

Con el fin de aproximarnos a una definición más precisa y exacta del contrato estatal, es necesario tener claras las partes contractuales identificables dentro de la relación contractual. A saber: el Estado y un particular, o el mismo Estado.

Sin embargo, en razón a que uno de los elementos que más se destaca para identificar un contrato estatal se encuentra en las partes, o mejor, en los sujetos contractuales, no menos importante es la identificación del contrato por medio de la actividad –que no es otra que todos los actos jurídicos dentro del marco establecido por el Estatuto–.

Estos actos jurídicos son todos aquellos generadores de obligaciones contractuales entre las partes, así como también todos aquellos que surjan en desarrollo de la autonomía de la voluntad, sin que haya lugar a diferenciarlos de los antiguos actos administrativos y actos privados.

Lo anterior expone un criterio orgánico, pues brinda total libertad a las entidades en lo que respecta a la actividad a desarrollar; sin embargo, las partes contractuales se encuentran definidas, presentando así una amplitud del concepto para no entrar en diferenciaciones que generen la dicotomía marcada que sí tenían los anteriores estatutos de contratación; a saber, su *vocación de universal*⁷. Como lo alude BENAVIDEZ se presenta “*por la eliminación de la distinción entre contratos administrativos y contratos de derecho privado, reemplazada por la noción de contratos estatales*”.

A título enunciativo, el Estatuto menciona en su definición una serie de tipologías contractuales, las cuales no son otras que el contrato de obra, consultoría, prestación de servicios, concesión y encargos fiduciarios y de fiducia pública.

⁷ Benavidez, José Luís. El contrato estatal entre el derecho público y el derecho privado, segunda edición, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2005. p. 50.

Es importante tener en cuenta la mención contenida en la definición del Estatuto respecto a los contratos a título enunciativo, pues esta deberá tenerse en cuenta para aplicar el régimen normativo correspondiente, tal y como se contempla. Esto debido a que la normatividad general aplicable es la contenida en las normas civiles y mercantiles. Por su parte, aquellos contratos a título enunciativo en la Ley 80, tendrán como régimen especial las normas contenidas en el Estatuto de Contratación Estatal.

Habiendo resaltado los puntos positivos que trajo como consecuencia el haber plasmado en el Estatuto una definición de aquello que se entiende por contrato estatal, también es importante resaltar las falencias que señalan los doctrinantes respecto a su claridad y compleción.

Es así, como QUINTERO MÚNERA y MUTIS VANEGAS⁸ encuentran que el Estatuto de Contratación Estatal carece del elemento de confluencia de voluntades; elemento que permite diferenciar un acto que proviene de la administración de manera unilateral, de un contrato estatal. Esta disposición deja coja la definición de contrato, ya que sólo lo define como un simple acto jurídico que crea obligaciones; sin embargo, esta austera definición no traerá “*más graves consecuencias que la fundada crítica académica*”⁹.

De la misma forma EXPOSITO VELEZ¹⁰ señala que, si bien el Estatuto proporciona una definición de contrato estatal, la misma es “*ambigua, genérica e imprecisa*”¹¹, dado que se aleja significativamente del concepto de contrato en el

⁸ Quintero Múnera, Andrés y Mutis Vanegas, Andrés. Los contratos del Estado en la ley 80 de 1993, Bogotá, editorial TEMIS, 1995. p. 115.

⁹ *Ibíd.*, p. 116.

¹⁰ Expósito Vélez. *Óp. Cit.*, pp. 253 – 255.

¹¹ *Ibíd.*, p. 254.

derecho privado, al no contemplar el principal elemento diferenciador de los demás actos jurídicos: la confluencia de voluntades.

Para FRANCO GUTIERREZ¹², su definición no tiene presente la discusión en la que entran los autores anteriores, dado que para este autor el contrato estatal “*es aquel acuerdo que se celebra entre la administración y un particular, tendiente a que éste dé, haga algo, o se abstenga de hacer algo a favor de aquella, previo el lleno de ciertos requisitos, y teniendo en cuenta que la administración obra en nombre del Estado*”¹³. Se trata de una definición amplia en la cual caben todas las actuaciones que puedan generarse a partir del Estado, y que como consecuencia devengan en un contrato.

Teniendo en cuenta las anteriores definiciones de los autores, DROMI¹⁴ define el contrato administrativo como “*toda declaración bilateral o de voluntad común, productora de efectos jurídicos entre dos personas, de las cuales una está en ejercicio de la función administrativa*”¹⁵; éste concepto no se sitúa dentro de las dificultades que exponen los autores anteriores, en la medida que señala la necesidad de que existan *voluntades concurrentes*¹⁶, siendo en últimas un acto bilateral de las partes.

No obstante la variedad de definiciones aportadas, existen unos elementos que deben puntualizarse con total claridad: una declaración de voluntad de las partes – acto bilateral expresado según las voluntades de los que se encuentran próximos a contratar–; y unos sujetos que deben ser, necesariamente, el Estado y el particular, o entre entes Estatales. Sin más consideración que las menciones que

¹² Franco Gutiérrez, Omar. La contratación administrativa: Comentarios a la ley 80 de 1993 y sus decretos reglamentarios, cuarta edición, Bogotá, ediciones jurídicas Gustavo Ibáñez, 2000.

¹³ *Ibíd.*, p. 32 y 33.

¹⁴ Dormi, Roberto. Derecho Administrativo, décima edición, Buenos Aires - Madrid, ediciones Ciudad Argentina, 2004.

¹⁵ *Ibíd.*, p. 475.

¹⁶ *Ibíd.*, p. 475.

se realizan, es menester aludir que, si bien existen discusiones sobre la vaguedad que el concepto encierra, generadas como consecuencia de una mala redacción del artículo 32, es dable coincidir junto con los diferentes autores¹⁷ en que siempre que se haga referencia al contrato estatal, estaremos ante la confluencia de voluntades que no dan cabida a actos jurídicos unilaterales.

Así mismo, cabe reiterar que no existiendo en la definición de contrato estatal una diferenciación de actos jurídicos emanados unilateralmente desde la administración, y de aquellos en los que confluyen las voluntades de las partes, siempre estaremos en confluencia de voluntades en lo que respecta a contratos estatales.

1.1.3 Autonomía de la Voluntad

Habiendo entonces puntualizado y delimitado el contrato estatal desde su definición, es posible determinar de manera precisa que nos encontramos frente a acuerdos de voluntades y no frente a actos unilaterales de la administración como al parecer deja sentado el Estatuto¹⁸. Esta situación posibilita delimitar el contenido del tema principal en estudio, que es la autonomía de la voluntad; dicho postulado será partida y eje principal de este trabajo, pues en la misma definición se introduce la posibilidad de estructuración de los contratos estatales.

Es así como partimos desde el concepto de contrato estatal para empezar a delimitar aquello que se entiende y se introduce desde el postulado de la autonomía de la voluntad, el cual se encuentra consignado en los artículos 32 y 40 del Estatuto de Contratación Estatal. En dichos artículos, el postulado se introduce como una herramienta más de la cual pueden derivarse tipologías contractuales, y que se validará en la medida que se deriven del uso de este postulado.

¹⁷ Véase al respecto, a Expósito, Quintero Múnera y Mutis Vanegas.

¹⁸ ARTÍCULO 32, LEY 80 DE 1998.

Este postulado que se torna un instrumento para la administración no es otra cosa que la libertad de crear tipologías contractuales que se ajusten a las necesidades de las entidades con el propósito de poder satisfacer los fines estatales. Esta libertad no sólo se traduce en tipologías, sino también en la estructuración del contenido del contrato a celebrar.

Ahora bien, desde un aspecto netamente formal, aquello que el principio nos menciona es una libertad de configuración; sin embargo, desde el mismo Estatuto de Contratación Estatal –Ley 80 de 1993¹⁹– se señala una restricción que desde cualquier perspectiva no resulta limitante, pues maneja esa libertad teniendo en cuenta el cumplimiento del contrato a favor de los fines estatales.

No siendo esta restricción una desventaja para la administración, es importante denotar un margen de acción en el cual se debe enmarcar esta autonomía, cuyo objetivo es el de no olvidar el derrotero para el cual fue introducida.

Sin embargo, ESCOBAR GIL²⁰ reconoce el principio de la autonomía de la voluntad en la Administración como aquel que “*se traduce en la posibilidad concreta de celebrar los contratos que sean convenientes para la comunidad*”²¹. El autor asegura que, por esta razón, no es posible hablar de una autonomía de la voluntad teniendo en cuenta los intereses de quienes contratan, sino por el contrario, contemplando un interés general que va más allá de las partes que van a contratar.

¹⁹ “ARTÍCULO 32. DE LOS CONTRATOS ESTATALES. Son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad. ARTÍCULO 40. DEL CONTENIDO DEL CONTRATO ESTATAL. Las entidades podrán celebrar los contratos y acuerdos que permitan la autonomía de la voluntad y requieran el cumplimiento de los fines estatales”. Naranjo Flores, Carlos Eduardo y otros. Estatuto general de contratación de la administración pública, Bogotá, editorial LEGIS, 2006. p.

²⁰ Escobar Gil, Rodrigo. Teoría general de los contratos de la Administración Pública, Bogotá, editorial Legis, 1999.

²¹ *Ibíd.*, p. 65.

De la posición del autor²² anterior se deduce la inexistencia de una verdadera autonomía de la voluntad, pues tal y como lo expresa este postulado “*se traduce en la posibilidad concreta de celebrar los contratos que sean convenientes para la comunidad*”²³. Es decir, toma el principio como un *instrumento* para realizar los fines del Estado y que, como en todas las categorías jurídicas, se debe ajustar a las necesidades de cada campo del derecho, en este caso al de la Administración Pública.

Dicho razonamiento es casi inaceptable, pues si bien el margen se encuentra delimitado para las partes, no debemos olvidar que aquellas que confluyen en un contrato estatal no están generando actos de interés particular, como sí lo hacen aquellas que nacen como consecuencia de convenciones privadas –que encontrarían su limitante exclusivamente en el ordenamiento jurídico–.

Lo anteriormente expuesto se sostiene por el autor EXPOSITO VÉLEZ²⁴, quien expone las limitaciones de la autonomía de la voluntad, afirmando que “*el principio de legalidad delimita a la administración el ámbito de decisión en lo que al objeto del contrato público se refiere, y es así como ésta actúa con un sometimiento negativo al principio de legalidad*”²⁵. No obstante, el principio de la autonomía también queda restringido por el interés público, excluyendo el arbitrio de la entidad en la configuración del contrato, dado que prima el interés general. La restricción se determinará mediante estudios previos de pertinencia; de estas anotaciones el autor concluye que no existe libertad total cuando el Estado actúa como contratante.

²² Escobar Gil, Rodrigo. Teoría general de los contratos de la Administración Pública, Bogotá, editorial Legis, 1999.

²³ *Ibíd.*, p. 65.

²⁴ Expósito Vélez. *Óp. Cit.*, pp. 307 a 309.

²⁵ *Ibíd.*, p. 305.

Sin embargo, es importante tener en cuenta que no sólo existe la limitante del interés general, sino también los siguientes casos: que se configure un monopolio o se preste un servicio público, dado que el Estado no puede negarse a contratar; y que exista un contrato de adhesión²⁶. En estos dos casos la autonomía de la voluntad contemplada en el Estatuto se ve coartada.

Dado lo anterior podemos afirmar que el postulado de la autonomía de la voluntad, de conformidad con lo ya expuesto, trae consecuencias y limitantes diferentes en cuanto nos encontramos ante convenciones o acuerdos que surgen como consecuencia del derecho privado o del derecho público. Si bien este postulado hace una extrapolación de la normatividad privada, tiene derroteros diferentes en el derecho privado, dado que siendo el Estado el garante de fines estatales que se traducen en fines comunes o interés público, no es posible particularizarlos para el beneficio exclusivo de la entidad contratante sin que esta pierda la finalidad para la cual fue creada la entidad.

Esta posición la reitera MATALLANA CAMACHO²⁷, al sostener que la autonomía de la voluntad fue el eje principal de la modificación del Estatuto Contractual, y que por medio de esta se le concede “*amplia libertad a la administración para que, atendiendo el interés público, regule sus relaciones amparada en el acuerdo de voluntades como regla general*”²⁸, teniéndola como una prerrogativa en función del interés general.

Delimitado el marco de acción –que como mencionamos no es una restricción o limitación, pues es a penas lógico que la configuración contractual se mueva en pro de las finalidades estatales–, es posible estudiar aquello que se entiende por la autonomía de la voluntad desde el punto de vista de la doctrina.

²⁶ Herrera Barbosa. Óp. Cit., p. 88.

²⁷ Matallana Camacho. Óp. Cit., pp. 87 – 90.

²⁸ *Ibíd.*, p. 90.

Es así como en materia de este principio de autonomía encontramos que no se debe olvidar el marco en el cual debe moverse su libertad, pues una vez más encontramos nuestro principal derrotero en la realización de los fines estatales. El principio es una herramienta para que las entidades puedan desarrollarse contractualmente como una *posibilidad concreta*²⁹.

Es importante realizar una marcada diferenciación sobre las limitaciones impuestas a este principio, pues se restringe la libertad de configuración del contrato más no la libertad contractual en sí³⁰. Al momento de estructurar dicho contrato, deberán tenerse en cuenta las restricciones impuestas para que la configuración del contrato no esté en contravía de las mismas.

Ahora bien, habiendo puntualizado el margen de acción de este postulado, es menester tener en cuenta el origen de la introducción del mismo. PALACIO HINCAPIÉ³¹ y RODRÍGUEZ R.³² sostienen que la tendencia privatizadora que influyó la creación del nuevo estatuto dio origen al postulado de la autonomía de la voluntad, y por tal razón el contenido de estos contratos será regulado por las normas civiles y mercantiles; esta situación se encuentra plasmada en los artículos 13 y 32, los cuales tienen como principal objetivo establecer una regulación privada de manera general, salvo aquellas materias que se encuentren reguladas de manera específica por la ley.

Esta tendencia que influencia la creación y configuración del estatuto, la cual logró introducir este postulado, se ve reflejada adicionalmente en la normatividad aplicable a los contratos de la cual haremos alusión en líneas posteriores.

²⁹ *Ibíd.*, p. 65 Escobar Gil.

³⁰ Herrera Barbosa, *Óp. Cit.*, p. 89.

³¹ Palacio Hincapié. *Óp. Cit.*, p. 29.

³² Rodríguez R., Gustavo Humberto. *Nuevos Contratos Estatales: Comentarios a la ley 80 de 1993 con doctrinas y jurisprudencias*, Bogotá, editorial jurídicas wilches, 1994.p. 22.

Teniendo en cuenta el origen de este postulado, la delimitación de una definición resulta necesaria, y para ello se traen a colación diferentes autores que la enmarcan en un contexto privado, sin alejarnos del derecho público. Ello porque, tal y como se mencionó, se trata de una introducción ajena a aquello que normalmente se tenía contemplado en el Estatuto de contratación anterior.

HERRERA BARBOSA³³ plantea la definición de autonomía de la voluntad dentro de un marco general, siendo esta “*la facultad reconocida a las personas para decidir libremente, en determinadas esferas de la vida social, que se amplían a medida que una sociedad progresa*”³⁴; facultad que igualmente está delimitada dentro de la contratación estatal, interactuando en todos los campos contractuales. No obstante, es necesario ver en qué campos contractuales actúa esta libertad con el fin de hallar restricciones, o si por el contrario, existe libertad absoluta.

Es así como este principio es una forma de flexibilizar el esquema de contratación “*basado en principios antes que en las reglas e imbuido por los postulados de autonomía, confianza y responsabilidad correlativa de las partes*”³⁵. Del mismo se desprende aquello que el autor DÁVILA VINUEZA denomina “*principio de la normatividad de los contratos*”³⁶, que significa que lo plasmado por medio de la voluntad de las partes, se convertirá en ley para las mismas.

Lo anterior deja entrever que aquello que se encuentra expuesto por medio del contrato derivado de la autonomía de la voluntad, indiscutiblemente se hará ley para las partes. Esto, siempre y cuando no esté en contra del ordenamiento jurídico, lo cual nos lleva de paso al segundo margen de expresión de este principio; si bien tenemos que los fines estatales se convierten en una

³³ Herrera Barbosa, Benjamín. Contratos públicos actualizado con el decreto 2170 de 2002, Bogotá, ediciones jurídicas Gustavo Ibáñez, 2004.

³⁴ *Ibíd.*, p. 251.

³⁵ Dávila Vinueza, Luís Guillermo. Régimen jurídico de la contratación estatal: Aproximación crítica a la ley de 1993, segunda edición, Bogotá, editorial Legis, 2003. p. 39.

³⁶ *Ibíd.*

delimitación, no se debe olvidar que todo aquello que nazca como consecuencia de este postulado, debe tener la limitante del ordenamiento jurídico como regla general, no solo en los contratos estatales sino en cualquier tipo de contrato.

Otra óptica para ver el principio de la autonomía de la voluntad es asimilarlo, como el autor DROMI³⁷, quien afirma que la concurrencia de voluntades hace parte del consentimiento “*como expresión de la voluntad válida común, hace a la existencia del contrato; como recaudo existencial del acto, importa la manifestación de voluntad coincidente de las partes*”³⁸, y por tal razón “*para que haya contrato se requieren dos voluntades válidas y opuestas que concurren a su formación*”³⁹. Sin embargo, llámese concurrencia o acuerdo de voluntades, en últimas nos dirigimos siempre al mismo punto de encuentro: La *libertad de expresión contractual*.

Retomando la idea anteriormente plasmada respecto a la normatividad que rige la contratación y la influencia del derecho privado en el Estatuto, debemos resaltar que el mismo Estatuto Contractual hace la remisión a normas privadas contempladas en el Código de Comercio y Civil, en sus artículos 13 y 32. La normatividad civil y mercantil se convierte en el régimen general, y el Estatuto de Contratación Estatal se vuelve regla especial para las materias que expresamente se determinen.

La “*intención privatizadora de la nueva política de apertura económica y de privatización de gobierno*”⁴⁰ se siente en todo el articulado del Estatuto, razón suficiente para que esa normatividad quede como regla imperante, dejando a la ley contractual como mera excepción. Así se tiene como un gran avance y como una forma de “*devolver al contrato estatal su propia naturaleza, en el respeto de la*

³⁷ Dromi. Óp. Cit., pp. 478 a 480.

³⁸ Ibíd., p. 479.

³⁹ Ibíd., p. 479.

⁴⁰ Palacio Hincapié, Juan Ángel. La contratación de las entidades estatales. Cuarta edición, Medellín, Librería Jurídica Sánchez R. Ltda, 2003. p. 29.

*autonomía de la voluntad y del interés público que encierra la actividad contractual*⁴¹.

Según algunos de los autores⁴² que han hecho referencia al tema de la intención privatizadora, no podemos interpretar del Estatuto que “la generalidad sean las normas de derecho privado y que el Estatuto en sí sea la excepción”; por el contrario, el deber ser de lo plasmado por el legislador deberá manifestarse e interpretarse de manera inversa –“la generalidad es el Estatuto y la excepción son las normas de derecho privado”–, pues se debe a una mala comprensión del texto legal.

Estas formas de ver lo dispuesto por la norma vigente en materia contractual suponen de una u otra manera la remisión a las normas civiles y mercantiles en aquello que su Estatuto ordena, ya sea como regla general o excepción. Fruto de esta remisión se propicia la intromisión de postulados que en principio no le son propios a la contratación estatal –y que encierran una intención privatizadora–, pero que amplían las perspectivas de las entidades para el cumplimiento de las finalidades estatales –admitiendo por esta vía que sea extrapolado el derecho privado a éste campo por la autorización preceptuada–.

Se afirma, entonces, que este postulado, junto con la remisión normativa, cumplen una función de herramienta complementaria necesaria en la medida que los autores que tratan el tema en derecho público, no prestan real atención en acercarse a una definición⁴³, sino por el contrario, en la delimitación de su contenido.

⁴¹ Matallana Camacho, Ernesto. Manual de contratación de la administración pública ley 80 de 1993, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2005. p. 138.

⁴² Véase al respecto Expósito Vélez, Juan Carlos. La configuración del contrato de la administración pública en derecho colombiano y español: Análisis de la selección de los contratistas, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003. pp. 388 y 389.

⁴³ Con excepción de Herrera Barbosa, Benjamín. Contratos públicos actualizado con el decreto 2170 de 2002, Bogotá, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2004.p. 251.

Es importante ver cómo la doctrina del derecho público⁴⁴ toma esta libertad contractual y la trae al contexto de la contratación estatal, por medio de la remisión que se hace presente en el Estatuto, y que emana como consecuencia del postulado. Es así como se identifican manifestaciones a raíz del mismo pero que se integran en diferentes campos tales como *“la elección de contratar o no contratar; en el de escoger la persona del cocontratante; en el de determinar el tipo de contrato que se va a celebrar y en el de definir el contenido y régimen jurídico del acto”*⁴⁵.

Habiendo delimitado el postulado desde la normatividad que aplica, y delimitada también su definición por medio de diferentes posturas –que nos llevan a una libertad de expresión de voluntad de las partes dentro de los fines estatales del interés público–, es necesario explorar las manifestaciones derivadas del uso del principio.

Esta *libertad de expresión contractual* igualmente la podemos encontrar dentro de una de las acepciones de HERRERA BARBOSA⁴⁶, descritas para este postulado: *“la libertad contractual, el efecto relativo de los contratos y la intangibilidad de los mismos”*⁴⁷. El autor describe esta *libertad contractual* como la decisión de contratar o no, la de escoger el contratista y la de establecer el contenido; es decir, que la autonomía de la voluntad entregada a las entidades estatales, se extiende a todas las posibilidades que se tienen como cuando se está en presencia de un contrato civil o comercial, lo cual hace que este principio sea una manifestación en todo su

⁴⁴ Herrera Barbosa, Benjamín. Principios de la contratación estatal. En: Riveros Serrato, Héctor y otros. Régimen de contratación estatal, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1996. p. 67.

⁴⁵ Suescún Melo, Jorge. Derecho privado: Estudios de derecho civil y comercial contemporáneo, tomo II, primera reimpression de la segunda edición, Bogotá, Editorial Legis, 2004. p. 26.

⁴⁶ Herrera Barbosa, Benjamín. Principios de la contratación estatal. En: Riveros Serrato, Héctor y otros. Régimen de contratación estatal, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1996.

⁴⁷ *Ibíd.*, p. 67.

esplendor del derecho del cual fue extrapolado, pero ajustado a las necesidades de un derecho público.

Siendo esta libertad el eje central de la autonomía de la voluntad, es importante precisar si este aplica en su totalidad, o por el contrario, se requiere diferenciar las acepciones que se puedan tener al momento en que se aplique en la configuración contractual.

De tal suerte que DÁVILA VINUEZA ⁴⁸ expresa que no es posible predicarlo “*en todas sus fases sino en aquella en que prima el derecho privado*”⁴⁹; pero además, en este sentido, el autor diferencia las etapas de la contratación, dado que “*en la etapa precontractual no tiene cabida por cuanto al ser normada por el derecho público se encuentra con la infranqueable barrera, incita a tal postulado, que levantan las normas imperativas*”⁵⁰; en otras palabras, en esta etapa se va a regir por las normas imperativas de derecho público y no por el derecho privado, a diferencia de la etapa contractual.

Lo anterior evidencia nuevamente que este principio de autonomía no es posible predicarlo ilimitadamente, dado que su alcance se ajusta no solo ante “*las leyes imperativas sino también las buenas costumbres y el orden público*”⁵¹, posición que se ha reiterado a través de este escrito.

Sin embargo, cabe resaltar que la diferenciación que se realiza resulta válida, toda vez que las etapas contractuales aplicables para llegar a la celebración del contrato estatal deberán realizarse por medio de las modalidades de selección regladas en el Estatuto. Siendo que en este último existe una estipulación

⁴⁸ Dávila Vinueza, Luís Guillermo. Régimen jurídico de la contratación estatal: Aproximación crítica a la ley de 1993, segunda edición, Bogotá, editorial Legis, 2003.

⁴⁹ *Ibíd.*, p. 350.

⁵⁰ *Ibíd.*, p. 350.

⁵¹ *Ibíd.*, p. 351.

específica, no habría cabida para una libertad de configuración, dado que en principio, no existe confluencia de voluntades sino la expresión de las necesidades que la entidad debe satisfacer. En segundo lugar, existen de nuevo las delimitaciones: el ordenamiento jurídico y las finalidades estatales –interés público–.

Encontramos que el principio de la autonomía de la voluntad tendrá lugar en el momento que confluyan las voluntades de las partes al momento de contratar; esto es, en la etapa contractual, donde los sujetos contractuales optarán por realizar la configuración del contenido del contrato, ajustándose a las necesidades de cada uno, sin olvidar el marco restrictivo que se tiene para su estructuración.

Estas manifestaciones que se desprenden de la libertad contractual serán determinantes al momento de enmarcar qué se encuentra o no dentro del margen de acción de la misma administración. No obstante, para el caso en estudio, tendremos como foco la tipología contractual, y por ende la libertad para establecer el contenido del contrato que será objeto de análisis –esta es la que de manera directa nos permite referirnos al contrato estatal atípico–.

Visto este principio que se introduce en la ley de contratación estatal, junto con las manifestaciones que de este emanan, se tendrán herramientas suficientes que dan paso a nuevas formas contractuales, que habilitan a la administración, y que brindan instrumentos normativos. Esto, con el fin de que las entidades que se encuentran próximas a contratar, lleven a cabo contratos que se ajusten a su medida.

1.2 Los contratos atípicos en derecho privado

1.2.1 Autonomía de la voluntad en el derecho privado

Como primer paso, desarrollaremos la habilitación de los contratos atípicos, la cual será la “autonomía de la voluntad” o “autonomía privada”, como muchos doctrinantes lo llaman en derecho privado. De esta manera, ARRUBLA PAUCAR⁵², la define como “*la potestad normativa que les permite el ordenamiento jurídico a los particulares para regular sus propios intereses, siempre que respeten los límites establecidos en las normas de orden imperativo y que sus convenios no deroguen las leyes en cuya observancia están interesados el orden y las buenas costumbres*”⁵³. Este concepto se deriva de la interpretación del artículo 16 del Código Civil, y del mismo concepto el autor deduce que la libertad del individuo dentro del campo negocial se traduce como el principio de la autonomía privada.

Esta primera definición es clara respecto a las delimitaciones ya mencionadas, las cuales se refieren al ordenamiento jurídico, a las normas de orden imperativo, y el orden y las buenas costumbres. Si bien las partes están llamadas, como el autor lo expresa, a *regular sus propios intereses*, estos no pueden desconocer los límites que a ellos se les imponen para regular los convenios que surjan como consecuencia de este postulado.

En otras palabras, podemos decir que se trata de una facultad que se deriva del mismo ordenamiento jurídico para que las personas se autorregulen en sus relaciones⁵⁴, sin dejar a un lado que debe ser limitada por normas imperativas de orden público.

⁵² Arrubla Paucar, Jaime Alberto. Contratos mercantiles, sexta edición; tomo III, contratos atípicos; Bogotá, biblioteca jurídica DIKE, 2006.

⁵³ *Ibíd.*, p. 31.

⁵⁴ Véase en este sentido a Ospina Fernández, Guillermo y otro. Teoría general del contrato y del negocio jurídico, séptima edición, Bogotá, Editorial Temis, 2005. p. 6; y Ballesteros Garrido, José Antonio. Las condiciones generales de los contratos y el principio de la autonomía de la voluntad,

Ahora bien, en la órbita del Derecho privado existen autores que defienden una marcada diferencia entre la Autonomía de la voluntad y la autonomía privada, dado que, tal como lo expresa NARVÁEZ GARCÍA⁵⁵, la primera fue de construcción francesa (S. XVIII – XIX) y se concebía como la simple libertad de los particulares en la celebración de contratos que estuvieran o no regulados por la ley; la segunda (S. XX) se toma como “*poder derivado del poder eminente del Estado, y la libertad jurídica del individuo en que el derecho transforma la libertad natural del ser humano*”⁵⁶. La diferencia de las dos radica en la sujeción o no a la ley, y de lo que se estipule en el contrato; mientras en la primera es ilimitado el poder de configuración, en la segunda se limita a la ley.

Es así como para REZZÓNICO⁵⁷ la autonomía privada es nominal, solo desde el punto de vista de la autodeterminación como “*poder ético de asumir obligaciones y cerrar contratos*”⁵⁸, y de la autorresponsabilidad como la obligación “*a hacerse cargo del propio comportamiento y sus consecuencias*”⁵⁹; estos conceptos son pilares fundamentales al momento de referirse a la autonomía, en la medida que son dispositivos y no solo del querer de las partes. Este autor, al igual que el anterior, toma de manera diferenciada la terminología de autonomía privada⁶⁰ y autonomía de la voluntad⁶¹, teniendo en cuenta que la primera se rige por principios dispositivo –objetivos–, y la segunda se concibe como una facultad o

Editorial J.M. Bosch editor, Barcelona, 1999, 324 h. Trabajo de grado de tesis doctoral (Abogado).p. 18.

⁵⁵ Narváez García, José Ignacio. Derecho mercantil colombiano, segunda edición, volumen V, obligaciones y contratos mercantiles, Bogotá, editorial LEGIS, 2002.p. 1 y 10.

⁵⁶ *Ibíd.*, p. 10.

⁵⁷ Rezzónico, Juan Carlos. Principios fundamentales de los contratos: Autodeterminación. Autonomía privada. Libertad contractual. Fuerza obligatoria. Forma. Consensualismo. Equidad. Justicia y equivalencia de las prestaciones. Confianza. Seguridad. Buena fe., Ciudad de Buenos Aires, editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 1999.

⁵⁸ *Ibíd.*, p. 181.

⁵⁹ *Ibíd.*, p. 181 y 182.

⁶⁰ *Ibíd.*, p. 197 a 201.

⁶¹ *Ibíd.*, p. 186, 187 y 195.

herramienta que se les concede a los contratantes para obligarse por medio de sus voluntades de manera libre.

Igualmente, un componente intrínseco será la libertad contractual, emanada de la capacidad de las partes de autorregular sus propios intereses. Cabe anotar que, en el derecho privado⁶², esa libertad se encuentra íntimamente ligada al principio, y que una de las manifestaciones será la libre configuración del contenido contractual, en la que será loable expresarla tanto en su clausulado como en los tipos contractuales que se permitan.

Las anteriores posiciones siguen por la línea de aquellas restricciones que deben ser tenidas en cuenta respecto a un poder de configuración ilimitado para las partes, pues predicarlo de esta manera no es posible en cuanto tengamos restricciones normativas que regulan el comportamiento de las partes dentro de la órbita de las relaciones contractuales.

Sin embargo, es importante señalar que la diferencia que se marca entre autonomía de la voluntad y autonomía privada, dentro del campo contractual, siempre prevalecerá aquella que refleje las restricciones a las relaciones contractuales. Esto en razón a que, se quiera o no, este tipo de relaciones deberán estar reguladas o tener un margen de acción del cual no es posible escapar.

Esta afirmación es reiterada por DE LOS MOZOS⁶³, al resaltar la importancia de la autorregulación⁶⁴ como su propia fuerza más que en la libertad como tal. Por otro

⁶² Rezzónico, Juan Carlos. Principios fundamentales de los contratos: Autodeterminación. Autonomía privada. Libertad contractual. Fuerza obligatoria. Forma. Consensualismo. Equidad. Justicia y equivalencia de las prestaciones. Confianza. Seguridad. Buena fe., Ciudad de Buenos Aires, Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 1999. pp. 218 a 221.

⁶³ De los Mozos, José Luís. La autonomía privada: Notas para una relectura del título de los contratos del código civil español (España). En: Alterini, Alirio Aníbal y otros. Contratación

lado, este principio se manifiesta en la sociedad o dicho en palabras del autor “*poner en relación sociedad civil y autonomía privada es hacer una apelación al fundamento mismo de la función del contrato en la vida social*”⁶⁵.

Si bien para algunos autores en Derecho Privado existen marcadas diferencias entre la autonomía de la voluntad y la autonomía privada, es importante resaltar que algunos autores lo toman indistintamente. Para OSPINA FERNÁNDEZ⁶⁶ se denomina el postulado de “la autonomía de la voluntad privada”, y lo ve reflejado en el “*reconocimiento mas o menos amplio de la eficacia jurídica de ciertos actos o manifestaciones de voluntad de los particulares*”⁶⁷. De esta manera, para el autor es una delegación que hace el legislador a la sociedad como mecanismo de regulación y que se materializa en actos o negocios jurídicos. Esta manifestación de voluntad es libre tanto en “*el contenido, el alcance, las condiciones y modalidades de sus actos jurídicos*”⁶⁸ pero estará limitada marcadamente por el orden público. El autor expresa que la voluntad *per sé* no es fuente autónoma, y por esta razón debe ser reconocida por medios legales para que tenga fuerza vinculante.

Este concepto de *fuerza vinculante* es aquel que estipula que las relaciones contractuales, por más autonomía de la voluntad que exista, deben tener un reconocimiento dentro de los lineamientos normativos para que tengan validez, y sean reconocidos tanto a la luz del ordenamiento jurídico⁶⁹ como de las relaciones sociales.

contemporánea: Teoría General y principios, Lima y Bogotá, Palestra editores (Lima – Perú) y editorial Temis (Bogotá – Colombia), 2000.

⁶⁴ *Ibíd.*, p. 198.

⁶⁵ *Ibíd.*, p. 197.

⁶⁶ Ospina Fernández, Guillermo y otro. Teoría general del contrato y del negocio jurídico, séptima edición, Bogotá, editorial Temis, 2005.

⁶⁷ *Ibíd.*, p. 6.

⁶⁸ *Ibíd.*, p. 13.

⁶⁹ Ballesteros Garrido, José Antonio. Las condiciones generales de los contratos y el principio de la autonomía de la voluntad, editorial J.M. Bosch editor, Barcelona, 1999, 324 h. Trabajo de grado de

Particularmente, encontramos que de la aceptación del postulado se da lugar a diferencias entre definiciones; sin embargo tomarlo de manera indistinta es la mejor opción, dado que es innegable, que al referirnos a este postulado en materia de relaciones contractuales, no es posible desconocer el margen de acción dentro del cual deben moverse las partes al momento de crear sus propias convenciones.

Sin embargo, es importante señalar una diferencia dentro del postulado que nos presenta FERNÁNDEZ SESSAREGO⁷⁰, quien en su artículo afirma que de primera mano no existe diferencia entre autonomía privada y autonomía de la voluntad, según lo demuestra su escrito; el punto de mayor relevancia será el de escudriñar la relación que existe entre libertad y voluntad, dado que estas dos acepciones se desprenden de manera ineludible del principio de la autonomía de la voluntad donde esta supone “*reconocerle al individuo ‘soberanía para gobernar la propia esfera jurídica’*”⁷¹ y libertad significa “*reconocer a la persona una esfera de actuación, un ‘poder hacer’ en términos generales*”⁷².

Habiendo delimitado el postulado desde sus acepciones es necesario adentrarnos en los componentes de esta autonomía, tomando aquellos expuestos por REZZÓNICO⁷³: la libertad para contratar que se traduce en obligarse o no; la libertad en el contenido contractual que contempla la posibilidad de albergar diferentes tipos contractuales no reconocidos; y finalmente la fuerza obligatoria que se impone. Esta segunda libertad será determinante en el desarrollo posterior en la medida que es aquella que habilita la formación de contratos atípicos.

tesis doctoral (Abogado). Expresa “*sólo será operativa en tanto se encuentre reconocida por el ordenamiento jurídico estatal*” p. 18.

⁷⁰ Fernández Sessarego, Carlos. El supuesto de la denominada “Autonomía de la voluntad” (Perú). En: Alterini, Alirio Aníbal y otros. Contratación contemporánea: Teoría General y principios, Lima y Bogotá, Palestra editores (Lima – Perú) y editorial Temis (Bogotá – Colombia), 2000.

⁷¹ *Ibidem*.

⁷² *Ibidem*.

⁷³ *Ibid.*, p. 189. REZZÓNICO

Es así como este postulado no es la única consideración del consentimiento como formación del contrato y como una exteriorización de la voluntad que debe ser declarada y común en las partes que se van a obligar –tal como lo menciona LORENZETTI⁷⁴–, pues esta posición es restringida y sesga las demás etapas en las cuales puede moverse este postulado.

Es de resaltar que este principio de la autonomía de la voluntad se usará indistintamente, pues en el campo del Derecho Público no resulta propio realizar una diferenciación entre lo que los autores llaman “autonomía privada” y “autonomía de la voluntad”. Para efectos de ser aplicada en la esfera contractual, esta libertad no es ilimitada por estar reglada al momento de ser aplicada.

Finalmente, debemos mencionar que lo desarrollado hasta esta instancia en cuanto a autonomía de la voluntad o autonomía privada, es con el derrotero de fundamentar las bases dentro de las cuales es posible crear nuevas formas contractuales o contratos atípicos. Por ello se hará posterior mención a estos contratos para entrar en materia y puntualizar las pautas que serán tenidas en cuenta para el derecho público, siendo el principio una figura que traspasa la esfera de lo netamente privado.

1.2.2 Evolución y precisiones preliminares del contrato atípico

Habiendo sentado las bases del contrato atípico desde la habilitación, por medio del principio de autonomía de la voluntad o autonomía privada, es necesario hacer mención de la evolución de esta figura en el Derecho Privado con el fin de entender el origen del principio de la autonomía de la voluntad.

⁷⁴ Lorenzetti, Ricardo Luís. Tratado de los contratos: Parte general, Buenos Aires, editorial Rubinzal – Culzoni editores, 2004, p. 244 y 245.

En primera instancia es importante señalar que no se debe perder de vista la herramienta habilitadora, que no es otra que la autonomía privada, y cómo esta juega dentro de las relaciones de los individuos al momento de establecer acuerdos de voluntades que se enuncian en contratos.

Es así como, remontándonos al origen romano, los contratos tenían una acepción diferente, pues se clasificaban como “nominados” e “innominados”. Con ello la distinción se limitaba netamente a la nominación del contrato, haciendo referencia exclusiva a la asignación –o no– de un nombre dentro de la norma. Es a partir de allí que esta acepción evoluciona a una terminología de “tipicidad” o “atipicidad”⁷⁵, que no limita sus alcances a la nominación, sino también a la regulación que se desprenda cuando nos encontremos ante esta forma de contratación.

De ahí que los individuos, desde siempre, antes de pensar en una tipología contractual, piensan en la satisfacción de sus intereses; con lo cual no afirmamos otra cosa que *“no es la ley la que tipifica una figura contractual; apenas la reconoce”*⁷⁶. Sin embargo, no se debe olvidar que la regulación normativa se establece con la finalidad de regular las relaciones sociales de los individuos de manera general, y que estas estipulaciones nacen con el objetivo de imponer reglas generales para estas relaciones, creándose así tipologías para estos acuerdos de voluntades.

Desde siempre ha existido la posibilidad de la creación de convenciones o acuerdos que escapen a la tipología contractual descrita en el ordenamiento jurídico, pues *“el contrato atípico se explica por la fuerza normativa que la ley le reconoce a los acuerdos alcanzados por los particulares, sin importar si ellos se enmarcan en figuras preexistentes reconocidas por el derecho positivo o sin fruto*

⁷⁵ Garrido, Roque Fortunato y Zago, Jorge Alberto. Contratos Civiles y Comerciales, segunda edición, tomo I, parte general, Ciudad de Buenos Aires, editorial universidad, 2002.

⁷⁶ Arrubla Paucar. Op. Cit., p. 23.

*de la libre iniciativa y de la creatividad de las partes que buscan satisfacer sus intereses en la esfera patrimonial*⁷⁷.

1.2.3 Definición, desarrollo y contenido del contrato atípico

En cuanto a definición de contrato atípico se refiere, encontramos que CHULIÁ VICENT y BELTRÁN ALANDETE⁷⁸ los conciben como “*aquellos que no estando definidos por la legislación positiva están reconocidos por la realidad social, y en ocasiones por Leyes especiales, basándose en la libertad contractual y en la autonomía de la voluntad, rigiéndose por afinidad con otros contratos típicos, por los principios generales de las obligaciones y contratos y subsidiariamente por los principios generales del derecho*”⁷⁹.

Frente a esta acepción encontramos nuevamente el rol fundamental que juega la autonomía de la voluntad y de la libertad contractual en la creación de nuevas tipologías contractuales, pues sin ellas no sería posible dar a luz figuras que escapen dentro de las regladas y concebidas dentro del marco normativo.

Encontramos que, como se expuso en el desarrollo del principio de la autonomía de la voluntad, los autores coinciden en que esta contiene diferentes libertades. Frente a esto REZZONICO⁸⁰ contempla dentro de la libertad del contenido del contrato, la libertad en la elección de la tipología de los contratos: no es necesario que “*la convención que celebren las partes pertenezca a alguno de los tipos que se encuentran disciplinados*”⁸¹ en las diferentes normas que tienen tipos determinados.

⁷⁷ Castro Ruiz, Marcela, Contratos atípicos: consideraciones generales, Contratos atípicos en el Derecho Contemporáneo Colombiano, p. 9.

⁷⁸ Chuliá Vicent, Eduardo y Beltrán Alandete, Teresa. Aspectos jurídicos de los contratos atípicos, cuarta edición, volumen I, Barcelona, José María Bosch editor, 1999.

⁷⁹ *Ibíd.*, p. 12.

⁸⁰ Rezzónico. Op. Cit. p. 218 a 221.

⁸¹ *Ibíd.*, p. 220.

Además de la habilitación que se realiza por parte del principio de la autonomía de la voluntad, es importante resaltar que GARRIDO y ZAGO⁸² clasifican los contratos en típicos y atípicos como una categoría contractual, que a su vez pueden ser llamados innominados y nominados, y marcan “*nuevas formas de contratación*”⁸³. Igualmente, los autores presentan dos subcategorías: contratos atípicos puros, que tienen como característica ser absolutamente originales e inexistentes en el ordenamiento; y los contratos atípicos mixtos, que integran varias formas típicas.

Es así como, a partir de la libertad que se predica de la autonomía de la voluntad se crea la habilitación del contrato atípico como principal herramienta de configuración de nuevas tipologías contractuales –la cual será desarrollo importante y subsiguiente para determinar el contenido de esta modalidad de contratos–.

Teniendo en cuenta esta habilitación encontramos que en materia de contratos atípicos ARRUBLA PAUCAR⁸⁴ resalta la importancia de la terminología del tipo contractual, dado que este último se flexibiliza y permite la “*posibilidad de usar moldes contractuales no regulados por el ordenamiento jurídico*”⁸⁵, y que aquellos que no son “*tipos legales puedan perfectamente producir efectos como tipos sociales*”⁸⁶.

Esta habilitación y flexibilización que presenta el derecho privado, deja presente que es un mecanismo para la conformación de los llamados contratos atípicos. Sin embargo, ARRUBLA PAUCAR afirma “*que no existe ningún contrato*

⁸² Garrido, Roque Fortunato y Zago, Jorge Alberto. Contratos Civiles y Comerciales, segunda edición, tomo I, parte general, Ciudad de Buenos Aires, editorial universidad, 2002.

⁸³ *Ibíd.*, 110.

⁸⁴ Arrubla Paucar. Op. Cit., pp. 27 – 33.

⁸⁵ *Ibíd.*, p. 29.

⁸⁶ *Ibíd.*, p. 29.

*absolutamente típico; el legislador no tiene esa capacidad previsor absoluta, al punto de regular todo lo que imaginativamente pueda acontecer en el contrato*⁸⁷; afirmación que resulta conveniente analizar, dado que, en materia concreta y práctica, al momento de enmarcar la necesidad en una tipología contractual, no es posible aseverar con total certeza que esta sea la realidad. Si bien la necesidad muchas veces no apunta a tipologías regladas en la norma, no podemos asegurar que no existan contratos típicos, y que estos siempre estarán llamados a estar matizados al momento de ser configurados.

Sin embargo, esta afirmación sí está llamada a puntualizar la importancia que juega la autonomía de la voluntad, al momento de configurar nuevas tipologías contractuales que se ajusten a las necesidades de las partes contratantes.

Es así como es posible afirmar que esta herramienta se convierte en una *“necesidad de adaptar los instrumentos jurídicos a las necesidades que imponen la vida moderna, los cambios, y el desarrollo de la economía”*⁸⁸. El principal fundamento será la satisfacción de una necesidad y no la autonomía de la voluntad en sí, no olvidando que es una herramienta que se le concede al particular en las relaciones contractuales con el Estado.

Ahora bien, es importante resaltar una distinción respecto si es posible asimilar la clasificación de innominados a atípicos; para lo cual encontramos que existen autores que sientan una marcada diferencia, dado que los innominados son una figura Romana, donde estos no tenían una *“causa obligandi específica”*⁸⁹ pero sí una regulación general; los atípicos⁹⁰, por su parte, son una figura contemporánea que no puede compararse con la antigua, en la medida en que es el contenido el

⁸⁷ *Ibíd.*, p. 30.

⁸⁸ *Ibíd.*, p. 35.

⁸⁹ *Ibíd.*, p. 35.

⁹⁰ *Ibíd.*, p. 36.

que no está contemplado por el legislador, aunque pueden estar nominados normativamente.

La anterior diferencia es igualmente reiterada por CASTRO RUÍZ⁹¹, al expresar que *“los nominados o innominados se clasifican según si la ley le asigna o no un nombre específico a una relación jurídica contractual; los típicos o atípicos se refieren a si el contrato tiene una regulación legal o si carece de ella”*⁹².

Habiendo realizado un breve recuento por el desarrollo que ha tenido, tanto el contrato atípico como el fundamento para su habilitación –principio de la autonomía de la voluntad–, es visible cómo toda la doctrina que fundamenta el Derecho Privado trasciende sus propias barreras para ser tomada como base sólida en la estructuración de la contratación atípica del derecho público, volviéndose una realidad y una herramienta al momento de satisfacer las necesidades estatales.

1.3 Habilitación del contrato atípico en los contratos estatales

1.3.1 Desarrollo doctrinal y del Estatuto de Contratación Estatal de los contratos estatales atípicos – principio de autonomía de la voluntad

Con la finalidad de continuar, es necesario realizar un recorrido tanto doctrinal como del Estatuto de Contratación, respecto al tratamiento de la contratación atípica, con el fin de sentar las bases y punto de partida para analizar cómo este postulado de la autonomía de la voluntad se antepone como herramienta creadora de nuevas tipologías contractuales.

⁹¹ Castro Ruiz, Marcela. Contratos atípicos: Consideraciones generales. En: Castro Ruiz, Marcela. Contratos atípicos en el derecho contemporáneo colombiano, Bogotá, ediciones Cámara de Comercio de Bogotá – Universidad de los andes – Uniempresarial, 2006.

⁹² *Ibíd.*, p. 10.

Si bien hemos realizado un recorrido tanto en el derecho público como en el derecho privado, respecto al desarrollo del postulado de la autonomía de la voluntad –e igualmente se analizó desde el punto de vista de la evolución y definición el contrato atípico en el derecho privado–, es necesario entrar en materia y exponer desde el punto del derecho público el contrato estatal atípico.

VIDAL PERDOMO⁹³, reconoce la existencia de “*un proceso de adaptación de los modelos privados a las necesidades de la contratación pública*”⁹⁴, y que, como consecuencia, el Estatuto “*quiso –erróneamente- eliminar la tipología contractual y allí solo se refirió a algunos contratos administrativos a <<título enunciativo>>*”⁹⁵, en virtud al principio de la autonomía de la voluntad. Con esto, no quiso expresar otra cosa que la posibilidad de crear contratos atípicos era tangible en la contratación estatal.

De esta realidad que nos trae el Estatuto, PINO RICCI⁹⁶ resalta la importancia al momento de elegir la tipología contractual, pues “*no se trata de simplemente de nominar los contratos para los fines del encabezamiento en su texto, sino de acertar en su tipificación para evitar la aplicación de un régimen equivocado*”⁹⁷; es, de hecho, un llamado de atención en la nominación de los contratos, pues si bien es posible crear tipologías contractuales a la medida de las necesidades de la entidad, no se debe olvidar que, al momento de la configuración de un contrato, se está ante la elección consecuente del régimen normativo aplicable.

⁹³ Vidal Perdomo, Jaime. Derecho administrativo, decimosegunda edición, Bogotá, editorial LEGIS, 2005.

⁹⁴ *Ibíd.*, p. 309.

⁹⁵ *Ibíd.*, p. 309.

⁹⁶ Pino Ricci, Jorge. El régimen jurídico de los contratos estatales, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2005.

⁹⁷ *Ibíd.*, p. 411.

En igual sentido DÁVILA VINUEZA⁹⁸ demuestra interés en la selección del tipo contractual, pues menciona una carga de legalidad que se desprende del principio de autonomía de la voluntad. Dicha carga de legalidad consiste en una adecuada escogencia del tipo contractual que, ya sea para un contrato típico o atípico, genera una mala selección del contrato que podría truncar la realización del resultado perseguido⁹⁹. Por esta razón, si bien el postulado habilita esta creación, se encuentra en juego el impacto positivo que pueda tener en la entidad la selección del contrato.

Ahora bien, al configurar contratos es necesario tener en cuenta que la tipicidad no se predica solo de aquellos que no estén enunciados en el Estatuto, “*sino también los regulados por los Códigos de Comercio y Civil*”¹⁰⁰; en el sentido que serán contratos típicos los contemplados por la normatividad de Derecho privado –por la misma remisión que estipula el artículo 32 del Estatuto–, y por habilitación del principio de la autonomía de la voluntad.

Si bien PALACIO HINCAPIÉ¹⁰¹ resalta que la contratación estatal atípica obedece a una tendencia privatizadora, no es posible compartir que “*los contratos estatales, no tienen una tipología específica sino que obedecen al acuerdo de voluntad de las partes, sometido desde luego a la naturaleza del objeto a contratar*”¹⁰². Esto, porque no se debe olvidar que la habilitación del estatuto, por medio del principio de la autonomía de la voluntad para crear nuevas tipologías contractuales, en ningún momento invalidan las tipologías contractuales descritas, tanto en el estatuto de contratación, como en las normas civiles y mercantiles.

⁹⁸ Dávila Vinueza. Óp. Cit., pp. 351 a 357.

⁹⁹ *Ibíd.*, p. 352.

¹⁰⁰ *Ibíd.*, p. 356.

¹⁰¹ Palacio Hincapié. Óp. Cit. pp. 29 a 31.

¹⁰² *Ibíd.*, p. 29.

Una vez más EXPOSITO VÉLEZ¹⁰³ tiene en cuenta que el principio de la autonomía de la voluntad es un hecho limitado, al enfatizarse más en la entidad que contrata que en el particular, sin decir que el primero también no posea esta facultad: *“no podemos dejar de reconocer que aunque se encuentre limitada la autonomía de la voluntad por el ordenamiento jurídico tanto para la Administración como para el particular contratista, en el caso colombiano el ECE le da un margen de libertad a aquella para que desarrolle lo relativo a la definición de todos y cada uno de los tipos contractuales”*¹⁰⁴.

Por su parte, MATAALLANA CAMACHO¹⁰⁵ expresa la preocupación por la redacción del Estatuto, en la medida que, siendo enunciativos los contratos contemplados en el artículo 32, se generarían discusiones en torno a la regulación. Igualmente, el autor menciona la posibilidad de que algunos contratos no tengan regulación alguna¹⁰⁶; asunto sin fundamentación, pues la regulación de todos los contratos que no estén enunciados en el Estatuto se encontraría bajo la regulación de las normas civiles y mercantiles, por la remisión que se establece en el mismo.

En este sentido, desde la perspectiva de la exposición de motivos del Estatuto Contractual, RODRÍGUEZ R.¹⁰⁷ encuentra que el sentir de la realización de la ley, en materia de contratos atípicos, es la concreción del principio de la autonomía de la voluntad para consultar la conveniencia de las partes contratantes, y que *“no es factible en determinado momento encasillar legalmente todas las formas que las*

¹⁰³ Expósito Vélez. Óp. Cit., pp. 314 a 315.

¹⁰⁴ *Ibíd.*, p. 314.

¹⁰⁵ Matallana Camacho. Óp. Cit., pp. 341 a 344.

¹⁰⁶ *Ibíd.*, p. 341.

¹⁰⁷ Rodríguez R., Gustavo Humberto. Nuevos Contratos Estatales: Comentarios a la ley 80 de 1993 con doctrinas y jurisprudencias, Bogotá, editorial jurídicas wilches, 1994.

*manifestaciones de la voluntad van adquiriendo*¹⁰⁸. Por ello, los contratos consignados en el Estatuto serán meramente enunciativos.

Tal y como se ha expresado, los autores coinciden en que la habilitación para conformar contratos atípicos surge del postulado de la autonomía de la voluntad, pero es relevante mencionar que QUINTERO MÚNERA Y MUTIS VANEGAS¹⁰⁹ realizan un listado de los tipos de contratos que podrán celebrarse a partir del Estatuto: *“los previstos en el derecho privado; los contemplados en disposiciones especiales; los provenientes del ejercicio de la autonomía de la voluntad privada y, finalmente, los que en forma expresa regula en esta misma norma la ley 80 de 1993”*¹¹⁰; clasificación que incluye como una realidad a los contratos atípicos como expresión y confluencia de voluntades de los contratantes.

Esta herramienta habilitadora, principio de la autonomía de la voluntad, está ligada al interés público –que es la necesidad a satisfacer por parte de las entidades–, el cual no debe ser perdido de vista y es aquel que DROMI¹¹¹ menciona, pues los contratos *“admiten tipos que se ajustan a las formas en que el interés público debe ser satisfecho”*¹¹²; de esto podemos deducir que existe la posibilidad de configuración de contratos sin que expresamente sean denominados “contratos atípicos”. Teniendo en cuenta que, si bien el autor no hace extensa referencia a los contratos innominados, pone sobre la mesa que, si estos contratos presentan *“rasgos de diferenciación jurídica”*¹¹³, se someterán a un régimen especial.

¹⁰⁸ *Ibíd.*, p. 69.

¹⁰⁹ Quintero Múnera y Mutis Vanegas. *Óp. Cit.* p. 115 a 116.

¹¹⁰ *Ibíd.*, p. 116.

¹¹¹ Dromi. *Óp. Cit.*, pp. 487 a 491.

¹¹² *Ibíd.*, p. 585.

¹¹³ *Ibíd.*, p. 585.

Por otra parte, el doctrinante BENAVIDEZ¹¹⁴ expone que, con la introducción del principio de la autonomía de la voluntad, se permite la creación de nuevos y diferentes tipos contractuales por parte de las entidades contratantes, y que a partir de este postulado se generan, en principio, situaciones contradictorias con el principio de legalidad y los diferentes principios de la administración¹¹⁵.

Habiendo señalado el desarrollo doctrinal que se ha realizado del contrato atípico, es posible afirmar que sobre los mismos no se encuentra una definición concreta, y por esta razón, se transfiere el concepto desde autores de derecho privado¹¹⁶ para tener precisión en esta naciente clasificación, y aunque se traerá a colación este significado, este deberá adaptarse a la realidad de la contratación estatal. En virtud de lo aludido, contratos estatales atípicos son *aquellos acuerdos de voluntades generadores de obligaciones que celebran las entidades estatales, que no estando enunciados en el Estatuto de Contratación Estatal, ni en la normatividad civil y mercantil, son reconocidos en virtud del principio de la autonomía de la voluntad, rigiéndose bajo los imperativos de orden público, fines estatales y la esencia del objeto a contratar.*

1.3.2 Principio de la autonomía de la voluntad como herramienta creadora del Contrato Estatal Atípico

En líneas anteriores se dejaron sentadas las bases de aquello que podía ser y contener el principio de la autonomía de la voluntad, así como también el desarrollo doctrinal y del Estatuto de Contratación para los contratos estatales atípicos. Esto, con el propósito de recolectar los instrumentos y así darle forma a la habilitación del contrato estatal atípico; ahora es posible realizar los siguientes comentarios a lo ya expuesto.

¹¹⁴ Benavidez. Óp. Cit., p. 100 a 111.

¹¹⁵ *Ibíd.*, pp. 108 a 111.

¹¹⁶ Chuliá Vicent, Eduardo y Beltrán Alandete, Teresa. Aspectos jurídicos de los contratos atípicos, cuarta edición, volumen I, Barcelona, José María Bosch editor, 1999. p. 12.

Teniendo en cuenta la Ley de Contratación Estatal, podemos ver el deseo del legislador de ajustarse a las necesidades de la administración, proveyendo a las entidades de instrumentos que contienen libertades para configurar el contrato estatal. La construcción de contratos que no se encuentran enunciados de manera taxativa en la ley, es la consecuencia de dichos imperativos.

Es necesario hacer claridad que al introducir este postulado, aquellos contratos que se encuentran consagrados en el artículo 32, se entenderán de manera enunciativa¹¹⁷, dado que si fuesen taxativos, nuevas formas contractuales nunca podrían generarse, tal y como se propugna en el Estatuto.

Es así como esta habilitación abre paso a nuevos tipos contractuales que se introducen como una nueva categoría en el derecho público: contratos estatales atípicos. Si bien el desarrollo doctrinal no ha sido el más amplio en este tema, por medio de la tan renombrada remisión normativa, cabe el traslado doctrinal del derecho privado como medio de dilucidación y adaptabilidad a esta categoría en el derecho público.

Precisados los aspectos anteriores, la importancia que encierran estos contratos no se reduce a su nominación y encasillamiento¹¹⁸, sino por el contrario, se trata de generar tipologías contractuales acordes a las necesidades que surjan de las entidades dirigidas a satisfacer las finalidades estatales. Es así como enunciar de una u otra manera un contrato que posee unas características propias, definirá y decidirá el régimen aplicable; es decir, dicho régimen aplicable dependerá de si se encuentra reglado en el Estatuto para regirse por éste, o si se encuadra de

¹¹⁷ No toda la doctrina asegura que haya sido un avance pues el estatuto “*quiso –erróneamente- eliminar la tipología contractual y allí solo se refirió a algunos contratos administrativos a <<título enunciativo>>*”. *Ibíd.*, p. 309.

¹¹⁸ Véase en este sentido Pino Ricci, Jorge. *El régimen jurídico de los contratos estatales*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2005. p. 411.

manera atípica, para poder realizarse la remisión a la normatividad del derecho privado.

Generalmente, un contrato estatal atípico se caracteriza por el no encuadramiento en los tipos contractuales existentes –es decir, que escapa de la tipicidad enmarcada en la ley–, y esto nos ayuda de manera global a identificarlos. No obstante, estos contratos pueden expresarse y manifestarse en más de una forma de configuración, tal y como se manifestó en el acápite anterior con la definición del contrato estatal atípico; es por ello que cabe desarrollar las manifestaciones que esta acepción pueda tener.

La primera forma pensada sería la creación *ex novo*, la cual hace que no exista encuadramiento con los tipos contractuales establecidos. Esto en razón a que surge una nueva forma original con características diferentes a las ya existentes dentro del ordenamiento; en otras palabras, es el contrato atípico en su estado más puro.

Por otro lado, la utilización reiterada de aquellos contratos que no siendo tipificados legalmente, y que nacen del uso social y de la costumbre, generarían un ambiente de tipicidad que se reproduce por su continua utilización¹¹⁹.

Además de estas configuraciones, es usual realizar combinaciones entre diversos contratos tipificados, dando lugar a contratos mixtos, que tienen como finalidad la incorporación de las partes necesarias para crear un contrato singular y por ello deviene su atipicidad.

El siguiente evento tiene ocurrencia cuando se configuran contratos típicos con modificaciones, tanto sustanciales como superficiales, persiguiendo el ajuste del contrato a voluntad de los contratantes.

¹¹⁹ Clasificación expuesta por Suescún Melo, Óp. Cit., p. 34.

La última modalidad acontece en contratos de derecho privado a los que les son introducidas cláusulas excepcionales, cuya habilitación se encuentra consignada en el numeral 2 del artículo 14 del Estatuto¹²⁰, siendo el contrato de prestación de servicios públicos domiciliarios el único que encaja dentro de esta propuesta de atipicidad.

Por mandato legal –ley 142 de 1994–, este contrato deberá sujetarse a las normas del derecho privado¹²¹, y de igual manera, el Estatuto contractual impondrá la obligación de incluir cláusulas excepcionales. Este mandato debe ser compaginado con la norma especial¹²², pues restringe, por medio de la Comisión de Regulación, la inclusión de estas cláusulas; entonces, es así como esta modalidad, mediando dicha restricción, cambia la esencia de la contratación

¹²⁰ ARTÍCULO 14. DE LOS MEDIOS QUE PUEDEN UTILIZAR LAS ENTIDADES ESTATALES PARA EL CUMPLIMIENTO DEL OBJETO CONTRACTUAL. Para el cumplimiento de los fines de la contratación, las entidades estatales al celebrar un contrato:

2o. Pactarán las cláusulas excepcionales al derecho común de terminación, interpretación y modificación unilaterales, de sometimiento a las leyes nacionales y de caducidad en los contratos que tengan por objeto el ejercicio de una actividad que **constituya monopolio estatal, la prestación de servicios públicos o la explotación y concesión de bienes del Estado, así como en los contratos de obra**. En los contratos de explotación y concesión de bienes del Estado se incluirá la cláusula de reversión. (negritas y subrayado fuera del texto).

Las entidades estatales podrán pactar estas cláusulas en los contratos de suministro y de prestación de servicios.

En los casos previstos en este numeral, las cláusulas excepcionales se entienden pactadas aún cuando no se consiernen expresamente.

¹²¹ Artículos 32 y 39, Ley 142 de 1994.

¹²² Ley 142 de 1994, ARTÍCULO 31. CONCORDANCIA CON EL ESTATUTO GENERAL DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA. **Las comisiones de regulación podrán hacer obligatoria la inclusión, en ciertos tipos de contratos de cualquier empresa de servicios públicos, de cláusulas exorbitantes** y podrán facultar, previa consulta expresa, que se incluyan en los demás. Cuando la inclusión sea forzosa, todo lo relativo a tales cláusulas se regirá, en cuanto sea pertinente, por lo dispuesto en la Ley 80 de 1993, y los actos en los que se ejerciten esas facultades estarán sujetos al control de la jurisdicción contencioso administrativa. (negritas fuera de texto).

Nota: Con la aparición de la ley 80 de 1993, en su numeral 2 del artículo 14, se confieren potestades excepcionales, cambiando el concepto de exorbitancia por el de excepcionalidad, razón por la cual el término de cláusulas exorbitantes deberá entenderse con posterioridad a la expedición de la mencionada Ley como Cláusulas excepcionales, dentro del marco legal dispuesto para estas cláusulas. Ver Hormiga C., María Cristina y otros. Óp. Cit. p. 4.

atípica, pues la configuración del contrato no se deja a voluntad de los contratantes, sino por el contrario, en las manos de un tercero.

De esta manera, se trata de exponer una habilitación que trae el Estatuto de contratación estatal como mecanismo de ajuste a las necesidades de la administración. Es por esta vía que encontramos esta categoría de la cual se podrá establecer un margen de acción desde el punto de vista de los contratantes y del contrato mismo; de igual forma, por tratarse de una figura contractual que no tiene mayor desarrollo, surgen varios interrogantes sobre su admisibilidad jurídica.

Vemos entonces que, tanto los autores de derecho privado como los de derecho público, complementan la teoría sobre contratos atípicos estatales, y por tal a su habilitación en sí. Esta habilitación que no es otra que la misma voluntad del legislador, expresada en la ley de contratación estatal, al momento de incluir el principio de la autonomía de la voluntad y la remisión a normas civiles y mercantiles.

1.3.3 Autonomía de la voluntad en la Jurisprudencia del Consejo de Estado y la Corte Constitucional

A manera de cierre de este primer capítulo, hicimos un recorrido por el derecho público y privado estudiando lo que se entiende por autonomía de la voluntad y el contenido que conforma este principio; también se hizo claridad que en materia privada este principio se toma como habilitante para que existan contratos atípicos, y se enfatizó que el principio se amolda a las necesidades de las partes dispuestas a contratar. Con base en esto, es necesario realizar a continuación, y de manera estructurada, el desarrollo jurisprudencial en lo que respecta a autonomía de la voluntad y contratos atípicos, tanto en la Corte Constitucional como en el Consejo de Estado.

Antes de abordar los siguientes temas, nos hemos referido hasta el momento a los contratos atípicos de manera inequívoca. Sin embargo, es importante retomar la idea plasmada en líneas anteriores en cuanto a la terminología para los contratos atípicos y los contratos innominados, los cuales han sido diferenciados por la doctrina en derecho privado¹²³. La primera categoría, como ya se mencionó, corresponde a contratos que, tipológicamente, no se encuentran regulados de manera específica; en este caso en el estatuto contractual. La segunda categoría concierne a los contratos a los cuales no se les ha asignado una nominación específica; es decir, se encuentran por fuera de los enunciados del mismo estatuto.

Esta diferenciación no tiene mayor trascendencia en el plano de los contratos estatales, en la medida en que el mismo Consejo de Estado¹²⁴ los ha tratado de manera indistinta. Sea uno u otro nombre, atípicos o innominados, desembocarán en una misma consecuencia: la no regulación específica dentro del estatuto de contratación.

Aún así, la jurisprudencia del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional ha contribuido incipientemente en el desarrollo de esta figura con fallos en la materia. La primera corporación se ha manifestado varias veces en el renglón de la autonomía de la voluntad¹²⁵, así como también en su más grande expresión, que son los contratos estatales atípicos. Y aunque no sea dable referirnos a una línea jurisprudencial, se han generado rasgos comunes tales como: la importancia de una buena selección en la tipología contractual¹²⁶, y el valerse del derecho privado

¹²³ Véase al respecto a Arrubla Paucar. Óp. Cit. p. 35 a 36.

¹²⁴ Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo contencioso administrativo, Sección Tercera, expediente 14651, Sentencia del 21 de abril de 2004, C.P. RAMIRO SAAVEDRA BECERRA.

¹²⁵ Véase al respecto: Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo contencioso administrativo, Sección Tercera, expediente AP. 02739, Sentencia del 31 de marzo de 2005, C.P. ALIER EDUARDO HERNANDEZ ENRIQUEZ.

¹²⁶ Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo contencioso administrativo, Sección Tercera, expediente 14651, Sentencia del 21 de abril de 2004, C.P. RAMIRO SAAVEDRA BECERRA.

como normas imperantes en estas relaciones, por la misma remisión que realiza el Estatuto¹²⁷.

Por otro lado, no es posible afirmar que los pronunciamientos de la Corte Constitucional son amplios en esta materia, pues no se ha gestado una postura consistente y extensa, pero aún así se señala, en algunos de sus fallos,¹²⁸ la importancia del postulado de la autonomía de la voluntad, y se subrayan sus límites en las reglas del derecho público. De igual manera, esta corporación presta real interés en los principios de derecho privado que van regir las actuaciones de estos contratos, los cuales fueron incorporados con la finalidad de mejorar el sistema como tal.

Con los pronunciamientos jurisprudenciales sobre la materia, tanto en contratos estatales atípicos como en autonomía de la voluntad, se aprecia una realidad en materia de creación de tipologías. Estas corporaciones se ocuparán principalmente, de manera casi enfática, del principio consagrado, pues un logro de la normatividad *“fue la de reconocer la autonomía de la voluntad como rectora en la celebración de los contratos estatales, recogiendo los postulados previstos en el Derecho Privado, pero sin que ello signifique que la entidad estatal sea ajena a la finalidad que caracteriza tal contratación, esto es, el logro de los cometidos del Estado”*¹²⁹. Si bien estos pronunciamientos no desarrollan profundamente el principio, tendrán gran trascendencia por tratar aquello que habilita el contrato estatal atípico, que no es otra cosa que el principio de la autonomía de la voluntad.

¹²⁷ Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo contencioso administrativo, Sección Tercera, Auto del 5 de abril de 2001, expediente 16953.

¹²⁸ Véase al respecto: Colombia, Corte Constitucional, sentencia de constitucionalidad C-154 del 19 de marzo de 1997 M.P. HERNANDO HERRERA VERGARA; Colombia, Corte Constitucional, sentencia de constitucionalidad C-949 del 5 de septiembre de 2001, M.P. CLARA INES VARGAS HERNANDEZ.

¹²⁹ Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo contencioso administrativo, Sección Tercera, Auto del 5 de abril de 2001, expediente 16953.

CONCLUSIONES DEL CAPÍTULO

Desde la perspectiva de la exposición de los diferentes autores que estudian el principio de la autonomía de la voluntad, es posible afirmar que, en materia de Derecho Público, el desarrollo del principio ha sido escaso; si bien se enuncia la existencia del mismo, no se aterrizan las aplicaciones que puedan surgir y desprenderse de este.

Igualmente, el desarrollo de la jurisprudencia del Consejo de Estado resulta igualmente insuficiente en cuanto a la aplicación del postulado dirigido a la generación de nuevas formas contractuales. Ello, al no derivar la habilitación de nuevas formas contractuales con el principio de la autonomía de la voluntad. Igualmente, tampoco se define ni se dan herramientas para identificar un contrato atípico.

En ese sentido, partiendo de una falta de doctrina y jurisprudencia para configurar contratos atípicos, se podría suponer que el principio de legalidad se contrapone. Esto debido a que nos encontramos ante un postulado, en lugar de encontrarnos con una norma taxativa que habilite la creación de contratos –configurados con características que no se encuadren en los tipos contractuales– .

Debemos resaltar que no existe tal contraposición con el principio de legalidad, pues la falta de desarrollo en concreto que pueda existir del principio de la autonomía de la voluntad, no se configura como una prohibición de la aplicación del mismo; esto se debe a que la misma Ley 80 de 1993 establece en sus artículos 32 y 40 la remisión a normas civiles y mercantiles, introduciendo esta normatividad y el desarrollo doctrinal y jurisprudencial que se pueda tener de dicho principio en el ámbito del Derecho Privado.

En últimas, lo que se quiere expresar, es que no existe una contrariedad de los principios mencionados, sino una armonización de los mismos, dado que se complementan. El principio de la autonomía de la voluntad, al estar contemplado normativamente para la contratación estatal, se soporta en el principio de legalidad; es decir, se presumen “legales” las contrataciones derivadas del uso de la autonomía de la voluntad, al estar incorporado normativamente el principio.

Es así como incorporado el principio en materia de contratación, el resultado natural del mismo es la creación de nuevas tipologías contractuales. Estas se acoplan perfectamente a las necesidades y al cumplimiento de las finalidades estatales que se persiguen como consecuencia de los procesos contractuales adelantados.

2. ESTRUCTURA DE LAS ENTIDADES DEL SECTOR CENTRAL NACIONAL – SUPERINTENDENCIAS Y UNIDADES ADMINISTRATIVAS ESPECIALES SIN PERSONERÍA JURÍDICA

Antes de realizar una breve reseña y delimitación del campo de acción de las entidades seleccionadas como objeto de esta investigación, es importante resaltar, en primer término, que dichos organismos se encuentran enunciados en el literal e. del numeral 1°, del artículo 38 de la Ley 489 de 1998, como entidades del sector central de la Rama Ejecutiva del poder público del orden nacional.

Sin embargo, aunado a esta delimitación que la misma norma nos trae de estas entidades, es importante concentrar el campo de trabajo exclusivamente a aquellas que se rijan por la Ley 80 de 1993, o Estatuto de contratación Estatal.

En razón a lo expuesto, se descartaron las entidades que se rigen por normatividad especial y que a su vez son Superintendencias y Unidades Administrativas Especiales sin personería jurídica; lo mismo para aquellas que se transformaron cambiando su naturaleza jurídica, y escapando de la delimitación principal del mencionado artículo 38 de la Ley 489 de 1998. Se descartaron las siguientes a saber:

Superintendencia de Vigilancia y Seguridad Privada – Superintendencia de Industria y Comercio – Junta Central de Contadores¹³⁰

La Ley 1151 de 2007, “*por medio de la cual se expidió el Plan de Desarrollo 2006-2010*”, en su artículo 71 le otorgó personería jurídica a la Superintendencia de Industria y Comercio, Superintendencia de Vigilancia y Seguridad Privada y a la Junta Central de Contadores, el cual reza:

“Artículo 71. Personería jurídica y adscripción, programa para la consolidación de la intervención económica del Estado. En desarrollo de este Programa, dótese de personería jurídica, a la Superintendencia de Vigilancia y Seguridad Privada, a la Superintendencia de Industria y Comercio y a la Unidad Administrativa Especial Junta Central de Contadores y adscribase esta última y el Consejo Técnico de la Contaduría Pública al que se refiere la Ley 43 de 1990, al Ministerio de Comercio, Industria y Turismo.”

Escuela Nacional del Deporte

La Escuela Nacional del Deporte fue creada por el Decreto 3115 de 1984 como una Unidad Administrativa Especial adscrita a COLDEPORTES.

Posteriormente, la Ley 790 de 2002, descentraliza las Instituciones de Educación superior adscritas al Ministerio de Educación Nacional en su artículo 20, y mediante Acuerdo 168 de 2005, se convierte a la Escuela Nacional del Deporte en

¹³⁰ De conformidad a Respuestas de las entidades: Superintendencia de Vigilancia y Seguridad Privada por el Jefe de la Oficina Asesora Jurídica mediante oficio No. 00304400 del 25 de febrero de 2010, Superintendencia de Industria y Comercio por la Jefe de la Oficina Asesora Jurídica mediante oficio No. 10-021471- - 00001-0000 del 17 de marzo de 2010 y Junta Central de Contadores por el Director Administrativo mediante oficio No. 01937del 27 de abril de 2010.

un Establecimiento público del orden municipal, cambiando su naturaleza jurídica de Unidad Administrativa Especial a la de entidad descentralizada del orden territorial.

Comisión de Regulación de Energía y Gas – CREG

La Comisión de Regulación de Energía y Gas, CREG, la cual se crea a partir de la Ley 142 de 1994 “*por la cual se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios y se dictan otras disposiciones*”, en su numeral 2 del artículo 69, le concede a la Comisión la naturaleza de Unidad Administrativa Especial, con independencia administrativa, técnica y patrimonial, y adscrita al Ministerio de Minas y Energía.

Siendo esta entidad una Unidad Administrativa especial, es importante resaltar que, si bien de conformidad con la Ley 80 de 1993 en sus artículos 1° y 2° se contempla como régimen de contratación aplicable el régimen allí contenido –una vez consultado el manual de contratación de la entidad¹³¹–, se establece como marco legal y régimen de contratación el siguiente:

“De conformidad con lo dispuesto en el artículo 21 de la ley 143 de 1994, y en desarrollo del contrato de fiducia, el cual se encuentra previsto en el artículo 1226 y subsiguientes del código de Comercio, el régimen legal aplicable a la contratación celebrada por la Comisión de Regulación de Energía y Gas – CREG es de derecho privado, por lo tanto la contratación se regirá por las disposiciones contenidas en el Código Civil, Código de Comercio y demás normas de Derecho Privado.”

¹³¹ Manual de contratación disponible en la página web de la entidad, según respuesta de la Coordinación Administrativa y Financiera mediante oficio No.S-2010-001947 del 14 de mayo de 2010. Página web de la entidad: www.creg.gov.co Última fecha de consulta: noviembre de 2011.

También forman parte del marco legal de contratación de la Comisión de Regulación de Energía y Gas – CREG, la Constitución Política de Colombia como norma superior que es, el Estatuto Orgánico de Presupuesto, las leyes y decretos de presupuesto, las normas sobre austeridad del gasto y las relacionadas con la ejecución del presupuesto de la Comisión de Regulación de Energía y Gas – CREG.” (Subrayado fuera del texto).

Frente a lo contenido en este manual de contratación, se evidencia que la entidad se rige según los preceptos contenidos en la ley 143 de 1994, “*por la cual se establece el régimen para la generación, interconexión, transmisión, distribución y comercialización de electricidad en el territorio nacional, se conceden unas autorizaciones y se dictan otras disposiciones en materia energética*”. Dicha Ley, entre otras cosas, establece en su artículo 21:

(...) La Comisión contará con el personal profesional, técnico y administrativo necesario para el cumplimiento de sus funciones, de acuerdo con lo que ella misma determine y tendrá regímenes especiales en materia de contratación, de administración de personal, de salarios y de prestaciones y gozará de autonomía presupuestal.” (Subrayado fuera del texto).

En razón a lo expuesto, la normatividad que rige a esta Comisión de Regulación no será la contenida en el Estatuto de Contratación Estatal, sino la de regímenes especiales que específicamente, como los menciona su manual de contratación, serán las normas que se establecen en el derecho privado. Por esta razón esta entidad no será objeto de estudio.

La anterior delimitación obedece a que el derrotero de este trabajo es el de analizar cómo el principio de la autonomía de la voluntad, que se introduce en la Ley 80 de 1993, juega un papel importante dentro de la estructuración de nuevas formas contractuales. Es por ello que esta investigación no es posible dentro de entidades que tienen un régimen especial y unas reglas definidas, que escapan a lo contenido en el Estatuto de contratación.

Teniendo en cuenta que las entidades excluidas de este estudio no poseen las características ya mencionadas, es posible entrar de lleno al análisis de las Superintendencias y de las Unidades Administrativas que carecen de Personería Jurídica. A saber, encontramos la Superintendencia de Puertos y Transporte, Superintendencia del Subsidio Familiar, Unidad Administrativa Especial del Sistema de Parques Nacionales y Naturales – UAESPNN, Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico – CRA, Comisión de Regulación de Comunicaciones – CRC, Biblioteca Nacional y Museo Nacional de Colombia.

Habiendo delimitado las entidades objeto de estudio, como aquellas que quedan excluidas del mismo, es importante mencionar que el presente capítulo tiene como finalidad demarcar estas entidades desde aspectos generales que permitan ubicarlas, tanto desde su objeto como desde su naturaleza jurídica, teniendo en cuenta la regulación normativa específica de cada una.

Igualmente, se tomarán los manuales de contratación de cada una de las entidades, con el fin de sentar las principales regulaciones que tengan que ver con la tipología de los contratos estatales.

Finalmente, cabe resaltar que fueron consultados los decretos vigentes que confieren facultades extraordinarias¹³², encontrándose que ninguno de ellos modificó la naturaleza jurídica de las entidades seleccionadas.

Se resalta, que con ocasión a la expedición de la Ley 1444 de 2011 “*por medio de la cual se escinden unos Ministerios, se otorgan precisas facultades extraordinarias al Presidente de la República para modificar la estructura de la Administración Pública y la planta de personal de la Fiscalía General de la Nación y se dictan otras disposiciones*”, se crean varias Unidades Administrativas Especiales, con y sin personería jurídica. No obstante, advertimos que en la presente investigación, fueron objeto de análisis las pertenecientes a la estructura de la Administración Pública Nacional existentes antes de la expedición de la mencionada Ley.

2.1. Superintendencias sin personería jurídica

La ley 489 de 1998, en su artículo 66, define a las Superintendencias como “*organismos creados por la ley, con la autonomía administrativa y financiera que aquella les señale, sin personería jurídica, que cumplen funciones de inspección y vigilancia atribuidas por la ley o mediante delegación que haga el Presidente de la República previa autorización legal*”.

Si bien la citada norma define por regla general a las Superintendencias como organismos sin personería jurídica, cabe anotar que el artículo 38 de la Ley en mención, establece la posibilidad de proveer de personería jurídica a estas

¹³² Ley 1444 del 04 de mayo de 2011, Decreto 2897 del 11 de agosto 2011, Decreto 4185 del 03 de noviembre de 2011, Decreto 4174 del 03 de noviembre de 2011, Decreto 4156 del 03 de noviembre de 2011.

entidades al momento de su creación. Ante esta situación es importante señalar que no todas las superintendencias actualmente existentes, serán objeto de estudio.

Igualmente, en la misma Ley, tal y como se hizo alusión en líneas anteriores, las superintendencias sin personería jurídica se contemplan en el literal e. del numeral 1° del artículo 38 de la Ley 489 de 1998, y hacen parte del sector central, siendo pues, entidades adscritas a la Rama Ejecutiva.

Una vez realizada la investigación de aquellas entidades que tienen la característica de carecer de personería jurídica, encontramos que la Superintendencia de Puertos y Transporte y Superintendencia del Subsidio Familiar, Superintendencias que serán objeto de estudio en el subsiguiente desarrollo.

2.1.1. Superintendencia de Puertos y Transporte

Con la expedición de la Ley 1 de 1991, la cual contiene el “*Estatuto de Puertos Marítimos y se dictan otras disposiciones*”, se crea la Superintendencia General de Puertos. Dicha entidad tenía funciones encaminadas exclusivamente a la actividad portuaria, marítima y fluvial.

Mediante el Decreto 101 de 2000 que “*modifica la estructura del Ministerio de Transporte y se dictan otras disposiciones*”, se cambió la denominación a Superintendencia de Puertos y Transportes, atribuyéndole nuevas funciones como su nombre lo indica.

Posteriormente, mediante el Decreto 1016 de 2000, el cual modifica la estructura de esta Superintendencia, se establece la naturaleza jurídica de la entidad en su artículo 1°, resaltando su carencia de personería jurídica, toda vez que no quedó contenida dicha característica de manera expresa en la norma:

“Naturaleza Jurídica. La Superintendencia de Puertos y Transporte es un organismo de carácter administrativo y técnico, adscrito al Ministerio de Transporte, que goza de autonomía administrativa y financiera encargada de cumplir las funciones previstas en la Ley 01 de 1991 y las delegadas en el Decreto 101 del 2 de febrero de 2000, como se determinan más adelante.”

Igualmente el mismo Decreto en su artículo 3° establece el objeto específico que tendrá la Superintendencia así:

“Objeto de la Entidad. Corresponde a la Superintendencia de Puertos y Transporte, ejercer las funciones de inspección, control y vigilancia que le corresponden al Presidente de la República como Suprema Autoridad Administrativa, en materia de puertos de conformidad con la Ley 01 de 1991 y en materia de tránsito, transporte y su infraestructura de conformidad con la delegación prevista en el Decreto 101 del 2 de febrero de 2000.”

Mediante la Resolución No. 10992 del 10 de diciembre de 2009, se adoptó el manual de contratación¹³³, dentro del cual se resaltan los aspectos relevantes generales respecto al régimen aplicable, y la selección de la tipología contractual.

¹³³ Manual disponible y consultado en la Página web de la entidad: www.supertransporte.gov.co
Última fecha de consulta: noviembre de 2011.

Régimen jurídico aplicable

A continuación se realizará la enunciación de las normas que soportan el contenido y desarrollo del mencionado manual de contratación:

“...se fundamenta en los parámetros señalados por el Estatuto de contratación estatal, esto es, la Ley 80 de 1993, sus Decretos reglamentarios, la Ley 1150 de 16 de julio de 2007, el artículo 83 del Decreto 066 del 16 de enero de 2008, el Decreto 2474 del 7 de julio de 2008, decreto 4444 de 2008, Decreto 4828 de 2008, Decreto 4881 del 31 de diciembre de 2008, Decreto 836 del 13 de marzo de 2009, Decreto 931 del 18 de marzo de 2009, Decreto 2025 del 3 de junio de 2009, Decreto 2247 del 16 de junio de 2009, Decreto 3806 del 30 de septiembre de 2009 y las demás normas que lo modifican, complementan o adicionan, las cuales forman parte integral de este documento como anexo. Así mismo servirán de fundamento jurídico de algunas actuaciones contractuales de la Supertransporte las siguientes normas: Inciso 2 del Art 335 de la Constitución Política, Decreto 777 y 1403 de 1992, Ley 489 de 1998, entre otras.

Según lo establecido en el artículo 13 de la Ley 80 de 1993, a la contratación estatal le son aplicables las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, en aquellas materias no reguladas por la misma y su fundamento responde a criterios de racionalidad en el uso de los recursos atendiendo la austeridad en el gasto.”

Generalidades de los contratos

Si bien no se realiza una enunciación acerca de la tipología de los contratos estatales, el manual menciona las estipulaciones que deben contener los contratos a manera general así:

Elementos comunes para todos los contratos

“(...) Las estipulaciones de los contratos serán las que de acuerdo con las normas civiles, comerciales y las previstas en las Leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007 y sus decretos reglamentarios correspondan a su esencia y naturaleza y podrán incluirse las modalidades, condiciones y, en general, las cláusulas o estipulaciones que las partes consideren necesarias y convenientes, siempre que no sean contrarias a la Constitución, la ley, el orden público y a los principios y finalidades de la Ley 80 de 1993 y a los de la buena administración.

Elaboración del contrato:

Una vez adelantado el procedimiento de la modalidad de selección respectiva por parte de la Secretaría General, la misma procede a la elaboración del contrato conforme a las especificaciones técnicas, jurídicas y financieras contenidas en los estudios y documentos previos y/o el pliego de condiciones, adendas, oferta seleccionada, documento de invitación pública, el acto de adjudicación y el borrador de la minuta que se había elaborado dentro del proceso precontractual, si ésta existe...”

2.1.2. Superintendencia del Subsidio Familiar

De conformidad con la Ley 25 de 1981 *“Por la cual se crea la Superintendencia del Subsidio Familiar y se dictan otras disposiciones”*, su artículo 1° dispone:

“ARTICULO 1o. Créase adscrita al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, la Superintendencia del Subsidio Familiar, como unidad administrativa especial, esto es, con personería jurídica y patrimonio autónomo, cuya organización y funcionamiento se someten a las normas de la presente ley.”

La precitada norma le otorga a esta Superintendencia la naturaleza de una Unidad Administrativa Especial con personería jurídica. Sin embargo, es importante señalar que esta misma norma fue objeto de demandas de inconstitucionalidad:

“La Corte, en sentencias de Sala Plena de mayo 17 de 1982, mayo 24 de 1982, junio 3 de 1982 y septiembre 2 de 1982 resolvió las demandas y precisó su parecer institucional sobre la naturaleza jurídica de la entidad creada para la inspección y vigilancia de las cajas y sus facultades frente a las mismas.

Respecto a *la naturaleza jurídica de la Superintendencia de Subsidio Familiar*, la Ley 25/1981 estableció que ella se creaba como adscrita al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, como unidad administrativa especial con personería jurídica y patrimonio autónomo. La Corte consideró que – a la luz de la Constitución de la época –, esa formulación legal era imprecisa por cuanto las superintendencias no podían tener personería

jurídica ni autonomía patrimonial, pero sin que por eso se alterara su naturaleza de Superintendencia.”¹³⁴

En atención a lo señalado, y teniendo en cuenta la segunda y la cuarta sentencia de constitucionalidad de la Corte Suprema de Justicia¹³⁵, se declara la inexecutable¹³⁶ de la frase “*como unidad administrativa especial, esto es, con personería jurídica y patrimonio autónomo*” del artículo 1° de la precitada Ley, sin que se afecte la naturaleza de Superintendencia, razón por la cual se desprovee a esta entidad de personería jurídica, convirtiéndose en objeto de estudio para la presente investigación.

Esta posición es reiterada por la misma Superintendencia, en atención a una petición de información¹³⁷, en la cual respondió:

“De conformidad con el Decreto ley 2150 de 1992, en su artículo 1° señala:

‘Naturaleza y adscripción: La Superintendencia del Subsidio Familiar continuará adscrita al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social’.

Al respecto podemos señalar que la Superintendencia del Subsidio Familiar, es una Superintendencia sin personería jurídica...”

¹³⁴ Arenas Monsalve, Gerardo, El sistema de subsidio familiar en la seguridad social Colombiana, Universitas, Diciembre, número 106, ISSN 0041 – 9060, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 2003, pp. 501 – 502.

¹³⁵ Corte Suprema de Justicia, sentencias de Sala Plena de mayo 24 de 1982 y septiembre 2 de 1982.

¹³⁶ Benítez Maldonado, Eduardo Augusto, Normatividad del Subsidio Familiar, Superintendencia del Subsidio Familiar, Imprenta Nacional de Colombia, ISBN 978-958-99164-3-8, Bogotá, p. 25.

¹³⁷ De conformidad a Respuesta de la entidad, por la Coordinadora del Grupo de Atención al Ciudadano mediante oficio No. 2011-010604 del 15 de noviembre de 2011.

Ahora bien, mediante la Resolución No. 0522 de 2008, se adoptó el manual de contratación¹³⁸, dentro del cual se resaltan los aspectos relevantes generales respecto al régimen aplicable, y la selección de la tipología contractual.

Régimen jurídico aplicable

No obstante que el manual de contratación no hace una enunciación del Régimen jurídico aplicable que soporte su contenido y desarrollo, es posible determinar que éste atiende a todas las normas que rigen a la contratación estatal. Esto se presenta dado que la estructura y contenido del mismo atiende a un desarrollo directo en la materia para las diferentes modalidades de selección.

Generalidades de los contratos

El presente manual de contratación no contiene ni una enunciación de tipologías contractuales, ni una remisión a las mismas, toda vez que se limita de manera detallada a dar una estructura de los procesos de selección en cada una de las modalidades existentes en el Estatuto de Contratación.

2.2. Unidades Administrativas Especiales sin personería jurídica

La Ley 489 de 1998 en su artículo 67 las define como “*organismos creados por la ley, con la autonomía administrativa y financiera que aquélla les señale, sin personería jurídica, que cumplen funciones administrativas para desarrollar o ejecutar programas propios de un ministerio o departamento administrativo*”.

¹³⁸ Manual remitido por la Superintendencia de Subsidio Familiar en medio electrónico como respuesta a derecho de petición mediante oficio de radicado No. 1285 del 01 de marzo de 2010.

Es de resaltar que para las Unidades Administrativas Especiales, UAE, se tendrán en cuenta las mismas observaciones realizadas a las Superintendencias, respecto de la norma general que dispone la ausencia de personería jurídica para las mencionadas entidades. Esto, debido a que no siempre la generalidad de la Ley concuerda con la especificidad normativa para cada una de las entidades.

Igualmente, es de mencionar que mediante el Decreto 3573 del 27 de septiembre de 2011, en ejercicio de facultades extraordinarias que le son conferidas al Presidente de la República, se crea la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales, ANLA. Se trata de una Unidad Administrativa Especial del orden nacional, con autonomía administrativa y financiera, sin personería jurídica, y que hará parte del Sector Administrativo de Ambiente y Desarrollo Sostenible.

Esta Unidad Administrativa Especial, a pesar de contener características sujetas de análisis, será excluida dado que durante el transcurso de esta investigación no había sido creada¹³⁹. Igualmente, es de considerar que es una entidad incipiente en su creación, y su actual Directora se posesionó el pasado 7 de octubre de 2011.

2.2.1. Unidad Administrativa Especial del Sistema de Parques Nacionales y Naturales – UAESPNN

La Unidad Administrativa Especial del Sistema de Parques Nacionales Naturales, se define como *“un organismo del sector central de la administración que forma parte de la estructura orgánica del Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, con autonomía administrativa y financiera, encargada del manejo y*

¹³⁹ Última fecha de consulta Noviembre de 2011, en los sitios web del Ministerio de Ambiente y Desarrollo sostenible y metabuscadores. La reciente entidad no cuenta con manual de contratación ni sitio web.

*administración del Sistema de Parques Nacionales Naturales y de la coordinación del Sistema Nacional de Áreas Protegidas – SINAP*¹⁴⁰.

Si bien en la definición acotada se guarda silencio sobre la existencia de personería jurídica, el Decreto Ley 216 de 2003 “*por el cual se determinan los objetivos, la estructura orgánica del Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial y se dictan otras disposiciones*”, en su artículo 19, sienta total claridad respecto a este punto. Este artículo establece que “*es una dependencia del Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, con autonomía administrativa y financiera, en los términos del literal j) del artículo 54 de la Ley 489 de 1998*”, y cuyo literal establece la facultad de “*fusionar, suprimir o crear dependencias internas en cada entidad u organismo administrativo, y podrá otorgárseles autonomía administrativa y financiera sin personería jurídica*”.

En virtud de lo anterior, esta Unidad Administrativa Especial del Sistema de Parques Nacionales Naturales, establece que su naturaleza jurídica será la de no poseer personería jurídica.

Es de subrayar que esta Unidad Administrativa Especial carece de un manual de contratación en estricto sentido, pero sí cuenta con un manual de Convenios¹⁴¹, el cual no será objeto de estudio por razones que se expondrán en el siguiente capítulo¹⁴².

¹⁴⁰ <http://www.parquesnacionales.gov.co/PNN/portel/libreria/php/decide.php?patron=01.04>

¹⁴¹ Manual consultado en medio digital, remitido por la Subdirección Administrativa y Financiera de la entidad mediante oficio No.00-106-816-001822 del 6 de diciembre de 2011. Página web de la entidad: www.parquesnacionales.gov.co Última fecha de consulta: noviembre de 2011.

¹⁴² Véase explicación en el numeral 3.2 Atipicidad de los contratos en las entidades del sector central nacional – superintendencias y unidades administrativas especiales sin personería jurídica: Unidad Administrativa Especial del Sistema de Parques Nacionales y Naturales – UAESPNN, p. 92 y 102.

2.2.2. Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico – CRA

La Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico – CRA, se crea a partir de la Ley 142 de 1994 “*por la cual se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios y se dictan otras disposiciones*”. En su numeral 1 del artículo 69 se establece su naturaleza jurídica como una Unidad Administrativa Especial, con independencia administrativa, técnica y patrimonial, y adscrita al Ministerio de Desarrollo Económico.

Teniendo en cuenta que la Ley 142 guarda silencio respecto a la concesión de personería jurídica a la CRA, y remitiéndonos al artículo 67 de la Ley 489 de 1998 –el cual establece que las UAE no tendrán personería jurídica–, es posible afirmar su carencia.

La regulación de las funciones, estructura organizacional y competencias generales de todas las Comisiones de Regulación se encuentran contempladas en el capítulo III de la Ley 142 de 1994.

La CRA, en particular, tiene como “*propósito fundamental regular monopolios, promover la competencia, impulsar la sostenibilidad del sector Agua Potable y Saneamiento Básico, evitando abusos de posición dominante, garantizando la prestación de servicios de calidad, con tarifas razonables y amplia cobertura*”¹⁴³.

¹⁴³ <http://www.cra.gov.co/estructura.shtml>

Mediante la Resolución UAE CRA N° 139 de 2009, modificada mediante Resolución UAE CRA No. 483 de 2009, se adopta el manual de contratación¹⁴⁴, del cual resaltaremos los aspectos relevantes generales respecto al régimen aplicable, y la selección de la tipología contractual.

Régimen jurídico aplicable

A continuación, enunciaremos las normas que soportan el contenido y desarrollo del mencionado manual de contratación:

“1.1 De conformidad con el artículo 82 de la Ley 489 de 1998 y los artículos 1 y 2 de la Ley 80 de 1993, los contratos que celebre la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico, Unidad Administrativa Especial, sin personería jurídica, adscrita al Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, con autonomía administrativa, técnica y patrimonial, se rigen por lo dispuesto en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública y las demás disposiciones que lo reglamenten, complementen, adicionen o modifiquen.

1.2 De igual forma, según lo establece el artículo 13 de la Ley 80 de 1993, a la contratación estatal le son aplicables las disposiciones comerciales y civiles pertinentes en aquellas materias no reguladas por la misma.

(...)

¹⁴⁴ Manual disponible en internet, según respuesta de la Subdirección Administrativa y Financiera mediante oficio No.20103410034021 del 26 de abril de 2010. Página web de la entidad: www.cra.gov.co Última fecha de consulta: noviembre de 2011.

11.1 *En los procesos contractuales adelantados por la CRA, se seguirán los trámites y procedimientos establecidos en el presente manual de acuerdo con lo previsto en las normas vigentes de contratación estatal.*

11.2 *Se entenderá que los trámites, procedimientos, requisitos y demás aspectos no contemplados expresamente en este manual, serán adelantados de acuerdo con las normas que regulan la contratación, en especial la Ley 80 de 1993, la Ley 1150 de 2007, el Decreto 2474 de 2008 y demás normas que las modifiquen, adicionen o complementen.*

11.3 *En igual sentido, serán aplicables las disposiciones comerciales y civiles pertinentes en aquellas materias no reguladas por la Ley 80 de 1993.”*

Generalidades de los contratos

En lo que respecta a la selección de la tipología contractual, la CRA realiza una enunciación de contratos estatales de los cuales fija la regulación particular a cada tipo de contrato así:

“10.1 Contratos Estatales: *Para efectos del presente Manual, los contratos estatales se definirán como todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebre la CRA, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad, así como los que, a título enunciativo, se definen a continuación:*

10.2 Contratos Interadministrativos: *Aquellos suscritos por la CRA con otras entidades públicas, entendiéndose por éstas las descritas en el*

artículo 2° de la Ley 80 de 1993, siempre que las obligaciones derivadas de los convenios tengan relación directa con el objeto de la entidad ejecutora señalado en la Ley o en sus reglamentos.

10.2.1 *Se exceptúan los contratos de obra, suministro, encargo fiduciario y fiducia pública cuando las instituciones de educación superior públicas sean las ejecutoras. Estos contratos podrán ser ejecutados siempre que participen en procesos de licitación pública o de selección abreviada.*

10.2.2 *En aquellos eventos en que el régimen de la ejecutora no sea el de la Ley 80 de 1993, la ejecución de dichos contratos estará en todo caso sometida a los principios de la función administrativa, al deber de selección objetiva y al régimen de inhabilidades e incompatibilidades salvo que se trate de Instituciones de Educación Superior Públicas, caso en el cual la celebración y ejecución podrán realizarse de acuerdo con las normas específicas de contratación de tales entidades, en concordancia con el respeto por la autonomía universitaria consagrada en el artículo 69 de la Constitución Política.*

10.2.3 *En aquellos casos en que la entidad estatal ejecutora deba subcontratar algunas de las actividades derivadas del contrato principal, no podrá ni ella ni el subcontratista, contratar o vincular a las personas naturales o jurídicas que hayan participado en la elaboración de los estudios, diseños y proyectos que tengan relación directa con el objeto del contrato principal.*

10.3 *Convenios de Cooperación, Asistencia o Ayuda Internacionales: Son aquellos contratos o convenios celebrados con organismos de cooperación, asistencia o ayuda internacionales soportados en instrumentos de cooperación internacional de los cuales haga parte la Nación.*

10.4 *Contratos de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión, o para la ejecución de trabajos artísticos que sólo pueden encomendarse a determinadas personas naturales: Para la prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión la CRA podrá contratar directamente con la persona natural o jurídica que esté en capacidad de ejecutar el objeto del contrato y que haya demostrado la idoneidad y experiencia directamente relacionada con el área de que se trate, sin que sea necesario que haya obtenido previamente varias ofertas, de lo cual el Director Ejecutivo o su delegado deberá dejar constancia escrita.*

10.4.1 *Los servicios profesionales corresponden a aquellos de naturaleza intelectual diferentes a los de consultoría que se derivan del cumplimiento de las funciones de la entidad.*

10.5 Contrato de consultoría: *Son contratos de consultoría los que celebre la CRA referidos a los estudios necesarios para la ejecución de proyectos de inversión, estudios de diagnóstico, prefactibilidad o factibilidad para programas o proyectos específicos, así como a las asesorías técnicas de coordinación, control y supervisión. Son también contratos de consultoría los que tienen por objeto la interventoría, asesoría, gerencia de obra o de proyectos, dirección, programación y la ejecución de diseños, planos, anteproyectos y proyectos.*

10.6 Contrato de suministro: *El contrato de suministro es un negocio jurídico bilateral, conmutativo y oneroso, mediante el cual el contratista se obliga para con la administración a darle, en forma sucesiva, una determinada cantidad de bienes muebles que requiere para el desarrollo de sus funciones legales, a cambio de lo cual la administración se obliga a*

pagar el precio resultante de multiplicar la cantidad de unidades transferidas por el precio unitario convenido, el cual bien puede estar sometido a reajustes.

10.6.1 *Cuando la prestación que es objeto del suministro esté regulada por el Gobierno, el precio y las condiciones del contrato se sujetarán a los respectivos reglamentos.*

10.7 Contrato de compraventa: *La compraventa es un contrato de ejecución instantánea en que una de las partes se obliga a transferir la propiedad de una cosa y la otra a pagarla en dinero. El dinero que el comprador da por la cosa vendida se llama precio.*

10.8 Contrato de obra: *Son contratos de obra los que celebre la CRA para la construcción, mantenimiento, instalación y, en general, para la realización de cualquier otro trabajo material sobre bienes inmuebles, cualquiera que sea la modalidad de ejecución y pago.*

10.8.1 *En los contratos de obra que hayan sido celebrados como resultado de un proceso de licitación, la interventoría deberá ser contratada con una persona independiente de la CRA y del contratista, quien responderá por los hechos y omisiones que le fueren imputables en los términos previstos en la Ley 80 de 1993.”*

Dentro de los objetivos que se proponen dentro de la planeación de la contratación se señalan los siguientes:

“15.1 Proyectar las necesidades de contratación de la CRA, que se deben satisfacer para lograr la misión institucional en términos de eficiencia y eficacia, en cumplimiento de los fines del Estado, así como, la elaboración de estudios previos para dar inicio y soportar las contrataciones a realizar.

15.2 Los servidores públicos de la CRA y quienes presten sus servicios al mismo, tendrán en cuenta que con el proceso de selección de contratistas, con la celebración y ejecución de los contratos, se busca el cumplimiento de los fines del Estado en forma continua y eficiente, enmarcados dentro de la visión y misión de la CRA.”

2.2.3. Comisión de regulación de comunicaciones – CRC

La Comisión de Regulación de Comunicaciones – CRC, se crea a partir de la Ley 142 de 1994 *“por la cual se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios y se dictan otras disposiciones”*. En su numeral 3 del artículo 69, se establece su naturaleza jurídica como una Unidad Administrativa Especial, con independencia administrativa, técnica y patrimonial, y adscrita al Ministerio de Comunicaciones.

Teniendo en cuenta que la Ley 142 guarda silencio respecto a la concesión de personería jurídica a la CRC, y remitiéndonos al artículo 67 de la Ley 489 de 1998 –el cual establece que las UAE no tendrán personería jurídica–, es posible afirmar su carencia.

La regulación de las funciones, estructura organizacional y competencias generales para todas las comisiones de Regulación, se encuentra contemplada en el capítulo III de la Ley 142 de 1994.

Esta comisión, en particular, tiene como propósito fundamental “promover la competencia, evitar el abuso de posición dominante y regular los mercados de las redes y los servicios de comunicaciones; con el fin que la prestación de los servicios sea económicamente eficiente, y refleje altos niveles de calidad”¹⁴⁵.

Habiendo realizado la investigación sobre la existencia del manual de contratación, se encontró que la Comisión de Regulación de Comunicaciones, CRC, no cuenta con tal¹⁴⁶. Por esta razón, no existe reglamentación específica aplicable a los contratos estatales dentro de esta entidad.

2.2.4. Museo nacional de Colombia

El Museo Nacional de Colombia tiene como propósito fundamental “*salvaguardar el patrimonio cultural a su cargo y, con base en él, narrar la historia de los procesos culturales del país, de modo que todos los ciudadanos se vean reflejados en dicha narración. Por otra parte, su propósito es apoyar la consolidación y el desarrollo del sector museístico del país*”¹⁴⁷.

Este organismo se crea a partir de la Ley 1970 de 1997 “*por el cual se establece la estructura orgánica del Ministerio de Cultura y se distribuyen sus funciones entre sus dependencias*”, y en su artículo 25 establece:

“ARTÍCULO 25. UNIDADES ADMINISTRATIVAS ESPECIALES. El Instituto Colombiano de Antropología, ICAN, el Museo Nacional de Colombia y la

¹⁴⁵ <http://www.crcom.gov.co/?idcategoria=41358>

¹⁴⁶ Según respuesta de la Coordinación de Atención al cliente y relaciones externas mediante oficio No.201051109 del 27 de abril de 2010. Página web de la entidad: www.crcom.gov.co Última fecha de consulta: noviembre de 2011.

¹⁴⁷ <http://www.museonacional.gov.co/index.php?pag=home&id=6|128|0>

Biblioteca Nacional, serán Unidades Administrativas Especiales del Ministerio de Cultura.

Las Unidades Administrativas Especiales a que hace referencia el presente artículo, se organizan sin personería jurídica y para la mas adecuada atención de sus programas, tendrán autonomía para el manejo y administración de los bienes y recursos que se les asignen y funcionarán con la planta de personal del Ministerio de Cultura.”

Igualmente, su calidad de Unidad Administrativa Especial y las funciones que le son propias, se establecen en el numeral 1 del artículo 5 del Decreto 1126 de 1999, “*por el cual se reestructura el Ministerio de Cultura*”.

Cabe resaltar que el artículo 4 del Decreto 1476 del 2003 “*por el cual se determinan los objetivos y estructura orgánica del Ministerio de Cultura y se dictan otras disposiciones*”, deja claridad que esta entidad –además de ser una UAE– carece de personería jurídica, e igualmente, en su artículo 19, reitera sus funciones.

Es importante resaltar que, al no poseer autonomía patrimonial, le corresponde al Ministerio de Cultura¹⁴⁸ realizar la contratación de las entidades que tiene adscritas; entidades que se aluden en el mencionado artículo 25 de la Ley 1970 de 1997¹⁴⁹.

¹⁴⁸ De conformidad a oficios No. M102999 y M103000 del 27 de abril de 2010 remitidos por la Directora del Museo Nacional de Colombia que dan respuesta a Derecho de petición elevado ante la entidad.

¹⁴⁹ El Instituto Colombiano de Antropología, ICAN, **el Museo Nacional de Colombia y la Biblioteca Nacional**, serán Unidades Administrativas Especiales del Ministerio de Cultura.

El Ministerio de Cultura cuenta con un proyecto de manual de contratación¹⁵⁰ dentro del cual se resaltarán los aspectos relevantes generales respecto al régimen aplicable y la selección de la tipología contractual. El mencionado proyecto rige para todas las entidades que estén adscritas al Ministerio, a saber para este estudio, el Museo Nacional y la Biblioteca Nacional.

Régimen jurídico aplicable

A continuación, se enunciarán las normas que soportan el contenido y desarrollo del mencionado manual de contratación:

“El MINISTERIO DE CULTURA como entidad pública del nivel nacional, se encuentra regida para la celebración de contratos por el Estatuto de Contratación Pública, es decir, por la Ley 80 de 1993, la Ley 1150 de 2007 y sus decretos reglamentarios.

(...)

1.3. MARCO JURÍDICO GENERAL

**Constitución Política de Colombia.*

** Ley 80 de 1993. * Decreto 679 de 1994.*

** Decreto 287 de 1996.*

** Ley 527 de 1.999*

¹⁵⁰ Proyecto de Manual disponible en medio digital remitido vía correo electrónico por la Coordinación del Grupo de contratos y convenios del Ministerio de Cultura como soporte del oficio remitido No. GC 305 1668 2010 del 11 de octubre de 2010. Página web de la entidad: www.mincultura.gov.co Última fecha de consulta: noviembre de 2011.

** Decreto 2170 de 2002 (artículos 6,9 y 24) por el cual se reglamenta la Ley 80 de 1993 y se dictan otras disposiciones en aplicación de la Ley 527 de 1999.*

** Ley 1150 de 2007.*

** Decreto 066 de 2008, artículo 83.*

** Decreto 2474 del 7 de julio de 2008.*

** Resolución N° 1316 de 2008.*

** Decreto 4828 del 24 de Diciembre de 2008.*

** Decreto 4881 del 31 de Diciembre de 2008.*

** Decreto 490 del 20 de Febrero de 2009.”*

Generalidades de los contratos

Es menester resaltar que el proyecto de manual menciona los derroteros que deben seguir las estipulaciones contenidas en los contratos de manera general, así:

“Los contratos que celebran las entidades públicas son un mecanismo del desarrollo de la función administrativa y tienen por tanto una finalidad específica: La satisfacción y el logro del interés público y de las necesidades colectivas, siendo esa finalidad la fuente de su naturaleza jurídica, de los efectos y consecuencias que les son propios.”

Igualmente, debemos destacar que no se mencionan ni se desarrollan las tipologías contractuales; sin embargo, el contrato de consultoría se asocia de manera directa a la modalidad de selección de concurso de méritos de la siguiente manera:

“2. CONCURSO DE MÉRITOS

(...)

2.1. Definición de Consultoría. *“Son contratos de consultoría los que celebren las entidades estatales referidos a los estudios necesarios para la ejecución de proyectos de inversión, estudios de diagnóstico, prefactibilidad o factibilidad para programas o proyectos específicos, así como a las asesorías técnicas de coordinación, control y supervisión. Igualmente, tienen este carácter los que se refieren a la interventoría, asesoría, gerencia de obra o de proyectos, dirección, programación y la ejecución de diseños, planos, anteproyectos y proyectos. Artículo 32 de la Ley 80 de 1993 Las labores de asesoría y de asesoría técnica de coordinación, control y supervisión corresponden a las que se adelantan con ocasión de la construcción, el mantenimiento y la administración de construcciones de edificios y viviendas de toda índole, y en general todas aquellas actividades relacionadas con la ingeniería a que se refiere el artículo 2 de la Ley 842 de 2003, o las normas que la modifiquen o adicionen. Lo anterior, sin perjuicio de que el Ministerio de Cultura pueda realizar contratos de prestación de servicios profesionales para apoyar la labor de supervisión de los contratos que le es propia, siempre que las actividades no puedan realizarse por personal de planta, o requieran conocimientos especializados.”*

2.2.5. Biblioteca nacional

La Biblioteca Nacional *“es la institución que garantiza la recuperación, preservación y acceso a la memoria colectiva del país, representada por el patrimonio bibliográfico y hemerográfico en cualquier soporte físico; así como la promoción y fomento de las bibliotecas públicas, la planeación y diseño de*

*políticas relacionadas con la lectura, y la satisfacción de necesidades de información indispensables para el desarrollo individual y colectivo de los colombianos*¹⁵¹.

Se crea a partir de la Ley 1970 de 1997 “*por el cual se establece la estructura orgánica del Ministerio de Cultura y se distribuyen sus funciones entre sus dependencias*”, la cual, en su artículo 25, dispone:

“ARTÍCULO 25. UNIDADES ADMINISTRATIVAS ESPECIALES. El Instituto Colombiano de Antropología, ICAN, el Museo Nacional de Colombia y la Biblioteca Nacional, serán Unidades Administrativas Especiales del Ministerio de Cultura.

Las Unidades Administrativas Especiales a que hace referencia el presente artículo, se organizan sin personería jurídica y para la mas adecuada atención de sus programas, tendrán autonomía para el manejo y administración de los bienes y recursos que se les asignen y funcionarán con la planta de personal del Ministerio de Cultura.”

Igualmente, su calidad de Unidad Administrativa Especial y las funciones que le serán propias, se establecen en el numeral 2 del artículo 5 del Decreto 1126 de 1999 “*por el cual se reestructura el Ministerio de Cultura*”.

Es pertinente mencionar que el artículo 4 del Decreto 1476 del 2003 “*Por el cual se determinan los objetivos y estructura orgánica del Ministerio de Cultura y se dictan otras disposiciones*”, aclara que esta entidad –además de ser una UAE–,

¹⁵¹ <http://www.bibliotecanacional.gov.co/?idcategoria=28394>

carece de personería jurídica. Igualmente, sus funciones están contenidas en el artículo 20 del mencionado Decreto.

Resulta importante resaltar que, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 25 de la ley 170 de 1997, la Biblioteca Nacional de Colombia es una UAE adscrita al Ministerio de Cultura, y no cuenta con autonomía patrimonial. Por esta razón, corresponde al Ministerio realizar la contratación de esta entidad¹⁵².

El manual de contratación de esta entidad se encuentra en la etapa de proyecto, el cual fue analizado en el acápite del Museo Nacional de Colombia, dado que la contratación de estas entidades se surte a través del Ministerio de Cultura.

CONCLUSIONES DEL CAPÍTULO

Una vez finalizada la revisión en las diferentes entidades estudiadas –desde el punto de vista de la naturaleza jurídica y desde sus manuales de contratación con la finalidad de concretizar el objeto de esta investigación– es posible tener en cuenta los rasgos característicos para cada una de ellas, entorno al régimen aplicable y a las generalidades con base en las reglas específicas que se tienen en la contratación estatal.

Es importante resaltar que no todas las entidades poseen manual de contratación, sin que por esto sea posible afirmar la prohibición en la celebración de contratos atípicos. Eso, porque las entidades objeto de estudio siguen estando sujetas al

¹⁵² De conformidad a oficio No. 520-410-2010 del 3 de mayo de 2010 remitido por la Directora de la Dirección de fomento y Desarrollo Regional encargada de las funciones de Dirección de la Biblioteca Nacional del Colombia que dan respuesta a Derecho de petición elevado ante la entidad.

Estatuto de Contratación Estatal¹⁵³, debido a que por medio del principio de la autonomía de la voluntad, es que es posible crear nuevas figuras contractuales.

En aquellas entidades que sí poseen un manual de contratación, se deja entrever que dicha configuración de nuevas tipologías contractuales no está prohibida, dado que en el cuerpo de los manuales se evidencia una transcripción de lo contenido en las normas de contratación; conclusión que será retomada a través de análisis que se realizará en el siguiente capítulo.

La investigación realizada nos lleva a concluir que no existe prohibición expresa, tal y como se contempla en el Estatuto de Contratación Estatal, pero tampoco existe un desarrollo expreso para la configuración de contratos atípicos. Esto denota una falta de arraigo y aceptabilidad por parte de las entidades en la incorporación del principio de la autonomía de la voluntad, como configuración de contratos que escapen de los tipos preestablecidos en sus manuales de contratación.

Finalmente, es vital afianzar la relevancia de la investigación contenida en este capítulo, toda vez que será una de las partes instrumentales en el análisis que se desarrollará subsiguientemente.

¹⁵³ Salvo la Comisión de Regulación de Energía y gas, ver página 58.

3. AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD Y ATIPICIDAD CONTRACTUAL EN LAS ENTIDADES DEL SECTOR CENTRAL NACIONAL – SUPERINTENDENCIAS Y UNIDADES ADMINISTRATIVAS ESPECIALES SIN PERSONERÍA JURÍDICA SUJETAS AL ESTATUTO DE CONTRATACION ESTATAL

Una vez abordado el principio de la autonomía de la voluntad en los contratos estatales, y realizada una delimitación de las entidades objeto de estudio, este capítulo pretende aterrizar el rol que juega dicho principio como una herramienta creadora de nuevas tipologías contractuales dentro de las entidades. Esto conlleva la necesidad de un estudio en las mismas para determinar rasgos que permitan hacer un análisis en concreto.

Se tomaron como muestra los manuales de contratación de las diferentes entidades, los cuales ya se describieron en el capítulo anterior. Igualmente, como una forma de tener en cuenta las posiciones de cada una de las entidades, se optó por realizar peticiones de información indagando sobre la contratación atípica de cada una de las entidades consultadas.

Así mismo, es de resaltar la importancia de la contratación atípica frente al control disciplinario de la Procuraduría General de la Nación y frente al control fiscal de la Contraloría General de la República. Ello, con la finalidad de analizar la escogencia de la tipología contractual por parte de los operadores, y determinar la incidencia de dicha escogencia en los procesos contractuales.

3.1. Autonomía de la voluntad como herramienta creadora de figuras contractuales en las entidades del sector central nacional – superintendencias y unidades administrativas especiales sin personería jurídica

Extractando lo evidenciado en el primer capítulo de este trabajo, el principio de la autonomía de la voluntad se introduce en el Estatuto de Contratación Estatal como herramienta para las Entidades Estatales en el cumplimiento de sus finalidades. Esto se traduce en la libertad que tienen las partes contractuales en la configuración, selección y contenido del contrato.

Es importante subrayar que la mencionada libertad tiene gran trascendencia en la configuración del contrato, en la medida en que, dependiendo de las necesidades que se desplieguen de las entidades –eso sí, en cumplimiento de las finalidades estatales–, estas se traducirán en la escogencia y selección tanto de la tipología como de su contenido.

Es así como resulta claro que si el contenido del contrato estatal no se encuentra ajustado, ya sea total o parcialmente, a cualquiera de las reglamentaciones existentes en la norma, es posible afirmar que nos encontramos ante una atipicidad de contenido, que como consecuencia nos traerá una atipicidad nominativa y normativa del contrato.

Si bien el principio de autonomía de la voluntad no es una creación reciente –pues como ya se ha visto se introduce por medio de la Ley 80 de 1993–, su aplicación como herramienta ajustada al cumplimiento de las necesidades en las entidades, es más bien ajena. Esto se ha podido evidenciar en el escaso desarrollo tanto doctrinal como jurisprudencial que existe en la actualidad del derecho público.

No obstante, es importante realizar un análisis en las entidades objeto de estudio con la finalidad de vislumbrar el papel de este principio en el desarrollo de la actividad contractual. Frente a ello se tomarán, tanto los manuales de contratación como la posición y perspectiva jurídica que estas entidades puedan tener respecto a este principio.

Antes de exponer a fondo esta investigación, es de resaltar que de las entidades consultadas, ninguna de ellas ha contemplado un desarrollo específico de este principio en sus manuales de contratación respecto a las creaciones atípicas contractuales.

Dentro de los manuales de contratación estudiados encontramos que, como punto de encuentro, el régimen jurídico aplicable a todos es el contemplado en el Estatuto de Contratación Estatal, Ley 80 de 1993 y Ley 1150 de 2007, con sus decretos reglamentarios. Esto resulta de gran trascendencia en la medida en que el objeto de estudio –hablando en términos normativos– será este régimen, el cual introduce este principio del derecho privado al derecho público. Por esta razón, resulta consecuente excluir aquellas entidades que tengan un régimen normativo especial.

En igual sentido, el Estatuto de Contratación Estatal, como ya se ha mencionado, posibilita cierto margen de libertad a las partes contractuales en la configuración del contrato; sin embargo, al no existir un desarrollo específico de contratación atípica como tal, la configuración de nuevas tipologías contractuales se entiende por las entidades como “prohibida”.

Esta prohibición es evidente dado que la respuesta unánime de las entidades consultadas fue la de que, dados los lineamientos del Estatuto y sus demás normas reglamentarias, no es posible celebrar contratos atípicos.

A las diferentes entidades se les consultó concretamente sobre información respecto a la celebración de contratos estatales atípicos, entendiendo por estos *aquellos acuerdos de voluntades generadores de obligaciones que celebran las entidades estatales, y que no estando enunciados en el Estatuto de contratación estatal, ni en la normatividad civil y mercantil, son reconocidos en virtud del principio de la autonomía de la voluntad, rigiéndose bajo los imperativos de orden público, fines estatales y la esencia del objeto a contratar*. Las respuestas de las diferentes entidades se exponen a continuación:

Superintendencia de Puertos y Transportes

Esta Superintendencia como respuesta a la pregunta realizada expresó que:

“La entidad no ha celebrado contratos atípicos”¹⁵⁴.

Superintendencia de Subsidio Familiar

Esta Superintendencia como respuesta a la pregunta realizada expresó que:

“Por último le informo que esta entidad no ha celebrado contratos ATÍPICOS”¹⁵⁵.

Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico – CRA

En respuesta a la pregunta realizada la Comisión de Regulación expresó que:

¹⁵⁴ Respuesta suministrada por la Secretaria General de la Superintendencia de Puertos y Transportes mediante radicado No. 1003735 del 02 de marzo de 2010.

¹⁵⁵ Respuesta suministrada por el Jefe de la oficina Jurídica de la Superintendencia de Subsidio Familiar mediante radicado No. 1285 del 01 de marzo de 2010.

“...le comunicamos que a la fecha la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico (CRA) no ha celebrado ningún contrato estatal a los cuales usted hace referencia como “atípicos”¹⁵⁶.

Comisión de Regulación de Comunicaciones – CRC

Esta Comisión de Regulación no respondió específicamente sobre la no celebración de contratos atípicos como tal; sin embargo expresó que:

“Sobre el particular, atentamente le informamos que de conformidad con el Sistema de Gestión de Calidad implementado en la CRC, el Proceso de contratación cuenta con un procedimiento para el efecto y unas instrucciones de trabajo relativas a cada una de las modalidades previstas en la Ley 80 de 1993, la Ley 1150 de 2007 y demás normas reglamentarias y complementarias, a las cuales se ciñe en un todo a la actividad contractual de la entidad.

En ese orden de ideas, no existe como tal un Manual de contratación, que prevea, entre otras, una regulación específica sobre contratos atípicos, modalidad que no ha sido utilizada por la Entidad.”¹⁵⁷

Museo Nacional de Colombia – Biblioteca Nacional

Respecto al Museo Nacional y Biblioteca Nacional, encontramos que, al no tener autonomía patrimonial y encontrarse adscritas al Ministerio de Cultura¹⁵⁸, la

¹⁵⁶ Respuesta suministrada por la Subdirección Administrativa y Financiera de la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico – CRA, mediante radicado No. 20103410034021 del 26 de abril de 2010.

¹⁵⁷ Respuesta suministrada por la Subdirección Administrativa y Financiera de la Comisión de Regulación de Comunicaciones – CRC, mediante radicado No. 201051109 del 27 de abril de 2010.

¹⁵⁸ De conformidad a oficio No. 520-410-2010 del 3 de mayo de 2010 remitido por la Directora de la Dirección de fomento y Desarrollo Regional encargada de las funciones de Dirección de la

contratación de estas entidades se surte a través del Ministerio. Por tal motivo se trasladó la petición a la misma expresando lo siguiente¹⁵⁹:

“...se informa que, la base de datos no reposta contrato estatal alguno celebrado con objeto y causa lícitos cuya denominación no esté prevista en los artículos 32 y 40 de la Ley 80 de 1993 y/o reconocidos como contrato atípico celebrado para cumplir fines estatales, respecto a los cuales, la doctrina ha señalado: “En los actos jurídicos atípicos se refleja en su mayor alcance el postulado de la autonomía de la voluntad privada, pues es en ellos donde los interesados, consultando su mejor conveniencia, determinan los efectos que han de producir, su alcance, sus condiciones y modalidades, aunque las respectivas estipulaciones no se amolden a los actos parones reglamentados por la ley. ‘Bajo nuestro régimen jurídico – explica la Corte Suprema de Justicia- la ley reglamenta ciertos tipos de contratos, lo cual no impide al tráfico moverse dentro de especies de convenciones distintas que satisfagan necesidades no previstas por el legislador, debido a que el obtiene sus materiales del pasado y se halla a menudo en tardo respecto a los hechos económicos’¹⁶⁰”.

Es de resaltar que el desconocimiento de la incorporación de la autonomía de la voluntad, como herramienta creadora, no se refleja en los diferentes manuales de contratación de las entidades; si bien no existe un desarrollo específico, sí es posible encontrar enunciación del principio al hacerse una incorporación de manera indirecta.

Biblioteca Nacional del Colombia que dan respuesta a Derecho de petición elevado ante la entidad. De conformidad a oficios No. M102999 y M103000 del 27 de abril de 2010 remitidos por la Directora del Museo Nacional de Colombia que dan respuesta a Derecho de petición elevado ante la entidad.

¹⁵⁹ De conformidad a oficio No. GC 305 1668 2010 del 11 de octubre de 2010 remitido por el Coordinador Grupo de contratos y convenios del Ministerio de Cultura.

¹⁶⁰ Cita realizada en respuesta suministrada mediante oficio No. GC 305 1668 2010 del 11 de octubre de 2010 remitido por el Coordinador Grupo de contratos y convenios del Ministerio de Cultura de OSPINA FERNANDEZ Y OSPINA ACOSTA; Teoría General del Contrato y de los demás actos o negocios jurídicos; Editorial Temis, página 506.

Es así como la Superintendencia de Puertos y transportes expresa en su manual que “...podrán incluirse las modalidades, condiciones y, en general, las cláusulas o estipulaciones que las partes consideren necesarias y convenientes, siempre que no sean contrarias a la Constitución, la ley, el orden público y a los principios y finalidades de la Ley 80 de 1993 y a los de la buena administración.”¹⁶¹. Esto abre la puerta para realizar nuevas figuras contractuales con la inclusión de cláusulas o estipulaciones que no sean contrarias a la Constitución, la ley, el orden público y a los principios y finalidades de la Ley 80 de 1993 y a los de la buena administración.

La Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico – CRA, es la única de las entidades que menciona expresamente el principio, al incorporar en su manual la definición del contrato estatal, tal como se dispone en el Estatuto de Contratación. Sin embargo, podemos subrayar que las tipologías que incorpora la CRA en el manual no son exclusivamente las del Estatuto, pues trae a colación el contrato de compraventa, que es una tipología contractual del Derecho Privado. Esto denota que la incorporación de las normas civiles y mercantiles es innegable hasta para la selección del tipo de contrato.

Respecto a la Unidad Administrativa Especial del Sistema de Parques Nacionales y Naturales, UAESPNN, encontramos que esta posee un manual específico de convenios. Acerca de dicho manual es necesario puntualizar que, para el presente estudio, no se incluyen las categorías “convenios de asociación”, “convenios cooperación”, ni “convenios interadministrativos”, en tanto que la regulación de estos escapa de la órbita del Estatuto de contratación estatal –toda vez que su regulación es independiente y sujeta a normas que no se encuentran contenidas en el Estatuto ni en sus decretos reglamentarios–.

¹⁶¹ Manual disponible y consultado en la Página web de la entidad: www.supertransporte.gov.co
Última fecha de consulta: noviembre de 2011.

Al respecto, el Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, mediante concepto No. 1710 de Febrero 23 de 2006, ponencia del Consejero Luis Fernando Álvarez Jaramillo, sostuvo: *“si bien esta norma constitucional – Artículo 355 – establece el marco normativo, las condiciones, características y régimen complementario, están contenidos en decretos reglamentarios –principalmente en los No 777 y 1404 de 1992 y 2459 de 1992–, que pueden calificarse de autónomos, en cuanto sólo están sometidos a la Constitución y no a la ley y, por tanto, sustraídos del alcance del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública (Art. 150 in fine), pues el constituyente tuvo a bien reservar a la competencia del gobierno la regulación de esta materia contractual, de manera que han de tenerse en cuenta los elementos que en aquellos se precisan (...)”*.

Frente a lo enunciado es consecuente que este manual de convenios no sea objeto de estudio, pues si bien en el normal desarrollo de las funciones específicas para esta UAE se encuentra la suscripción de convenios, el manual escapa de la regulación del Estatuto de contratación.

No obstante, es importante destacar que para esta entidad el régimen aplicable a la contratación es el Estatuto de Contratación; razón por la cual, el hecho de que la Unidad no posea un manual de contratación que desarrolle este régimen, no quiere decir que las demás contrataciones que se realicen para el cumplimiento de la necesidades de la entidad, no vayan a estar sujetas al Estatuto.

Sin embargo, vemos que en respuesta posterior se expresó *“que tanto en el Nivel Central como en las Direcciones Territoriales en las vigencias 2008 y 2009 se han*

*suscrito los siguientes nueve (9) contratos atípicos*¹⁶² de los cuales se identifican tres contratos a saber:

- Prestación de servicios Ecoturísticos Comunitarios.
- Contrato no asociativo.
- Contrato de préstamo y derecho de uso.

Lo enunciado ratifica los siguientes puntos: primero, el desarrollo de este principio en los contratos anteriormente mencionados; segundo, que dichos contratos están sujetos al Estatuto de contratación estatal; y tercero, que igualmente surgen de las necesidades y en desarrollo de las funciones de la entidad.

De las respuestas dadas por las entidades, es posible deducir que, si bien no existe mención específica de la aplicación de este principio, y de su calidad de instrumento creador de tipologías contractuales, las bases para los contratos atípicos estatales se encuentran en el mismo Estatuto de Contratación Estatal.

Retomando las observaciones realizadas a la UAESPNN sobre los convenios de cooperación, podemos subrayar que estas aplican a todas las entidades estatales y por su puesto para las que son objeto de estudio. Esto debido a que los Convenios de cooperación, asociación e interadministrativos, escapan de la regulación contenida en el Estatuto de Contratación Estatal, y surgen en desarrollo de la Carta Magna, tal como lo ha expresado el Consejo de Estado.

Esta falta de desarrollo específico y de respuestas de las entidades, denota el rechazo que existe en las mismas hacia el principio de la autonomía de la voluntad como herramienta para la creación de nuevas figuras contractuales; eso sí, sin

¹⁶² Respuesta suministrada por la Directora de vigilancia fiscal – Contraloría delegada para el Medio Ambiente de la Contraloría General de la República el 27 de mayo de 2010, mediante correo electrónico.

ánimo de generalizar, pues de las entidades seleccionadas, como ya vimos, la UAESPNN acepta abiertamente la incorporación del principio en los contratos ya mencionados.

3.2. Atipicidad de los contratos en las entidades del sector central nacional – superintendencias y unidades administrativas especiales sin personería jurídica

Una vez visto cómo el principio de la autonomía de la voluntad no se contempla generalmente como una realidad en las entidades estudiadas, es posible realizar un estudio en los diferentes portales de contratación con el fin de analizar si existen figuras que escapen de los tipos contractuales establecidos en el Estatuto de Contratación Estatal, y en las normas civiles y mercantiles a las cuales remite el mismo Estatuto.

Sin embargo, previo a este análisis, se tendrá en cuenta la respuesta de la UAESPNN sobre los contratos aludidos en el acápite anterior:

Unidad Administrativa Especial del Sistema de Parques Nacionales y Naturales – UAESPNN

a. Prestación de servicios Ecoturísticos Comunitarios¹⁶³.

Contrato así nominado por la Unidad Administrativa Especial y de común utilización, cuya finalidad específica va encaminada a *“que los ecoturistas nacionales y extranjeros disfruten además de las bellezas paisajísticas del*

¹⁶³ Respuesta Derecho de Petición con radicado No. 00106-816-001822 del 06 de diciembre de 2011, en el cual se enuncian los siguientes contratos atípicos:

- Prestación de servicios ecoturísticos – comunitarios

| NUMERO-AÑO | CONTRATISTA |
|------------|---|
| 001-2008 | EMPRESA COMUNITARIA NATIVOS ACTIVOS |
| 002-2008 | EMPRESA COMUNITARIA NATURA IGUAQUE |
| 003-2008 | CORPORACIÓN MANO CAMBIADA |
| 001-2009 | GRUPO ASOCIATIVO DE TRABAJO EN ECOTURISMO EL SANTUARIO |
| 002-2009 | ASOCIACIÓN DE PRESTADORES DE SERVICIOS ECOTURÍSTICOS DE GUICAN Y EL COCUY “ASOGUICOC” |
| 003-2009 | ASOCIACIÓN COMUNITARIA YARUMO BLANCO |

*Caribe colombiano, de servicios como alojamiento, alimentación autóctona, comercialización artesanal, contacto cultural, actividades prestadas por la comunidad (...)*¹⁶⁴.

Al respecto podemos anunciar que, una vez revisado el clausulado del contrato, es posible identificar las siguientes características:

1. Se celebra mediante la modalidad de selección de contratación directa.
2. Se nomina como prestación de servicios en razón a las actividades a ejecutar en desarrollo del objeto contractual.
3. De conformidad con el Decreto 216 de 2003, artículo 19, se dispone como función la de *proponer e implementar políticas*; función que es implementada en la Política para el Desarrollo del Ecoturismo en Colombia mediante el principio “*Aporte al Desarrollo Local*”, según el cual, “*las actividades ecoturísticas deben abrir espacios para que las comunidades regionales y locales se incorporen productivamente en los procesos de prestación de los servicios y en la conservación de los recursos naturales, de tal manera que los ingresos generados contribuyan a mejorar su calidad de vida y a ofrecer oportunidades a los actores de la región*”.
4. Los contratos se han celebrado con personas jurídicas que cumplen con las calidades descritas en la política para el Desarrollo del Ecoturismo.
5. Las actividades y obligaciones a ejecutar por el Contratista son:
 - Atención de los servicios de restaurante, cafetería y el suministro de alimentación.

¹⁶⁴ Informe de Gestión, Diciembre de 2008, Unidad Administrativa Especial del Sistema de Parques Nacionales.

- Servicio de guianza e implementación ambiental.
- Servicio de auditorio y eventos.
- Alquiler de equipos varios.
- Ecotienda.
- Prestación de servicios y actividades ecoturísticas que expresamente le sean autorizados al Contratista.
- Pagos de servicios públicos derivados de la prestación del servicio ecoturístico comunitario.
- Verificación cancelación previa de la tarifa de la prestación de servicios ecoturísticos a los usuarios.

6. Obligaciones de UAE:

- Mantenimiento correctivo de las instalaciones del bien objeto del contrato.
- Entrega de bienes muebles necesarios para la prestación del servicio ecoturístico.

7. El valor del contrato se establece como indeterminado, sin embargo, se pacta una remuneración mensual a la UAE por la suma equivalente al 10% del total de las utilidades que se perciban durante el mes inmediatamente anterior a aquel en el que deba efectuarse el desembolso.

8. El plazo establecido es por el término de diez (10) años.

9. En el contrato no se establecen las normas por las cuales se va a regir el mismo.

Antes de realizar el análisis del presente contrato es importante mencionar que la modalidad de selección acogida es la de contratación directa amparada bajo la causal de “*prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión, o*

para la ejecución de trabajos artísticos que sólo puedan encomendarse a determinadas personas naturales". La misma fue reglamentada por el artículo 82 del Decreto 2474 de 2008, que a su vez fue modificado por el Decreto 4266 del 2010.

De la mencionada norma es posible afirmar que no existía claridad en la causal de contratación directa de aquello que se entendía por *prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión*, y que hasta después del Decreto 4266 del 2010 es claro que se trata de aquellos servicios de naturaleza intelectual.

En razón a este análisis, la UAESPNN celebró hasta el año 2009 contratos de prestación de servicios ecoturísticos comunitarios; contratos celebrados con antelación a la expedición del Decreto 4266 de 2010, pues el entendido de la norma tenía un margen de acción de gran amplitud.

Ahora bien, habiendo señalado que los mencionados contratos –en el entendido de la normatividad anterior al año 2010–, se podían celebrar ante la ausencia de una prohibición expresa, nos concierne realizar el análisis del contrato con la finalidad de determinar su atipicidad.

Teniendo en cuenta las características enunciadas del contrato de prestación de servicios ecoturísticos comunitarios, podemos analizar que las particularidades que lo conforman son las del contrato de concesión.

Esta afirmación se sustenta en razón a que las actividades a ejecutar se concretan en el otorgamiento de la prestación del servicio público, que en este caso es ecoturístico, y también en la conservación total del bien destinado al servicio o uso público. Igualmente, se pacta una remuneración consistente en

la suma equivalente al 10% del total de las utilidades que se perciban durante el mes para la UAESPNN.

No obstante lo anterior, no menos cierto es que la UAESPNN, en desarrollo de la Política para el Desarrollo del Ecoturismo en Colombia debe *abrir espacios para que las comunidades regionales y locales se incorporen productivamente en los procesos de prestación de los servicios y en la conservación de los recursos naturales*, pero ante las razones ya expuestas, el contrato celebrado no se ajusta a un contrato de prestación de servicios sino a un contrato de concesión.

Si bien la UAESPNN lo cataloga como un contrato atípico, igualmente le da la calidad de típico al enmarcarlo dentro un contrato de prestación de servicios profesionales o de apoyo a la gestión reglamentado por el artículo 86 del Decreto 2474 de 2008.

Adviértase que, a pesar de lo expuesto, la entidad intenta ajustar sus necesidades –que en este caso es el cumplimiento de una Política que se implementa en desarrollo del Decreto 216 de 2003– a formas contractuales y modalidades de selección que escapan de aquellas contenidas en la normatividad vigente. Sin embargo, esta forma contractual, a nuestro parecer, no es idónea dado que, finalmente, termina ajustándose a una tipología contractual existente. Por otra parte, la modalidad de selección no le favorece para la concreción de su finalidad como entidad.

En últimas, del análisis realizado podemos concluir que se trata de un contrato de concesión y no de prestación de servicios, con una nominación propia dada por la UAE con el propósito de describir las actividades que tiene como objeto el contrato; un contrato que, tal y como se celebró, es típico, pues la regulación normativa está contemplada en las normas anteriormente mencionadas.

Así mismo, debemos resaltar que la tipificación del contrato para las necesidades de la entidad existe; sin embargo, la modalidad de selección para la implementación de la Política para el Desarrollo del Ecoturismo en Colombia, no se ajusta a las necesidades de la entidad.

b. Contrato no asociativo¹⁶⁵:

Se empezará por examinar las consideraciones previas y el clausulado contenido en el contrato no asociativo –así nominado por la Unidad Administrativa Especial del Sistema de Parques Nacionales y Naturales–.

De esta forma, es posible identificar las siguientes características en el contenido del contrato:

1. En las consideraciones previas del contrato, se manifiesta que se realiza en desarrollo del artículo 355 de la Constitución Política, reglamentado por el Decreto 777 de 1993.
2. Las obligaciones del contratista son:
 - Ejecutar las actividades acordadas en desarrollo en el Plan de manejo.

¹⁶⁵ Respuesta Derecho de Petición con radicado No. 00106-816-001822 del 06 de diciembre de 2011, en el cual se enuncian los siguientes contratos atípicos:

- Contratos no asociativos

| NUMERO-AÑO | CONTRATISTA |
|------------|---|
| 001-2008 | PATRIMONIO NATURAL FONDO PARA LA BIODIVERSIDAD Y LAS ÁREAS PROTEGIDAS |
| 001-2009 | PATRIMONIO NATURAL FONDO PARA LA BIODIVERSIDAD Y LAS ÁREAS PROTEGIDAS |
| 002-2009 | PATRIMONIO NATURAL FONDO PARA LA BIODIVERSIDAD Y LAS ÁREAS PROTEGIDAS |

- Utilizar única y exclusivamente los recursos objeto de la asignación del contrato únicamente para el cumplimiento del mismo.
- No incrementar el patrimonio de la Fundación sin ánimo de lucro con los recursos asignados, ni percibir ningún tipo de utilidad.

Teniendo en cuenta las obligaciones pactadas para el contratista y la normatividad que se incluye en las consideraciones del contrato, se puede inferir que estamos ante un contrato regulado por el Decreto 777 de 1992, que si bien escapa a la regulación contenida en el Estatuto de contratación estatal, tiene una reglamentación tipificada en el mencionado Decreto, lo que convierte este contrato en un contrato típico.

Al respecto, debemos mencionar que la nominación que le da la UAESPNN no se puede calificar como “extraña”, en la medida en que la norma no le da una nominación específica a este contrato; sin embargo, como en líneas anteriores se expresó, el Consejo de Estado lo ha nominado como “convenios de asociación” que las entidades Estatales pueden celebrar, y que no están sujetos a la regulación del Estatuto de Contratación Estatal, pues son actos que se realizan en desarrollo del artículo 355 de la Constitución Política.

En conclusión, se infiere de este análisis que no estamos ante un contrato atípico, pero que la entidad lo considera así, al darle una nominación de contrato no asociativo. No obstante, las características contenidas en el mismo son de un contrato regulado por el Decreto 777 de 1992, lo cual lo convierte en un contrato típico.

c. Préstamo y derecho de uso de bien inmueble¹⁶⁶:

Antes de realizar cualquier tipo de consideraciones respecto a la nominación del contrato, es menester resaltar que este contrato ha sido celebrado con una única ocasión en la UAESPNN.

Acto seguido, compete realizar una enunciación respecto a las características del contrato celebrado, así:

1. Objeto: “*Entrega y autorización expresa de constitución de mejoras transitorias con destinación específica sujetas al plazo de duración del contrato por parte del titular del Derecho de Dominio sobre el bien inmueble ubicado en el Parque Nacional Natural Tayrona (...) a título de préstamo y derecho de uso sobre el mismo (...)*”
2. Obligaciones por parte del contratista:
 - Entregar a favor de la UAESPNN a título de préstamo y derecho de uso y de manera gratuita el bien inmueble durante 5 años.
 - Garantizar el uso pleno del inmueble por parte de la UAESPNN, sin reservarse la facultad de pedir la restitución del inmueble prestado en cualquier tiempo.
 - Autorizar la demolición de la construcción habida en el terreno, sin derecho a reclamación y/o indemnización.
 - Autorizar la instalación de dos (2) cabañas durante el término inicial de 5 años, sin que se genere expensa alguna ni conservación ordinaria por parte del contratista, ni derecho de

¹⁶⁶ Respuesta Derecho de Petición con radicado No. 00106-816-001822 del 06 de diciembre de 2011, en el cual se enuncian los siguientes contratos atípicos:

- Préstamo y derecho de uso de bien inmueble

| NUMERO-AÑO | CONTRATISTA |
|------------|---------------------------|
| 001-2008 | GONZALO PERRY SANCLEMENTE |

accesión de mueble a inmueble en favor del titular de dominio del inmueble.

- Permitir que en sectores aledaños y dentro del inmueble se mantengan elementos que se requieran para el cumplimiento de las funciones; es decir todos los bienes muebles, semovientes equinos y guías caninos.
- Recibir el inmueble en el plazo estipulado en el contrato.

3. Obligaciones por parte de la UAE:

- Cuidar y mantener el bien inmueble en las condiciones recibidas.
- Restituir el bien inmueble objeto de préstamo de uso al finalizar el plazo pactado.
- Se obliga a la no retención del inmueble.
- Utilizar el inmueble solo para la destinación específica.

Resulta pues acertado deducir de las características que contiene el contrato, y desde su misma nominación, que nos encontramos ante un contrato de comodato o préstamo de uso regulado por las normas civiles, al contener todos los postulados para tipificarse en la norma.

Esta revisión hecha al contrato nos permite analizar que no estamos ante una figura contractual atípica –tal como lo expresó la UAESPNN– por ser un contrato típico en el derecho privado; además, si bien no está regulado por las normas del Estatuto de Contratación Estatal, este mismo remite a las normas civiles y mercantiles, dándole calidad al contrato de típico.

De los contratos analizados se concluye que la acepción que se tiene por parte de la Unidad Administrativa Especial del Sistema de Parques Nacionales y Naturales de contrato atípico, no es clara. Esto porque, tanto el contrato de préstamo de uso como el contrato no asociativo, son contratos típicos regulados por normatividad

que escapa de la contemplada en la Ley 80 de 1993, Ley 1150 de 2007, y demás normas reglamentarias.

En igual sentido encontramos que el contrato de prestación de servicios ecoturísticos comunitario, después del análisis realizado, contiene todos los postulados para ser un contrato de concesión, y que la modalidad de selección no fue afortunada para cumplir con las disposiciones de la política establecida. Finalmente, la nominación de “prestación de servicios ecoturísticos comunitario” no desnaturaliza su calidad típica de contrato de concesión regulado por la Ley 80 de 1993.

En este orden de ideas, encontramos que esta UAE aceptó abiertamente la configuración de nuevas formas contractuales. Sin embargo, realizado el análisis, no se implementó el principio de autonomía de la voluntad en armonía con lo dispuesto por el Estatuto de Contratación Estatal; es decir que la tipificación de los contratos no obedece exclusivamente a lo regulado por las normas específicas para la contratación estatal, sino también a todas aquellas que regulen formas contractuales establecidas como tipologías de contratos.

Hasta este punto hemos analizado la entidad que aceptó abiertamente la configuración de nuevas formas contractuales, razón por la cual, acto seguido, entraremos a estudiar las demás entidades que afirmaron la no realización de contrataciones que escapen a los contratos tipificados en la norma.

Superintendencia de Puertos y Transportes

Teniendo en cuenta que la respuesta de la Superintendencia fue negativa en torno a la celebración de contratos atípicos, se procedió a revisar el portal de contratación de la entidad, realizando una búsqueda que tuviera como finalidad

observar si los contratos celebrados contenían características que los alejaran de los tipos contractuales establecidos normativamente.

Frente al análisis realizado, se tomó como muestra los contratos celebrados a partir del primero (1) de enero de 2010 hasta la fecha; muestra frente a la cual fue posible identificar lo siguiente:

a. Contrato de Prestación de Servicios¹⁶⁷:

Iniciaremos por señalar que, si bien el contrato de prestación de servicios es un contrato típico regulado por la Ley 80 de 1993, será objeto de estudio teniendo en cuenta que existen aspectos de contratos celebrados por la entidad que apuntan a desnaturalizar la tipología contractual del mismo, los cuales serán señalados a continuación.

Como primer ejemplo, en el año 2010 se inició el proceso de selección abreviada por subasta inversa presencial No. 009, cuyo objeto es *“contratar el servicio de Outsourcing de fotocopiado y complementarios, que incluya el suministro de equipos, insumos, mantenimiento integral para los equipos y operarios, de tal manera que supla la necesidad del servicio de fotocopiado y complementarios de la entidad”*.

Las características, actividades y obligaciones que contiene el presente proceso de selección se enuncian así:

1. Dentro de las obligaciones y actividades que se solicitan al contratista se destacan las siguientes:

¹⁶⁷ Portal de contratación: www.contratos.gov.co . Última consulta realizada, Noviembre de 2011.

- Copiadoras: fotocopia a blanco y negro, volumen promedio mensual 120.000 documentos, mínimo 2 bandejas de papel con capacidad cada una de 500 hojas con tamaño de media carta, carta, oficio, doble carta.
- Suministros de *tonner*, revelador, papel tamaño carta y oficio 75 grs., dos operarios, servicio de fotoplanos y complementarios en forma permanente.
- Mantenimiento preventivo y correctivo de las fotocopiadoras, incluidos los repuestos requeridos, sin costo adicional.
- Permanencia de un operario por copiadora, debidamente uniformado, en el horario de la Supertransporte.

2. La modalidad de selección elegida fue la de subasta inversa presencial.

3. La mecánica para llevar a cabo el proceso de selección, en este caso la subasta inversa, se concretó solicitando la oferta económica a los proponentes en el valor de los insumos, para proveer el servicio que se entendería incluido en el valor de cada uno de elementos requeridos.

El contrato celebrado como resultado del proceso de selección fue el de prestación de servicios, a lo cual debemos hacer las siguientes consideraciones:

Ciertamente, el contrato de prestación de servicios se concibe para *desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad*, las cuales están relacionadas con su funcionamiento. No obstante, el factor determinante de este contrato es la tercerización de un servicio.

En este orden de ideas, no es posible afirmar que el contrato celebrado por la Superintendencia se catalogue como un simple contrato de prestación de

servicios, pues dadas sus características, apunta a una figura contractual no tipificada normativamente pero cuya nominación es la de contrato de *outsourcing*.

El contrato de *outsourcing* tiene como objeto reducir gastos directos, basado en una subcontratación o tercerización de servicios que no perjudican la actividad principal de la empresa¹⁶⁸; sin duda, en razón a esta finalidad del contrato, es posible identificar que el celebrado por la Superintendencia obedece a uno de *outsourcing*, y no a uno de prestación de servicios, tal y como lo menciona el objeto del proceso.

Una última observación está dirigida al objeto del contrato, el cual es servicio de fotocopiado incluidos los insumos que deben ser suministrados por el contratista. No obstante, la oferta económica del proceso de selección hecho por la Superintendencia de Puertos, está enfocada contrariamente a la adquisición de los insumos y a la solicitud de la inclusión del servicio. Es decir, el objeto del contrato no es acorde a lo solicitado en el proceso de selección.

Al respecto se observa que el objeto contractual no es acorde con la modalidad, y que finalmente, en la tipología contractual, se trata de resaltar el objeto, necesidad y finalidad de la entidad en la contratación. No obstante, como ya se analizó, la forma contractual seleccionada no se ajusta totalmente a las actividades, obligaciones y necesidades plasmadas en el contrato.

En relación a las apreciaciones que hemos realizado, sorprende comprobar que se prefiere adoptar y ajustar las necesidades a tipos contractuales preestablecidos, que optar por figuras atípicas que se ajusten a la perfección a los requerimientos que suplan estas necesidades y finalidades estatales.

¹⁶⁸ Rothery, Brian y Ian Robertson, “*Outsourcing*. La subcontratación” Editora Limusa, 2da edición, 1997.

Como segundo ejemplo, se evidencia un contrato de prestación de servicios que contiene las mismas características del contrato de *outsourcing*, cuyo objeto es el *servicio integral de aseo y cafetería que incluya el suministro de todos los insumos y la utilización de maquinarias requeridos para llevar a cabo el desarrollo efectivo de las actividades*¹⁶⁹; objeto que, junto con las actividades y obligaciones a ejecutar, apunta en igual sentido a una subcontratación de una actividad relacionada con el funcionamiento de la entidad.

Resulta relevante mencionar que la negativa de la entidad de celebrar contratos atípicos es acertada, dado que, efectivamente, se han realizado contrataciones típicas que no se reflejan en la realidad del contrato, ni en las obligaciones, ni en las actividades que suplen la necesidad de la entidad –pues tal y como estudiamos la tipificación del contrato, esta no resulta acertada al momento de analizar el contenido del mismo–.

Superintendencia del Subsidio Familiar

Teniendo en cuenta que la respuesta de la Superintendencia fue negativa en torno a la celebración de contratos atípicos, se procedió a revisar el portal de contratación de la entidad, tomando como muestra los contratos celebrados a partir del primero (1) de enero de 2010 hasta la fecha. Esto, con la finalidad de observar si los contratos celebrados contenían características que los alejaran de los tipos contractuales establecidos normativamente.

Frente a esta revisión, es posible identificar la inexistencia de contrataciones que se escapen de los tipos contractuales reglados por la normatividad; sin embargo se identifica una clara confusión con la nominación del contrato de suministro con

¹⁶⁹ Proceso de selección Abreviada por Subasta Inversa No. 003 de 2011, contrato celebrado: Contrato de prestación de servicios No. 60 de 2011.

el de compraventa, y de nuevo una equivocada nominación del contrato de prestación de servicios.

A continuación, se enuncian los casos descritos para esta entidad:

a. Contrato de suministro¹⁷⁰:

En atención a los contratos de suministro celebrados, encontramos que existe una mala tipificación de los contratos al asimilar un suministro a una adquisición; conducta que se reitera y se confunde en varias ocasiones.

Lo anterior denota un error común en la administración por la deficiente nominación y tipificación de los contratos, especialmente entre el contrato de suministro y el contrato de compraventa, dado que se suelen asimilarse el uno al otro.

b. Prestación de servicios¹⁷¹:

Iniciaremos por enunciar que en esta entidad se sigue el mismo patrón analizado en la Superintendencia de Transporte. Esto obedece a que, mediante el proceso de Selección Abreviada de Menor Cuantía No. 003 de 2010, se suscribió el contrato de prestación de servicios No. 054 de 2010,

¹⁷⁰ Proceso de selección Abreviada Subasta Inversa No. 008 de 2010, contrato celebrado: Contrato de suministro No. 113 de 2010 cuyo objeto es “*adquisición de 39 equipos de cómputo de escritorio y portátiles para la superintendencia de subsidio familiar*”. Proceso de mínima cuantía IP No. 027 de 2011, contrato celebrado: Contrato de suministro cuyo objeto es “*Adquisición de 150 gorras, 150 camisetas tipo polo y 24 chalecos tipo brigadista con logotipos de la entidad bordados para la superintendencia del subsidio familiar*”.

¹⁷¹ Proceso de selección Menor Cuantía No. 003 de 2010, contrato celebrado: Contrato de prestación de servicios No. 054 de 2010 cuyo objeto es “*servicio de aseo y mantenimiento y suministro de insumos en la sede de la superintendencia ubicada en la calle 45 a no. 9-46 de la ciudad de Bogotá D.C.*”.

cuyas obligaciones se identifican con la naturaleza del contrato de *outsourcing*.

Lo anterior se debe a que, teniendo en cuenta el objeto contractual – servicio de aseo y mantenimiento y suministro de insumos en la sede de la superintendencia ubicada en la calle 45 a no. 9-46 de la ciudad de Bogotá D.C.– y las obligaciones contractuales, la tercerización que caracteriza al contrato de *outsourcing* es clara. Ello porque se basa en una subcontratación de servicios que no perjudica la actividad principal de la entidad.

Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico – CRA

Teniendo en cuenta que la respuesta de la Comisión fue negativa en torno a la celebración de contratos atípicos, se procedió a revisar el portal de contratación de la entidad, realizando una búsqueda que tuviera como finalidad observar si los contratos celebrados contenían características que los alejaran de los tipos contractuales establecidos normativamente.

Frente al análisis realizado, se tomaron como muestra los contratos celebrados a partir del primero (1) de enero de 2010, hasta la fecha; muestra frente a la cual fue posible identificar lo siguiente:

a. *Contrato de Prestación de Servicios*¹⁷²:

Respecto a los contratos de prestación de servicios celebrados en la Comisión, es posible identificar el mismo patrón de acoplamiento en tipologías

¹⁷² Proceso de selección Abreviada No. 033 de 2010, contrato celebrado: Contrato de prestación de servicios No. 123 de 2010 cuyo objeto es “*prestar el servicio de aseo y cafetería*”. Proceso de selección Abreviada No. 007 de 2011, contrato celebrado: Contrato de prestación de servicios No. 63 de 2011 cuyo objeto es “*prestar el servicio de fotocopiado, anillado y velobind*”.

contractuales existentes, pues las características no se ajustan por completo al tipo elegido.

En este sentido, encontramos que los objetos de “servicio de fotocopiado” y “servicio de aseo y cafetería”, no se encuadran en el contrato de prestación de servicio pero sí en el de *outsourcing*, el cual contiene los postulados de tercerización que se identifican en los precitados contratos.

Igualmente, observamos que se celebró un contrato de prestación de servicios¹⁷³ cuyo objeto es “*contratar la compraventa de un (1) extintor y la recarga y mantenimiento de los extintores abc y solkaflam de propiedad de la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico (...)*”; contratación frente a la cual se procederá a enunciar las obligaciones y actividades:

1. Mantenimiento y recarga de 12 extintores.
2. Compra de un extintor.
3. Las obligaciones del contratista son:
 - Entregar en las instalaciones de la CRA los elementos objeto del presente contrato dentro de los términos y en las condiciones establecidas en éste documento, y según las instrucciones impartidas por el supervisor del contrato.
 - Vender un (1) extintor Solkaflam de 3.700 grs. con su soporte y señalización correspondiente.
 - Cumplir con todos los requerimientos para el perfeccionamiento y ejecución del contrato.

¹⁷³ Proceso de selección Abreviada No. 019 de 2010, contrato celebrado: Contrato de prestación de servicios No. 036 de 2010.

- Presentar la respectiva factura una vez cumplidas las obligaciones contractuales, para efectos del correspondiente pago.

De las obligaciones y de las actividades descritas, es posible inferir que no nos encontramos ante una prestación de servicios en su sentido estricto, pues adicional al mantenimiento, se realiza la compra de un extintor y la recarga de los ya existentes. Por tal motivo, no es dable afirmar que la tipología contractual elegida se acopla a la perfección, sino que por el contrario, nos encontramos ante una mixtura de tipologías contractuales, dado que no estamos ante un contrato de compraventa, ni ante uno de prestación de servicios puramente.

Esto se deduce de las obligaciones del contrato en las cuales se hace énfasis en la compra de los elementos. Sin embargo, no se realiza mención expresa del mantenimiento de los elementos ya existentes, que es la obligación que determina la tipología de prestación de servicios.

Es menester realizar estas puntualizaciones, pues nos llevan a concluir la falta de acoplamiento de tipologías contractuales que permitan la realización exacta de las necesidades de la entidad, y que de paso reflejan una configuración del contrato que no obedece a las disposiciones normativas que regulan el contrato de prestación de servicios.

En igual sentido, encontramos una tercera contratación¹⁷⁴ que agrupa las tipologías contractuales de compraventa y prestación de servicios, al

¹⁷⁴ Proceso de selección Abreviada No. 041 de 2010, contrato celebrado: Contrato de prestación de servicios No. 125 de 2010 cuyo objeto es “*Adquisición, adecuación e instalación de puestos de trabajo con divisiones, panalería en paño y vidrio, cajoneras, elementos de anclaje y el cableado estructurado de los mismo...*”

incorporarse en un mismo contrato la compra de puestos de trabajo con la adecuación e instalación de los mismos.

En razón a lo anterior, es posible afirmar que la mixtura de las tipologías contractuales es visible dadas las actividades que se pretenden ejecutar, y que teniendo en cuenta la naturaleza de la necesidad a satisfacer, no es predominante una tipología sobre la otra; esto hace que el contrato deba tomarse en un sentido incorporado de los tipos.

Comisión de Regulación de Comunicaciones – CRC

Respecto a esta entidad, se identifican como rasgos similares los mismos contratos de *outsourcing* nominados como “contrato de prestación de servicios”¹⁷⁵, y la mixtura de tipologías de contrato de compraventa con el de prestación de servicios, pero nominado como este último¹⁷⁶.

Sin embargo, es importante destacar que en el contrato de prestación de servicios que contiene características que lo identifican como contrato de *outsourcing*, se evidencia con más claridad esta errónea tipificación; ello debido a que una de sus obligaciones es clara muestra de la subcontratación, al disponer que “*la empresa contratista será el empleador directo y en consecuencia asumirá todas las responsabilidades de carácter laboral frente a los trabajadores*”.

¹⁷⁵ Proceso de selección Abreviada No. 009 de 2009, contrato celebrado: Contrato de prestación de servicios No. 068 de 2009 cuyo objeto es “... *prestar sus servicios para el manejo de personal temporal que preste los servicios de aseo y cafetería; mensajería, mantenimiento, atención del conmutador y labores de conducción, de tal manera que se suplan los requerimientos en la oportunidad y condiciones debidas y sea ésta la que se encargue de la selección, suministro y administración correspondientes*”.

¹⁷⁶ Proceso de selección Abreviada No. 007 de 2010, contrato celebrado: Contrato de prestación de servicios No. 051 de 2010 cuyo objeto es “*Suministro e instalación de la cortinería enrollable tipo solar screen de la nueva sede de la CRC, incluyendo la instalación de los soportes para el montaje...*”

Adicionalmente, encontramos la celebración de un contrato de arrendamiento¹⁷⁷ cuyo objeto es “(...) *prestar servicios de alojamiento, apoyo logístico y demás soportes necesarios para la realización del IV Foro Global de Líderes de la industria GLIF, el XI Simposio Mundial para Organismos Reguladores de Telecomunicaciones GSR y la visita de inspección de los delegados de la inspección de los delegados de la Unión Internacional de Telecomunicaciones UIT* (...)”; contrato –que dada la necesidad existente– contiene características que no le son exclusivas a un simple contrato de arrendamiento, dado que se incorpora la prestación de servicios para el desarrollo de las actividades contenidas en el objeto contractual.

Es así como reiteramos que el acoplamiento a tipologías contractuales preestablecidas en esta entidad, trae como consecuencia una errónea selección de tipos que se ajustan a las necesidades reflejadas, tanto en el objeto contractual como en las actividades y obligaciones contenidas en el contrato.

Museo Nacional de Colombia – Biblioteca Nacional

Al examinar los demás casos contractuales en las entidades precedidas encontramos que existen figuras contractuales que se separan del margen exacto para que sean catalogados como contratos típicos; sin embargo, al estudiar el Museo Nacional y a la Biblioteca Nacional, encontramos que, según la respuesta emitida por el Ministerio de Cultura –que es quien realiza la contratación de estas entidades– no han habido contrataciones que tengan características que se alejen de los tipos contractuales preestablecidos. Se trata de las únicas entidades que tienen claridad en los conceptos de contratación típica y atípica, y cuyas

¹⁷⁷ Proceso de selección Abreviada No. 041 de 2010, contrato celebrado: Contrato de prestación de servicios No. 125 de 2010 cuyo objeto es “*Adquisición, adecuación e instalación de puestos de trabajo con divisiones, panalería en paño y vidrio, cajoneras, elementos de anclaje y el cableado estructurado de los mismo...*”

necesidades se han suplido por tipos contractuales preestablecidos y regulados normativamente.

Tras este análisis realizado, podemos concluir que tanto la mixtura de tipologías contractuales como la confusión en la tipificación de los contratos, son comunes en las entidades seleccionadas; dicha confusión genera una indebida tipificación que se evidencia en el contenido del contrato celebrado.

3.3. Control fiscal y disciplinario ejercido sobre los contratos atípicos

A manera de cierre de este capítulo, creemos importante la inclusión de los entes que realizan el control de la contratación estatal, con el fin de que, por medio de consultas realizadas a los mismos, se incluya un análisis desde el punto de vista del control a la contratación atípica.

Ahora bien, teniendo en cuenta que los controles que sobresalen en las entidades son el disciplinario y el fiscal, entraremos a exponer las respuestas obtenidas al respecto en la Procuraduría General de la Nación y en la Contraloría General de la República. Estos entes tienen como objeto de control las entidades sujetas a nuestro estudio.

Siendo así, en la petición a los entes de control se tomó como factor determinante la existencia de algún tipo de información sobre contratación atípica, y su incidencia en la realización de auditorías en desarrollo de sus funciones de control.

Información frente a la cual la Procuraduría General de la Nación¹⁷⁸ expresa que, “*no cuenta con un sistema de información que centralice la clase de contratos que investiga en cada uno de los procesos disciplinarios adelantados por las procuradurías (...)*”, y que existen actuaciones que están sometidas a reserva por el artículo 95 del Código Disciplinario Único, de las cuales no será posible suministrar información.

Al analizar la respuesta de la Procuraduría, se entiende que los contratos atípicos no son un factor determinante en las funciones de control ejercidas, ni son objeto de análisis del mismo. Tampoco ha sido implementada la tipicidad en la búsqueda de contratos para que el funcionario sea sujeto disciplinable, pues se infiere que las faltas tipificadas en el Código Único Disciplinario van en consonancia con la permisión de configurar nuevas formas contractuales.

En segunda instancia, por parte de la Contraloría General de la República¹⁷⁹, se expresa que “*el ejercicio auditor a la contratación adelantada a las entidades sujeto de control... se basa esencialmente en el análisis de la legalidad de la misma, en tanto se sujete a las normas constitucionales y legales sobre la materia. La tipicidad o no de un contrato que se presume legal, no es materia de análisis particular (...)*”; respuesta que igualmente reitera que en este organismo de control no es objeto de análisis, ni objeto de responsabilidad fiscal, la celebración de contratación atípica por parte de las entidades, sino la legalidad de su celebración y contenido.

Los aspectos resaltados tienen como finalidad demostrar que la selección de la tipología contractual no es objeto de control ni disciplinario, ni fiscal, pues se indica

¹⁷⁸ Respuesta a Derecho de petición de información emitida por la Procuraduría General de la Nación, mediante radicado No. 1414 del 04 de Junio de 2010.

¹⁷⁹ Respuesta a Derecho de petición de información emitida por la Contraloría General de la República, mediante radicado No. 86111 del 20 de Mayo de 2010.

que el objeto de análisis será la legalidad que encierra el contrato en su celebración y su contenido. Dicha aseveración se reitera con la presente investigación, puesto que el principio de la autonomía de la voluntad es una disposición legal introducida como herramienta para la concreción y ajuste de las necesidades de las entidades.

CONCLUSIONES DEL CAPITULO

Es indudable que, de la aplicación del principio de autonomía de la voluntad consagrado en el Estatuto de Contratación Estatal, se desprende la configuración de nuevas formas contractuales, generándose así los llamados contratos atípicos. Dicha configuración es el punto de partida de esta investigación, cuya finalidad ha sido la aplicación de las nuevas formas contractuales en las entidades estatales que fueron objeto de estudio. Frente a estas entidades es posible señalar una falta de receptividad del principio como factor de adaptabilidad de formas contractuales a la medida.

Es así como estas afirmaciones pueden ser convalidadas al estudiar los manuales, reglamentos, parámetros o instructivos de contratación de las diferentes entidades consultadas, pues aquellas que poseen un manual de contratación, omiten una mención puntual del desarrollo que pueda darse del principio como configuración de contratos atípicos; aquellas entidades en las que no existe reglamentación alguna en contratación, opera el desarrollo directo que contempla el Estatuto de Contratación Estatal en el que, como es bien sabido, no existe mención alguna de la celebración de contratos atípicos.

No obstante, que no exista un desarrollo específico del principio, no significa una prohibición para que las entidades celebren contratos atípicos –a pesar de que las mismas lo interpretan como tal–, pues las respuestas de casi todas, exceptuando

la Unidad Administrativa del Sistema de Parques Nacionales y Naturales, son enfáticas en seguir los lineamientos y disposiciones de las normas que rigen la contratación estatal.

Esta interpretación de los operadores que aplican el Estatuto de Contratación, refleja la falta de utilización de mecanismos y herramientas que las mismas normas contractuales les brindan. El desuso de esta herramienta se traduce en un acoplamiento a tipos contractuales preestablecidos que no satisfacen del todo las necesidades que se plasman en el objeto contractual.

Sobre los contratos analizados en las entidades

Empezaremos por afirmar que, como rasgo general en las entidades objeto de estudio, existe una errónea tipificación de los contratos en dos eventos: el primero, en relación al acoplamiento de las necesidades a tipologías contractuales preestablecidas; y el segundo, en la no existencia de claridad en la identificación de figuras contractuales atípicas.

Evidencia del primer evento son los contratos celebrados que se nominan con un tipo contractual e incorporan características de otros contratos, convirtiéndose así en un rasgo común a todas las entidades; aquellos fueron los casos de prestación de servicios que incorporaban singularidades de otros contratos como el de compraventa.

Igualmente, observamos que la tipología de contrato de prestación de servicios se utiliza de manera genérica, dado que al existir la necesidad de satisfacer un servicio, dicha necesidad se identifica, sin lugar a duda, con la tipología contractual en mención. Esto sucede sin que se tengan en cuenta otras

características adicionales, y sin que sea posible enmarcar el servicio en los postulados de un contrato de prestación de servicios.

Es por este último evento que los contratos de *outsourcing* son considerados por las entidades como un contrato de prestación de servicios, que si bien contiene y lleva implícito el servicio, deja de ser tal en el momento que derivan sus características en una tercerización o subcontratación del servicio.

Debemos resaltar nuevamente que la falta de nominación de los contratos no solo se refleja en el ajustamiento a tipologías contractuales preestablecidas, pues igualmente se identifica una confusión de tipificación del contrato. Ejemplo de esto se evidencia en el de compraventa, que ha sido erróneamente llamado “contrato de suministro” por las entidades, lo cual nos lleva al escenario de nuestro segundo evento.

Esta confusión es un patrón reiterado de las entidades Superintendencia de Puertos y Transportes, Superintendencia del Subsidio Familiar, y la Comisión de Regulación de Comunicaciones, llevándonos a concluir que las entidades no tienen claridad respecto a los elementos constitutivos de los tipos contractuales ya establecidos, y por ende no dimensionan la importancia del contrato atípico.

No obstante lo anterior, y reiterando la falta de claridad de los tipos contractuales, tenemos como ejemplo desarrollado en esta investigación a la Unidad Administrativa Especial del Sistema de Parques Nacionales y Naturales. Si bien fue la única que afirmó la celebración de contratos atípicos, se evidenció que no tenía claridad respecto a aquello que se entendía por contrato típico; existiendo el contrato de comodato, lo catalogó como un contrato “atípico” al no estar tipificado en las normas que regulan la contratación estatal.

Así mismo, esta entidad catalogó como “atípicos” contratos a los cuales les asignó una nominación no existente, pero que una vez analizados, nos llevan a concluir que se trata de contratos típicos con una regulación específica. Dicha regulación fue inobservada en su contrato de prestación de servicios ecoturísticos comunitarios.

Anotaremos como punto adicional que, si bien la entidad manifiesta la existencia de contrataciones atípicas, el sustento normativo es el que regula el tipo contractual que se celebró, sin hacer ninguna mención al principio de la autonomía de voluntad como herramienta creadora de nuevas tipologías. Ello, sumado a las actividades y obligaciones, permite afirmar con certeza que se está ante un contrato típico.

Basándonos en las digresiones hasta aquí realizadas, concluiremos que existe incertidumbre por parte de las entidades consultadas sobre la incorporación y aplicación del principio de autonomía de la voluntad como herramienta creadora de tipos contractuales, en el sentido que, las entidades prefieren ajustarse a tipos preestablecidos con el fin de no realizar contrataciones atípicas.

Igualmente, la indebida nominación de los contratos es reflejo de la falta de claridad que hay sobre las tipologías contractuales, y del escaso interés que existe por una correcta búsqueda de tipos que se ajusten a las necesidades y finalidades de las entidades.

CONCLUSIONES

Antes de realizar un abordaje de las conclusiones generales de este trabajo de investigación, es importante resaltar que estas se enmarcarán dentro del ámbito objeto de este trabajo, es decir respecto de las entidades analizadas. Esto, debido a que tal y como se aludió en la introducción, la presente investigación hace parte de una línea de investigación de la cual ya fueron objeto de análisis las entidades del sector descentralizado de orden nacional, de las cuales se concluyen aspectos que difieren de los que serán presentados a continuación¹⁸⁰.

Al cabo del recorrido realizado en esta investigación, que sin duda alguna nos conduce a la aplicación del principio de la autonomía de la voluntad como herramienta de la contratación estatal atípica, podemos afirmar que no existe admisibilidad jurídica de estos contratos, pues las entidades estatales estudiadas demostraron una falta de acoplamiento del principio en sus procesos contractuales que requerían de celebración de contratos fuera de los tipos establecidos.

Igualmente, la creencia errónea de una pugna con el principio de legalidad se desvirtúa, tanto con el mismo principio de la autonomía de la voluntad, pues su consagración es legal –Ley 80 de 1993–, como en el estudio realizado a los entes de control. Esto, en razón a que, tal y como se expresó por parte de la Contraloría, la atipicidad de los contratos no es objeto auditable. Un contrato es auditable sólo

¹⁸⁰ JORGE RONDEROS BOTERO, Contratos atípicos de las entidades descentralizadas del orden nacional sujetas al estatuto de contratación administrativa, Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, Tesis de Maestría en Derecho Administrativo, 2011. De las conclusiones acotadas en el trabajo del investigador JORGE RONDEROS, es posible identificar dentro de las más destacables que difieren con la presente investigación las siguientes:

1. *“El contrato estatal atípico es una figura ampliamente utilizada en la gestión contractual de las entidades descentralizadas del orden nacional. En la práctica contractual se encontraron 99 contratos que fueron calificados como contratos atípicos puros o atípicos mixtos pese a que la mayoría de entidades públicas al ser consultadas en desarrollo de esta investigación señalaron no haber celebrado esta clase de contratos.”*
2. Se encuentra una diversidad clara de contratos atípicos en las entidades analizadas que tienen la vocación de encuadrarse en contratos atípicos puros, originales y mixtos.

si no hay sujeción a normas legales y constitucionales, situación que no ocurre en la configuración de contratos atípicos, pues su aplicación deriva de la consagración del principio de la autonomía de voluntad en la Ley 80 de 1993.

Estas afirmaciones concluyentes, derivadas del análisis realizado a partir de esta investigación, nos permiten desvirtuar parcialmente la hipótesis inicialmente planteada en el sentido que, tal y como se demostró, existe inadmisibilidad jurídica por parte de las entidades estatales. Esto soportado en las respuestas que enfáticamente argumentaban someterse a las normas de contratación y que por esta razón no celebraban contratos atípicos.

Se afirma parcialmente la hipótesis en el sentido que, fue posible demostrar que la celebración de contratos atípicos por medio de habilitación que trae el principio de la autonomía de la voluntad, no significa una pugna con el principio de legalidad, dado que la autonomía de la voluntad es de origen legal y los entes de control no lo toman como un factor de determinante en sus auditorías.

Para concluir, esta investigación gira en torno a la invitación de aplicar el principio de la autonomía de la voluntad en los procesos contractuales, con la finalidad de que se satisfagan en justa medida las necesidades plasmadas, y se cumplan cabalmente las finalidades estatales; esto, en razón a que las herramientas para que sea posible este objetivo se encuentran dispuestas normativamente en el Estatuto de Contratación Estatal.

Inquietudes surgidas con ocasión del desarrollo de esta tesis de grado

Una vez concluido el análisis realizado en este trabajo de investigación surgen dos inquietudes.

La primera se expresa en la falta de desarrollo, tanto doctrinal como jurisprudencial que existe en torno a la contratación atípica, pues esta se traduce en una inobservancia en la aplicabilidad del principio de la autonomía de la voluntad.

Es, ciertamente, una inquietud que se torna en preocupación por la falta de interés en la selección de la tipología contractual, la cual ha sido tomada a la ligera por las entidades. Esto nos lleva a preguntarnos qué tan conscientes son estas entidades de que la escogencia errónea de una tipología contractual –que no sea acorde a sus necesidades– se pueda convertir en un obstáculo para los fines estatales.

En segunda instancia conviene mencionar que la falta de desarrollo en materia de contratos atípicos, se expresa en una prohibición para las entidades en la aplicación del principio, llevándonos a formular como interrogante si existe la necesidad de reglamentar normativamente el principio con una claridad tal, que no exista confusión.

Este cuestionamiento se desprende de las anotaciones realizadas, pues nos atreveríamos a mencionar que la inaplicación del principio se torna en temor de dar una aplicación errónea que traiga consecuencias adversas y violatorias del principio de legalidad. No obstante, como ya se expresó en líneas anteriores, no existe tal violación, sino por el contrario, los dos principios van en consonancia.

BIBLIOGRAFÍA

1. Alterini, Alirio Aníbal y otros. Contratación contemporánea: Teoría General y principios, Lima y Bogotá, Palestra editores (Lima – Perú) y editorial Temis (Bogotá – Colombia), 2000.
2. Arenas Monsalve, Gerardo, El sistema de subsidio familiar en la seguridad social Colombiana, Vniversitas, Diciembre, número 106, ISSN 0041 – 9060, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 2003.
3. Arrubla Paucar, Jaime Alberto. Contratos mercantiles, sexta edición; tomo III, contratos atípicos; Bogotá, biblioteca jurídica DIKE, 2006.
4. Atehortúa Ríos, Carlos Alberto. Inhabilidades, control y responsabilidad en la contratación estatal, Bogotá, biblioteca jurídica, 1995.
5. Ballén, Rafael. Estructura del Estado, Bogotá, editorial librería Doctrina y Ley, 1997.
6. Ballesteros Garrido, José Antonio. Las condiciones generales de los contratos y el principio de la autonomía de la voluntad, editorial J.M. Bosch editor, Barcelona, 1999, 324 h. Trabajo de grado de tesis doctoral (Abogado).
7. Bautista Möller, Pedro José. Licitaciones, contratos y sanciones, Bogotá, ediciones doctrina y ley LTDA, 1999.

8. Benavidez, José Luís. El contrato estatal entre el derecho público y el derecho privado, segunda edición, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2004.
9. Benítez Maldonado, Eduardo Augusto, Normatividad del Subsidio Familiar, Superintendencia del Subsidio Familiar, Imprenta Nacional de Colombia, ISBN 978-958-99164-3-8, Bogotá.
10. Cámara de Comercio de Bogotá. Estudios de profundización en contratación estatal, Bogotá, ediciones Cámara de Comercio y Pontificia Universidad Javeriana, 1997.
11. Castro Ruiz, Marcela. Contratos atípicos en el derecho contemporáneo colombiano, Bogotá, ediciones Cámara de Comercio de Bogotá – Universidad de los andes – Uniempresarial, 2006.
12. Chuliá Vicent, Eduardo y Beltrán Alandete, Teresa. Aspectos jurídicos de los contratos atípicos, cuarta edición, volumen I, Barcelona, José María Bosch editor, 1999.
13. Dávila Vinuesa, Luís Guillermo. Régimen jurídico de la contratación estatal: Aproximación crítica a la ley de 1993, segunda edición, Bogotá, editorial Legis, 2003.
14. Dromi, Roberto. Licitación pública, segunda edición, Buenos Aires, ediciones Ciudad Argentina, 1995.

15. Dromi, Roberto. Derecho Administrativo, décima edición, Buenos Aires - Madrid, ediciones Ciudad Argentina, 2004.
16. Expósito Vélez, Juan Carlos. La configuración del contrato de la administración pública en derecho colombiano y español: Análisis de la selección de los contratistas, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003.
17. Escobar Gil, Rodrigo. Teoría general de los contratos de la Administración Pública, Bogotá, editorial Legis, 1999.
18. Franco Gutiérrez, Omar. La contratación administrativa: Comentarios a la ley 80 de 1993 y sus decretos reglamentarios, cuarta edición, Bogotá, ediciones jurídicas Gustavo Ibáñez, 2000.
19. Garrido, Roque Fortunato y Zago, Jorge Alberto. Contratos Civiles y Comerciales, segunda edición, tomo I, parte general, Ciudad de Buenos Aires, editorial universidad, 2002.
20. García González, Jorge. Nuevo régimen contratación administrativa, segunda edición, Medellín, biblioteca jurídica DIKE, 1994.
21. Grillo Rubiano, Fernando y otros. Estructura del estado colombiano, Bogotá, Oficina de comunicaciones, SENA-Dirección General, 2006.
22. Herrera Barbosa, Benjamín. Contratos públicos actualizado con el decreto 2170 de 2002, Bogotá, ediciones jurídicas Gustavo Ibáñez, 2004.

23. Hormiga C., María Cristina y otros. Nuevo estatuto de contratación estatal: Estudio de la ley 80 de 1993, sus decretos reglamentarios, doctrina y jurisprudencia, Bogotá, ediciones doctrina y ley, 1996.
24. Ibáñez Najjar, Jorge Enrique. Las funciones públicas y la estructura de Estado para cumplirlas, Bogotá, editorial justicia y desarrollo sostenible, 2006.
25. Larroumet, Christian. Teoría general del contrato, reimpresión, volumen I, Bogotá, editorial Temis, 1999.
26. Lorenzetti, Ricardo Luís. Tratado de los contratos: Parte general, Buenos Aires, editorial Rubinzal – Culzoni editores, 2004.
27. Matilla Espinosa, Fabricio y Ternera Barrios, Francisco. Los contratos en el derecho privado, Bogotá, Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, 2007.
28. Matallana Camacho, Ernesto. Manual de contratación de la administración pública ley 80 de 1993, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2005.
29. Naranjo Flores, Carlos Eduardo y otros. Estatuto general de contratación de la administración pública, Bogotá, editorial LEGIS, 2006.
30. Narváez García, José Ignacio. Derecho mercantil colombiano, segunda edición, volumen V, obligaciones y contratos mercantiles, Bogotá, editorial LEGIS, 2002.

31. Osorio Moreno, Néstor David. Autonomía de la voluntad en la contratación estatal: La naturaleza y configuración de los contratos atípicos en la actuación contractual de la administración. Bogotá, 2007, 124 h. Trabajo de grado (Abogado). Universidad Externado de Colombia, Facultad de derecho.
32. Ospina Fernández, Guillermo y otro. Teoría general del contrato y del negocio jurídico, séptima edición, Bogotá, editorial Temis, 2005.
33. Palacio Hincapié, Juan Ángel. La contratación de las entidades estatales. Cuarta edición, Medellín, librería jurídica Sánchez R. LTDA, 2003.
34. Parra Gutiérrez, William René. Los Contratos Estatales: jurisprudencia – doctrina – comentarios – legislación, tercera edición, Bogotá, ediciones librería del profesional, 1998.
35. Penagos, Gustavo. Derecho administrativo: Parte general, segunda edición, Bogotá, ediciones librería del profesional, 2000.
36. Pino Ricci, Jorge. El régimen jurídico de los contratos estatales, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2005.
37. Quintero Múnera, Andrés y otro. Los contratos del Estado en la ley 80 de 1993, Bogotá, editorial TEMIS, 1995.
38. Rezzónico, Juan Carlos. Principios fundamentales de los contratos: Autodeterminación. Autonomía privada. Libertad contractual. Fuerza obligatoria. Forma. Consensualismo. Equidad. Justicia y equivalencia de las

prestaciones. Confianza. Seguridad. Buena fe., Ciudad de Buenos Aires, editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 1999.

39. Riveros Serrato, Héctor y otros. Régimen de contratación estatal, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1996.
40. Rico Puerta, Luís Alonso. Teoría general y práctica de la contratación estatal: Concordada con las leyes 446 y 489 de 1998 y el decreto 1818 de 1998, Bogotá, grupo editorial LEYER, 2000.
41. Rodríguez R., Gustavo Humberto. Nuevos Contratos Estatales: Comentarios a la ley 80 de 1993 con doctrinas y jurisprudencias, Bogotá, editorial jurídicas wilches, 1994.
42. Rodríguez R., Libardo. Derecho administrativo: General y colombiano, decimocuarta edición, Bogotá, editorial TEMIS, 2005.
43. Rodríguez R., Libardo. Estructura del poder público en Colombia, novena edición, Bogotá, editorial TEMIS, 2004.
44. Solarte Maya, Felipe. Contratos estatales atípicos. Bogotá, editorial ediciones nueva jurídica, 2008.
45. Suescún Melo, Jorge. La aplicación del postulado de la autonomía de la voluntad en la contratación de las entidades estatales. En: Revista de derecho privado, Volumen IX (junio de 1995).

46. Vidal Perdomo, Jaime. Derecho administrativo, decimosegunda edición, Bogotá, editorial LEGIS, 2005.

47. Vidal Perdomo, Jaime, y otros. Teoría de la organización administrativa colombiana, una visión jurídico-administrativa, Bogotá, Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, 2005.

JURISPRUDENCIA – Consejo de Estado

48. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, sección tercera, Auto del 5 de abril de 2001, expediente 16953.

49. Consejo de Estado, sala de lo contencioso administrativo, sección tercera, expediente 14651, del 21 de abril de 2004, M.P. RAMIRO SAAVEDRA BECERRA.

50. Consejo de Estado, sala de lo contencioso administrativo, sección tercera, expediente AP. 02739, del 31 de marzo de 2005, M.P. ALIER EDUARDO HERNANDEZ ENRIQUEZ.

51. Consejo de Estado, sala de lo contencioso administrativo, sección tercera, expediente 14579, del 20 de octubre de 2005, M.P. GERMAN RODRIGUEZ VILLAMIZAR.

52. Consejo de Estado, sala de lo contencioso administrativo, sección tercera, expediente 30832, del 30 de noviembre de 2006, M.P. ALIER EDUARDO HERNANDEZ ENRIQUEZ.

JURISPRUDENCIA – Corte Constitucional

53. Corte Constitucional, sentencia de constitucionalidad C-154 del 19 de marzo de 1997 M.P. HERNANDO HERRERA VERGARA.
54. Corte Constitucional, sentencia de constitucionalidad C-949 del 5 de septiembre de 2001, M.P. CLARA INES VARGAS HERNANDEZ.

MANUALES DE CONTRATACIÓN

55. Superintendencia de Puertos y Transportes: Manual disponible y consultado en la Página web de la entidad: www.supertransporte.gov.co. Última fecha de consulta: noviembre de 2011.
56. Superintendencia del Subsidio Familiar: Manual disponible y consultado en medio físico, remitido por la Superintendencia mediante respuesta a derecho de petición mediante oficio de radicado No. 1285 del 01 de marzo de 2010.
57. Unidad Administrativa Especial del Sistema de Parques Nacionales y Naturales: Manual consultado en medio digital, remitido por la Subdirección Administrativa y Financiera de la entidad mediante oficio No.00-106-816-001822 del 6 de diciembre de 2011. Página web de la entidad: www.parquesnacionales.gov.co. Última fecha de consulta: noviembre de 2011.
58. Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico – CRA: Manual disponible en internet, según respuesta de la Subdirección Administrativa y Financiera mediante oficio No.20103410034021 del 26 de

abril de 2010. Página web de la entidad: www.cra.gov.co. Última fecha de consulta: noviembre de 2011.

59. Museo Nacional de Colombia – Biblioteca Nacional: Proyecto de Manual disponible en medio digital remitido vía correo electrónico por la Coordinación del Grupo de contratos y convenios del Ministerio de Cultura como soporte del oficio remitido No. GC 305 1668 2010 del 11 de octubre de 2010. Página web de la entidad: www.mincultura.gov.co. Última fecha de consulta: noviembre de 2011.

NORMATIVIDAD

60. Constitución Política de Colombia.

61. Ley 80 de 1993, Diario Oficial No. 41.094 del 28 de octubre de 1993.

62. Ley 1150 de 2007, Diario Oficial No. 46.691 del 16 de julio de 2007.

63. Ley 1474 de 2011, Diario Oficial No.48.128 del 12 de julio de 2011.

64. Decreto 2474 de julio 7 de 2008, por el cual se reglamentan parcialmente la Ley 80 de 1993 y la Ley 1150 de 2007 sobre las modalidades de selección, publicidad, selección objetiva, y se dictan otras disposiciones. Diario Oficial No. 47.043 del 7 de julio de 2008.

PÁGINAS WEB

65. <http://www.supertransportes.gov.co>

66. <http://www.parquesnacionales.gov.co>

67. <http://www.cra.gov.co>

68. <http://www.creg.gov.co>

69. <http://www.crcom.gov.co>

70. <http://www.bibliotecanacional.gov.co>

71. <http://www.museonacional.gov.co>

72. <http://www.mincultura.gov.co>