

**CONTRATOS ATÍPICOS DE LAS ENTIDADES DESCENTRALIZADAS DEL
ORDEN NACIONAL SOMETIDAS AL ESTATUTO GENERAL DE
CONTRATACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA.**

JORGE ARTURO RONDEROS BOTERO

DIRECTOR:

MANUEL ALBERTO RESTREPO MEDINA

UNIVERSIDAD COLEGIO MAYOR DE NUESTRA SEÑORA DEL ROSARIO

FACULTA DE JURISPRUDENCIA

MAESTRIA EN DERECHO ADMINISTRATIVO

2011

CONTENIDO

1	INTRODUCCIÓN.....	3
2	AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD	8
2.1	Autonomía de la Voluntad como Principio General de Derecho.	8
2.2	Autonomía de la Voluntad como Fuente de Derecho.....	12
2.3	Autonomía de la Voluntad como Fundamento del Ordenamiento Económico.....	19
2.4	Autonomía de la Voluntad como Libertad Contractual o Autonomía Contractual. ...	22
2.5	Autonomía de la Voluntad en el Derecho Administrativo.	24
3	CONTRATO ESTATAL ATÍPICO.....	29
3.1	Definición de Contrato Estatal Atípico.....	30
3.2	Calificación del Contrato Estatal Atípico.	33
3.3	Clasificación del Contrato Estatal Atípico.	38
3.4	La Problemática de los Contratos Atípicos.	39
3.4.1	Admisibilidad del Contrato Estatal Atípico.....	40
3.4.2	Integración del Contrato Estatal Atípico.	43
3.4.3	Problemas del Contrato Estatal Atípico.....	49
4	ANÁLISIS CONTRATOS ATÍPICOS.....	55
4.1	Entidades Objeto de la Investigación.....	55
4.2	Análisis de los Contratos.	60
4.2.1	Contratos Atípicos Puros.	63
4.2.1.1	Contratos Estatales Atípicos como Contratos Tipo.....	64
4.2.1.2	Contratos Interadministrativos Atípicos Puros.	70
4.2.1.3	Contratos Atípicos Puros que tienen una Denominación Especial.....	73
4.2.1.3.1	Contrato Atípico - DIAN	74
4.2.1.3.2	Contrato de Aporte.	75
4.2.2	Contratos Atípicos Mixtos.	77
4.2.2.1	Contratos Atípicos Mixtos Calificados como Contratos Tipo.....	78
4.2.2.1.1	Contratos Atípicos Mixtos Calificados por las Entidades como de Prestación de Servicios.....	82
4.2.2.1.2	Contratos Atípicos Mixtos Calificados por las Entidades como de Compraventa.	83
4.2.2.2	Contratos Interadministrativos Atípicos Mixtos:	86

5	CONCLUSIONES.....	87
6	BIBLIOGRAFÍA.....	91

ÍNDICE DE GRÁFICAS (Fuente Propia)

•	Contratos atípicos puros calificados por las entidades como contratos tipo	67
•	Tratamiento de las Garantías en los contratos atípicos puros calificados como contratos tipo.....	68
•	Procedimientos de Selección - contratos atípicos puros calificados como contratos tipo ..	69
•	Cláusulas de Garantías en los contratos atípicos puros calificados como un contrato tipo	70
•	Cláusulas exorbitantes en los contratos interadministrativos atípicos puros	73
•	Garantías en los contratos Interadministrativos Atípicos Puros.....	73
•	Cláusulas de los contratos atípicos puros que tienen una denominación especial	74
•	Contratos atípicos mixtos tipificados como un contrato tipo	79
•	Garantías de los contratos atípicos mixtos calificados como contratos tipo	80
•	Procedimientos de selección de los contratos atípicos mixtos calificados como contratos tipo.....	81
•	Cláusulas contratos atípicos mixtos calificados como contratos tipo	82

ANEXOS.

- Anexo 1A Matriz Contratos atípicos puros
- Anexo 1B Matriz Contratos atípicos mixtos
- Anexo 2A Tipo de contrato y garantías – Contratos atípicos puros
- Anexo 2B Tipo de contrato y garantías – Contratos atípicos mixtos
- Anexo 3A Procedimientos de selección – Contratos atípicos puros
- Anexo 3B Procedimientos de selección – Contratos atípicos mixtos
- Anexo 4A Cláusulas del contrato – Contratos atípicos puros.
- Anexo 4B Cláusulas del contrato – Contratos atípicos mixtos.
- CD con los contratos atípicos relacionados en las Matrices 1A y 1B.

1 INTRODUCCIÓN

A raíz de los cambios económicos, políticos y sociales en el panorama mundial y sus efectos en la administración pública, el legislador nacional a inicios de la década de los noventa vio la necesidad de adecuar el estatuto contractual a las exigencias de un nuevo paradigma de gestión pública con fundamento en los principios de eficiencia y eficacia.¹

Esta tendencia permitió que en la ley 80 de 1993 se eliminara la distinción entre los contratos de derecho público y los contratos de derecho privado de la administración unificando estas categorías bajo el género común de contratos estatales, fundamentado en el postulado de la autonomía de la voluntad.²

Así con un nuevo paradigma de gestión pública y la autonomía de la voluntad como fundamento de la actividad contractual de las entidades públicas se otorgó mayor discrecionalidad a las entidades contratantes en el diseño de sus relaciones contractuales³ (tanto con particulares como con entidades públicas) dando como resultado la creación de una gran variedad de contratos que responden a las necesidades sociales y al rápido cambio de las relaciones económicas que existen hoy en día.⁴

¹ José Luis Benavides. *El contrato estatal entre el derecho público y el derecho privado*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2002 Pág. 35-36

² Corte Constitucional Sentencia C 230 de 1995. M.P. Antonio Barrera Carbonell “*El Estatuto elimina la distinción entre contratos privados y contratos administrativos y la dualidad de jurisdicciones para conocer de las controversias contractuales e introduce la figura del contrato estatal, la cual le da una fisonomía clara y precisa al contrato de la administración, a su régimen jurídico y rescata para el Estado el principio de la autonomía de la voluntad, dentro de ciertos límites, pilar básico de la libertad contractual propia de las relaciones entre particulares*”

³ Escobar Gil, Rodrigo. *Teoría general de los contratos de la administración pública*. Editorial Legis, 1998. Pág. 65 “*para el logro de los cometidos estatales el ordenamiento positivo reconoce a favor de la administración Pública, el postulado de la autonomía de la voluntad, como se establece en el artículo 32 de la ley 80 de 1993 que se traduce en la posibilidad concreta de celebrar los contratos que sean convenientes para la comunidad*”

⁴ Suescún Melo, Jorge. *Derecho Privado: estudios de derecho civil y comercial contemporáneo*. Tomo II Editorial Legis S.A., Bogotá 2003 Pág. 27 y ss. De esta manera y como bien lo entiende el autor es preciso señalar que la autonomía de la voluntad es uno de los pilares fundamentales del derecho privado y en especial para el diseño de relaciones jurídicas, esta autonomía en materia contractual, que para algunos es libertad contractual para otros autonomía contractual, le otorga la potestad a las partes para la toma de decisiones referentes a: la elección de contratar o no, de escoger la persona del

En efecto, el legislador en el artículo 32 de la ley 80 de 1993⁵ facultó a las entidades públicas para concluir o celebrar los contratos enunciados en la misma norma, en la legislación privada o en leyes especiales, así como para celebrar los llamados contratos atípicos y a apartarse así de las figuras contractuales creadas por la ley.⁶

Respecto de los contratos estatales, el contrato estatal atípico ha sido la figura que menos ha tratado la doctrina y la jurisprudencia a pesar de que ha sido ampliamente utilizada por las entidades públicas contratantes. Es por ello que se justifica realizar un estudio para encontrar aquellos contratos atípicos estatales en la práctica, realizar un análisis sobre su contenido y así obtener conclusiones sobre la contratación atípica de las entidades descentralizadas del orden nacional.

Para esta labor es necesario conocer el alcance de la autonomía de la voluntad, especialmente en la contratación estatal a partir de su consagración por la ley 80 de 1993 como el fundamento legal que habilita a las entidades contratantes a incluir los contratos atípicos en su gestión contractual; los criterios para la

contratante, el tipo de contrato y su régimen aplicable encontrando su limitación en las normas imperativas, el orden público, la moral, las buenas costumbres y el principio de solidaridad

⁵Colombia, Congreso de la República, Ley 80 de 1993:

Artículo 32. Definición de contrato estatal:

“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, así como los que, a título enunciativo, se definen a continuación”

Artículo 13. Sobre la aplicación de normas del derecho privado:

“ Los contratos que celebren las entidades a que se refiere el artículo 2o. del presente estatuto se regirán por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, salvo en las materias particularmente reguladas en esta ley.”

Artículo 40. Sobre las estipulaciones contractuales:

“Las estipulaciones de los contratos serán las que de acuerdo con las normas civiles, comerciales y las previstas en esta ley, correspondan a su esencia y naturaleza. Las entidades podrán celebrar los contratos y acuerdos que permitan la autonomía de la voluntad y requieran el cumplimiento de los fines estatales. En los contratos que celebren las entidades estatales 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 esta ley y a los de la buena administración.

⁶ Benavides, José Luis. *El contrato estatal entre el derecho público y el derecho privado*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2002.

identificación y calificación de los contratos atípicos que se aplican por la Jurisprudencia Contencioso Administrativa al reconocer al contrato estatal como una modulación de la categoría general de contrato (artículo 13 ley 80 de 1993); identificar los problemas que el contrato atípico respecto a su admisibilidad, integración, calificación y el estudio de la problemática propia del contrato de derecho administrativo en la aplicación de límites en el ejercicio de la autonomía de la voluntad.

El presente trabajo se desarrollará de la siguiente manera:

En la primera parte presentaremos el desarrollo del postulado de la autonomía de la voluntad como concepto que no sólo está presente en el derecho contractual, sino que es un principio de derecho ilustrador de nuestro sistema jurídico al hacer referencia al individuo como uno de los pilares de la sociedad y que toma un especial redimensionamiento cuando se aplica a la administración pública como espacio de autodeterminación y por tanto de discrecionalidad.

En la segunda parte se hará una presentación del contrato atípico con fundamento en la autonomía de la voluntad y cómo se perfila como un instrumento de gestión administrativa como respuesta al avance de los mercados en proveer nuevas formas de satisfacer las necesidades de la administración pública, tanto en sus relaciones con los particulares como con el resto de la administración. De esta manera, se presentarán los problemas que conlleva el contrato atípico estatal para las partes que celebran el contrato, así como para aquellos operadores jurídicos – Jueces o Árbitros – en su calificación e integración, problemas que comparte con los contratos de derecho privado y cómo la solución está lejos de ser unívoca en cuanto a la manera de llenar los vacíos dejados por las partes en estos contratos.

En la tercera parte se realizará la presentación de los contratos atípicos utilizados por la administración pública del sector descentralizado nacional. Para efectos metodológicos se han escogido solo los establecimiento públicos, unidades administrativas especiales con personería jurídica y superintendencias con personería jurídica, excluyendo las sociedades de economía mixta, empresas

industriales y comerciales del Estado y otras entidades con naturaleza jurídica especial ya que el grueso de su contratación no se regula por el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública contenido en las leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007 y sus decretos reglamentarios.

Respecto a la metodología utilizada para la elaboración de esta investigación, las dos primeras partes son una presentación teórica del postulado de la autonomía de la voluntad y del contrato atípico a través de un método deductivo con base en el ordenamiento jurídico vigente, la jurisprudencia y la doctrina.

Sobre el estudio de los contratos atípicos en su mayoría se utilizarán la doctrina contractual de derecho privado y los pronunciamientos del Consejo de Estado, en la medida que no existe un amplio desarrollo bibliográfico sobre el tema; lo que se ha encontrado referente a los autores nacionales han sido algunos estudios específicos sobre contratos estatales atípicos,⁷ y de resto breves referencias al desarrollo del principio de la autonomía de la voluntad en la ley 80 de 1993 y referencias hacia una tendencia privatista del estatuto contractual que se refleja en la posibilidad del uso de figuras típicas o atípicas para celebrar los distintos contratos pero sin profundizar en esta figura como sucede en la mayoría de los autores sobre contratación estatal que abordan el tema de manera general.

En la tercera parte de este estudio se establecerá el universo de entidades estatales objeto del estudio, y se utilizará un método descriptivo – inductivo para el análisis de los contratos celebrados por la Administración.

La recopilación de la información se adelantó teniendo en cuenta los datos suministrados por las entidades descentralizadas del orden nacional consultadas mediante derecho de petición sobre la información de contratos atípicos que consideran han celebrado, de las cuales solo cuatro (4) entidades dieron respuesta afirmativa (DIAN, SENA, ICBF y Dirección Nacional de Derechos de

⁷ Sobre el tema específico de los contratos estatales atípicos solo hemos encontrado dos estudios que se refieren al mismo, estos son: Amaya, Felipe Solarte. *Contratos estatales atípicos*. Ediciones Nueva Jurídica, Bogotá, 2008 y Osorio Moreno, Néstor David. *Autonomía de la voluntad y Joint Venture en la contratación estatal*. Grupo Editorial Ibáñez, Bogotá, 2009.

Autor). Así mismo, la recopilación de la información se realizó mediante la búsqueda en el Portal Único de Contratación (PUC), teniendo como criterio los contratos celebrados desde enero de 2010 a mayo de 2011 y que ostentan la calificación de “celebrado”, labor que arrojó la mayoría de contratos atípicos que se analizan en este trabajo.

En algunas entidades la falta de actualización de la información en el PUC no hizo posible obtener más contratos para su análisis, pues a pesar de que el objeto del proceso contractual se consideró como atípico no se había publicado el contrato en el portal. Sin embargo, una base de datos de 113 contratos permite realizar un análisis sobre las figuras atípicas que esperamos sea útil para entender el amplio uso de esta figura en la práctica de las administraciones públicas.

Si alguien revisa la información del PUC o en las entidades de seguro encontrará más contratos atípicos o en algunos casos discutirá que se haya integrado a este trabajo cierto contrato en especial; la verdad es que esta es una materia difícil, la de determinar si un contrato es atípico o no, especialmente en los contratos atípicos mixtos, pero esperamos que con este trabajo la comunidad académica y los operadores en el ejercicio práctico de la contratación estatal cuenten con mayores criterios para determinar la verdadera naturaleza jurídica de los contratos que están celebrando, más aún, cuando nuevos avances tecnológicos y los cambios sociales exigen nuevas formas de contratación que no están contempladas en nuestro ordenamiento jurídico positivo y por ello demandan un mayor conocimiento sobre la figura del contrato estatal atípico.

2 AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD

Como comentario introductorio es necesario señalar que el término autonomía de la voluntad es un término equívoco; de la lectura de la doctrina civil y administrativa así como de los pronunciamientos judiciales se advierte que se utiliza indistintamente en varios sentidos. Esta condición conlleva en la práctica la dificultad de entender cuál es el alcance que se le está dando en cada uno de los textos jurídicos, y en especial cómo se aplicarían para el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública como fundamento de los contratos atípicos estatales. Por lo cual, en este capítulo se presentarán las diversas definiciones que sobre este postulado se encontraron en la doctrina⁸ durante el desarrollo de esta investigación, y así emprender el estudio de la autonomía de la voluntad como sustento de la actividad contractual de la administración pública en general y del contrato atípico estatal en especial.

A continuación se abordarán los siguientes aspectos: **I)** autonomía de la voluntad como principio general de derecho; **II)** autonomía de la voluntad como fuente de derecho; **III)** autonomía de la voluntad como fundamento del ordenamiento económico; **IV)** autonomía de la voluntad como libertad o autonomía contractual y **V)** autonomía de la voluntad en el derecho administrativo.

2.1 Autonomía de la Voluntad como Principio General de Derecho.

La doctrina civilista llama la atención sobre el postulado de la autonomía de la voluntad como aquel fundamento sobre el cual descansa el ordenamiento jurídico, lo cual, por un lado, resalta la condición del ser humano como individuo poseedor de derechos que le permiten modificar su situación frente a su entorno y frente a los demás, y al mismo tiempo, por el otro, al ser humano en su condición social que supone la presencia o intervención del ordenamiento jurídico para imponer límites o conducir su conducta individual.

⁸ La doctrina que aquí se menciona son principalmente los autores señalados en la bibliografía de este trabajo y que se citarán a lo largo de este capítulo.

Señala la doctrina a través de un recorrido histórico del derecho que los más diversos ordenamientos jurídicos han reconocido, aún desde la antigüedad, capacidad al individuo para regular ciertos aspectos propios de su vida⁹. A manera de ejemplo la doctrina civil recurre al derecho romano¹⁰ en aquellas figuras en las cuales la práctica revela una consagración de autonomía del individuo, a la influencia de los autores de derecho canónico como aquellos que inicialmente estudiaron el principio de la autonomía de la voluntad con un efecto de moralización del derecho en cuya virtud la palabra dicha debería ser respetada por las partes, y por último, en el derecho moderno bajo una concepción racionalista del individuo quien tiene la capacidad de elegir o escoger su proyecto de vida.

Sobre la importancia de la autonomía de la voluntad como principio de derecho Carlos Sesarego en mención a Federico de Castro:

“Como apunta Federico de CASTRO Y BRAVO, la “autonomía privada, con o sin el título de negocio jurídico, es uno de los granes tópicos del Derecho, ineludible en cualquier ordenamiento jurídico”. Dicho principio es, nada menos, que el núcleo mismo generador de las relaciones jurídicas. Sin libertad y sin voluntad son ellas inimaginables, inconcebibles. De ahí la importancia del tema y el interés que demuestran los grandes maestros del derecho contemporáneo por deslindar, lo más pulcramente posible, el

⁹ Ospina Fernández, Guillermo y Ospina Acosta Fernando. *Teoría General del contrato y del negocio jurídico*. Editorial Temis 2010 Pág. 6: “(...) La más sabia y omnicompresiva legislación que fuera dado imaginar, dejaría de tener esta última cualidad momentos después de su expedición. De ahí que todo ordenamiento positivo por primitivo y rudimentario que sea el medio social a que se dirija, tiene siempre que reconocer, en alguna medida, eficacia jurídica a la iniciativa privada, permitiendo que los particulares se encarguen de arreglar entre sí parte, más o menos considerable, de sus relaciones sociales. (...) Pues bien, el postulado de la autonomía de la voluntad, de cuya existencia como institución natural y común de todos los pueblos, nos rinde testimonio la historia universal, consiste en ese reconocimiento más o menos amplio de la eficacia jurídica de ciertos actos o manifestaciones de voluntad de los particulares. Con otras palabras: consiste en la delegación que el legislador hace en los particulares de la atribución o poder que tiene de regular las relaciones sociales, delegación que estos ejercen mediante el otorgamiento de actos o negocio jurídicos”

¹⁰ Mosset Iturraspe, Jorge. “La autonomía de la voluntad” en Iturraspe, Jorge; Mosset; Soto Coaguila, Carlos Alberto. *El contrato en una economía de mercado*. Editora Normas Legales, 2004. Pág. 22 y 23. “el rol acordado a la voluntad en la creación del negocio jurídico ha sufrido importantes mutaciones en el tiempo. El simbolismo, primero, y el formalismo, luego, vincularon la producción de efectos jurídicos al empleo de prácticas o ritos minuciosamente realizados conforme a un modelo, sin relación alguna con elementos psicológicos o intencionales. El derecho Romano limitó la autonomía de la voluntad fundado en razones técnicas. En el milenio transcurrido desde la publicación de la Ley de las XII Tablas (451 a.c.) hasta la promulgación del Digesto (533 d.C.) la doctrina señala la presencia de dos principios rectores, aunque en cierta medida antitéticos: el formalismo y el individualismo. Entre los romanos el sujeto era independiente frente a la sociedad, excluyéndose al Estado de toda intervención en las relaciones privadas.”

concepto y los alcances de este principio del derecho que denominamos, en un nuestro caso autonomía de la voluntad. Se trata, en suma, de un problema central del derecho. La calificación de “ineludible” que le atribuye DE CASTRO Y BRAVO está, por consiguiente, plenamente justificada”¹¹

De igual manera el mismo autor en cita a Diez Picasso y Gullón señala:

El pensamiento de Diez Picasso y Gullon se manifiesta con la máxima hondura cuando sostiene que el principio de autonomía privada es un principio de derecho, porque “el respeto a la persona y su reconocimiento como ser de fines exigen su vigencia, y es dentro de su marco donde puede el hombre realizarse plenamente.” Es decir, que el reconocimiento de la autonomía de la voluntad es inderogable por el ordenamiento jurídico. La ley, ciertamente, no puede cambiar la naturaleza del ser humano ni distorsionarla ni negarla. La ley regula una realidad preexistente a ella, tal como ella es. La ley, como pensamiento regulador (descriptivo-prescriptivo) obligatorio de conductas valiosas se adecua al objeto por el mentado. El pensamiento es formal: su conciencia real o existencial-axiológica se la otorga su contenido. Su contenido, tal cual es en la realidad.¹²

En cuanto a nuestro derecho positivo, la Constitución Política de 1991 consagra la autonomía de la voluntad como una característica esencial del ser humano, condición necesaria para alcanzar uno de los grandes ideales de nuestro Estado Social de Derecho como lo es el principio de la vida digna.

Sobre la importancia y la trascendencia del principio de la vida digna, el autor colombiano Manuel Quinche¹³ cita a la Corte Constitucional señalando:

“Si bien la Corte ha insistido reiteradamente que ningún derecho es absoluto en Colombia, sino que estos deben ser ponderados entre sí, según el caso concreto, se afirma doctrinaria y jurisprudencialmente, que el principio y derecho fundamental de dignidad es superior a todos los demás y que tiene características de absoluto hasta el punto de ser presentado como el fundamento de los demás principios y derecho fundamentales. (...)

Frente a la autonomía de la voluntad como elemento esencial del ser humano para cumplir con este ideal, el autor cita a la Corte Constitucional (Sentencia T-881 de 2002 M.P. Eduardo Montealegre Lynett), y señala que la Corte reconstruyó 6 líneas jurisprudenciales a través de dos grandes grupos desde el punto de vista

¹¹ Sessarego, Carlos. *El supuesto de la denominada autonomía de la voluntad* en el libro *Contratación contemporánea. Volumen I. Teoría general y principios*. Editorial Temis Bogotá – Colombia y Palestra Editores, Lima – Perú, 2001, Pág. 215

¹² *Ibidem* Pág. 221.

¹³ Quinche Ramírez, Manuel Fernando. *Derecho Constitucional Colombiano. De la carta de 1991 y sus reformas*. 1 Ed. Grupo Editorial Ibañez y Universidad del Rosario, Bogotá, 2008. Pág. 75

del objeto de protección de la dignidad y del punto de vista de la función de dicho enunciado normativo. Señala el autor en cuanto al primero y en relación al concepto de autonomía del individuo que¹⁴:

La dignidad como ejercicio de la autonomía personal, patente en el diseño del propio plan de vida, que la Corte ha entendido como “vivir como quiera” que se ha traducido en protecciones concretas como la despenalización del consumo de sustancias psicoactivas, la decisión sobre las preferencias sexuales que se quieran, el derecho a morir dignamente, el derecho a escoger profesión u oficio etc.”

Más adelante señala en relación con las funciones del enunciado normativo sobre dignidad que:

“La dignidad como principio constitucional, como deber positivo del Estado, como mandato de optimización. En esta dimensión, la dignidad “se constituye como un mandato constitucional, un deber positivo, o un principio de acción, según el cual todas las autoridades del Estado sin excepción, deben, en la medida de sus posibilidades jurídicas y materiales, realizar todas las conductas relacionadas con todas sus funciones constitucionales y legales con el propósito de lograr las condiciones, para el desarrollo efectivo de los ámbitos de protección de la dignidad humana identificados por la Sala: autonomía individual, condiciones materiales de existencia, e integridad física y moral”. (subrayado fuera del texto).

Ahora, la autonomía de la voluntad como principio general de derecho no se reconoce de manera absoluta, ya que la misma realidad del hombre, su condición social, exige se establezcan unos límites como son: orden público, la ley, las buenas costumbres, y la solidaridad¹⁵. Conceptos cuyo contenido no es fijo, es decir, es dinámico dependiendo del contexto histórico y que varían de tiempo en tiempo de acuerdo a lo que la sociedad determine deba ser el contenido de cada uno de ellos.

En conclusión, como se puede leer de los párrafos anteriores, es necesario entender que cuando la doctrina o la jurisprudencia señalan o invocan a la autonomía de la voluntad como el núcleo o centro del reconocimiento del hombre como individuo y de las consecuencias que para el ordenamiento jurídico conlleva,

¹⁴ *Ibíd.* Cit. Pág. 76.

¹⁵ Cárdenas, Juan Pablo. *Los derechos fundamentales y el derecho privado contractual la situación en derecho colombiano*. En Larroumet Christian (Dir) y Ríos Labbe Sebastian (coord.) *Constitucionalización del Derecho Privado. Actas del tercer congreso internacional de la asociación Andrés Bello de juristas franco-latinoamericanos*. Universidad Externado de Colombia – Universidad del Rosario, Pág. 479 a 490.

se está haciendo referencia a la autonomía de la voluntad como principio general de derecho, siendo no solo un fundamento para la construcción del Derecho Privado sino que ha sido fundamento para todo nuestro Derecho, presente en todas las demás facetas a las cuales se ha referido la jurisprudencia y la doctrina.¹⁶

2.2 Autonomía de la Voluntad como Fuente de Derecho.

Uno de las facetas sobre las cuales la doctrina ha discutido largamente es la de la autonomía de la voluntad como fuente de derecho; esta discusión presenta la tensión entre el individualismo –aquellos que ven en la voluntad y su declaración- la fuente soberana y única de los actos jurídicos o negocios jurídicos, y aquellos que solo reconocen en el ordenamiento jurídico su fuente, sin dejar de mencionar que existan posiciones eclécticas las cuales reconocen que en el acto jurídico o negocio jurídico operan ambas, como se verá más adelante.

La autonomía de la voluntad como fuente de derecho es vista bajo uno u otro concepto a partir de la concepción política y filosófica del hombre y su relación con el ordenamiento jurídico. Por lo tanto, se recurrirá a través de la cita a la doctrina civilista más autorizada para presentar las distintas posiciones y los efectos que cada una conlleva para la teoría del contrato. Esta discusión ha dado como resultado una amplia literatura jurídica; abordar esta discusión en detalle es una ardua labor que se aleja del propósito de esta tesis, aunque sí importa para este trabajo revelar los principales elementos de esta discusión y las consecuencias sobre la figura del contrato para entender un aspecto que es fundamental sobre los efectos iniciales o fundamentales y los efectos finales de la relación contractual que al igual que en el derecho privado opera en los contratos estatales.

¹⁶ Rezzonico, Juan Carlos. *Principios fundamentales de los contratos*. Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo de Palma SRL, Buenos Aires, 1999. En cita a Engel, *Traite des obligations en droit suisse*, p. 77, -22 quien sostiene que en el plan del derecho privado, el derecho civil reposa sobre cuatro pilares que abrazan las libertades fundamentales: libertad personal, propiedad libre, libertad de testar y libertad contractual.

Así, para la llamada concepción tradicional o subjetiva (Voluntaristas) la autonomía de la voluntad es fuente normativa, expresión máxima del individualismo decimonónico,¹⁷ que le permite al individuo con tan solo la expresión de su consentimiento crear normas para sí mismo, normas que se entenderán se pactan en un campo de igualdad y que su contenido por ser manifestación libre del individuo se entiende como justo, por tanto existen dos consecuencias I) nadie puede quedar obligado sin haberlo querido, y II) todo pacto libremente querido es justo.¹⁸

Esta es la concepción tradicional de la autonomía de la voluntad la cual impone entonces que la supremacía de la voluntad deba siempre ser el criterio para entender el acto jurídico celebrado y por tanto bien sea a través de la voluntad interna o de la voluntad declarada que el juez debe interpretar los actos jurídicos (art. 1602 del C.C.).¹⁹

El autor francés Christian Larroumet²⁰, con arreglo a esta doctrina, explica sobre la autonomía de la voluntad que está compuesta por dos elementos: el primero, la soberanía de la voluntad; y el segundo, la fuerza obligatoria de la voluntad. El

¹⁷ Larroumet. Christian. *Teoría General del Contrato*. Volumen I. Editorial Temis S.A., Bogotá 1999, Pág. 88. Este autor francés señala que este principio no ha sido consagrado de manera absoluta en el derecho positivo, y que este no es más sino la expresión de un sistema filosófico; el ordenamiento jurídico siempre le ha impuesto límites a la autonomía de la voluntad (incluso en el Código Civil Francés de 1804) la exigencia de un objeto lícito, la necesidad de cumplir con ciertas formalidades.

¹⁸ Venegas Grau, María. *Derechos fundamentales y derecho privado: los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares y el principio de autonomía privada*. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid, 2006. Señala esta autora que frente a esta concepción tradicional de la autonomía de la voluntad, un sector de la doctrina ha criticado que esta concepción del dogma de la autonomía de la voluntad como expresión del individualismo que pretende ser la influencia absoluta del Código Civil Francés de 1804 no es tal, sino que el concepto de autonomía de la voluntad y sus elementos fue una construcción doctrinaria realizada precisamente para criticar aquellos que señalaban el imperio del individualismo en la ley y así evidenciar que el Código de Napoleón nunca contuvo de manera pura o absoluta este postulado al cual se le otorgaron unas consecuencias bastante radicales, en apoyo esta autora hace mención del trabajo del autor francés E GONOUT “ Le principe de l’autonomie de la volonté en droit privé ; contribution à l’étude critique de l’individualism.”

¹⁹ Rezzonico Ob. Cit. Pág. 159 y ss. importante reflexión presenta el autor argentino Rezzonico quien señala que es necesario que las partes honren lo prometido, y esto es producto de la autoobligación o autodeterminación, lo cual significa que la persona es responsable por sus propios actos. Es algo parecido a lo señalado por el derecho canónico es la moralidad de la relación jurídica, pero que ve en la exaltación del individuo la manera de hacerle responsable de aquello a lo cual se ha comprometido a hacer o dar.

²⁰ Larroumet. Christian Ob. Cit. Pág. 87.

primero significa que la voluntad es soberana y esta es la única que puede obligar a las partes, las partes pueden decidir si celebran o no el contrato, lo que se ha llamado libertad contractual, por lo tanto, cuando ocurren vicios del consentimiento se entiende que la voluntad no ha actuado de manera soberana. El segundo, significa consensualidad, por lo cual, la soberanía por si sola puede producir efectos jurídicos en el individuo y no necesitaría de elementos externos o formalidades para ello. De esta manera, como consecuencia de lo dicho, el autor francés señala que el juez al momento de interpretar el contrato debe buscar la voluntad de las partes y no meramente la interpretación de la cláusulas del contrato, pues esto lo que conlleva es a la desnaturalización del mismo, así como debe rechazarse siempre que se pueda la teoría de la imprevisión.

Por otro lado encontramos aquellos autores que a la voluntad del individuo le han negado su condición de fuente de derecho²¹. Ya no se refieren a autonomía de la voluntad sino a autonomía privada pues lo que existe es una delegación o reconocimiento por parte del ordenamiento al individuo para que regule sus propios intereses; por tanto, autonomía privada es un poder de autodeterminación de sus intereses siempre y cuando esos sean merecedores de tutela por el ordenamiento jurídico.²²

Así las cosas, la verdadera fuente de derecho radica en el reconocimiento que realiza el ordenamiento jurídico a los individuos al otorgarles la potestad de autorregular sus propios intereses, en el cual incluso podrá darle un alcance distinto a

²¹ Larroumet Ob. Cit. Pág. 88 y 89 sobre el dirigismo contractual y la autonomía de la voluntad como crisis del postulado de la autonomía de la voluntad "(...) el positivismo estatista, que ejerció poderosa influencia sobre gran parte de la doctrina se inclinaba hacia la decadencia del principio, en la medida en que la identificación del Estado con el derecho tenía como consecuencia dar a la ley y al reglamento el privilegio de ser fuente de todos los derechos subjetivos y de reducir la voluntad individual, es decir el contrato, al desencadenamiento de una situación jurídica cuyo contenido no debía depender de la voluntad de los sujetos de derecho. Sin duda este tipo hubiera permanecido puramente teórico si no se hubiera combinado con otras razones que han obligado al legislador y al juez a llevar a cabo repetidos ataques en contra (de) la libertad contractual (...) Sin embargo, en contra de lo que han dicho ciertos autores, de esto no se deduce necesariamente una posición filosófica que la voluntad ya no sea el elemento motor del contrato. Sin duda su papel se reduce, pero con todo no desaparece del contrato."

²² Esta teoría pareciera ser la de mayor aceptación por la doctrina en general. Sin embargo nuestra legislación en general y la ley 80 de 1993 en particular siempre se han referido a este concepto como autonomía de la voluntad y no como autonomía privada.

las estipulaciones contractuales; esta se ha llamado la teoría objetiva, pues funda la eficacia en que el contrato es un hecho jurídico que desata la consecuencia contemplada en el ordenamiento jurídico.

Respecto de esta teoría objetiva existe una posición moderada que admite la presencia de elementos subjetivos, es decir de la autonomía privada del individuo que produce efectos en cuanto crea una relación que resulta vinculante para las partes, pero cuyos efectos finales no se adecuan necesariamente a lo querido por ellas sino que está sometido a lo establecido para ello en el ordenamiento jurídico.²³

Nos parece pertinente dejar en este punto la explicación a una cita textual de varios autores en este sentido:

Señala Renato Sconamiglio:

En gracia de este precepto, las partes están ante todo autorizadas para determinar libremente el contenido de los contratos (negocios) regulados por la ley o nominados. A ellas les corresponde rellenar, por así decirlo, los esquemas negociales que el propio ordenamiento acoge y reglamenta en provisión de las principales exigencias de la vida de relación, fijando en concreto sus elementos (por ejemplo, en una compraventa: se vende esta cosa por este proceso) y aun completando eventualmente el contenido del acto, enriqueciéndolo con cláusulas, condiciones, términos, etc. Compatibles con el tipo de negocio contemplado. Pero en el ámbito de los contratos a los estipulantes compete también y siempre de conformidad con el art. 1322 cit. dar vida a contratos innominados, nuevo así con relación a los tipo que la ley regula, desde que correspondan a intereses merecedores de tutela por parte del ordenamiento jurídico (...)

(...)

Más, de límites a la autonomía privada se puede también hablar en otro sentido, al cual probablemente desea aludir el art. 1322 cit., y es el relativo al problema de la competencia entre las dos posibles fuentes de reglamentación de los intereses particulares: la

²³ Ramírez Baquero, Edgar. *La ineficacia en el negocio jurídico*. Universidad del Rosario, Bogotá, 2008. Pág. 20 y 21 señalan al respecto: "(...) llama la atención que en el diseño de los efectos negociales específicos y en el de los efectos negociales particulares o individuales existe campo de actividad a favor de la autonomía privada, razón por la cual los sujetos negociales pueden modularlos de acuerdo con sus necesidades e intereses. Los efectos negociales generales, en su lugar, son de cuño legislativo y, por ende, no existe a favor de estos sujetos autorización para intervenir en su diseño. Esto último, con algunas pocas excepciones, acontece también con las consecuencias que suscitan las situaciones de ineficacia negocial, casi en su totalidad reguladas por el ordenamiento legal, considerando la trascendencia que ellas tienen. Las cuales justifican que su regulación no quede confiada a las partes del acto ineficaz.

*autonomía privada y la ley, no obstante su actuación en planos diferentes; tema en cierto modo diferente del que se ha venido desarrollando. Esta competencia se destaca en su plena significación cuando se considera que al ordenamiento jurídico corresponde siempre y de manera definitiva la atribución de efectos de derecho al negocio (o contrato) en todos los casos en que a los efectos determinados por las partes la ley agrega otros de su propia cosecha, por medio de disposiciones inderogables o imperativas (cogentes)*²⁴.

El autor italiano Giovanni Battista²⁵ señala²⁶:

*“Ello nos permite expresar nuestra impresión de que está en lo justo quien ha destacado, con su acostumbrada agudeza, que no existe incompatibilidad entre las dos definiciones de negocio: la más antigua (en la que el negocio se presentaba como una declaración de la voluntad) y la más moderna (que parecía en el negocio un acto de autonomía privada, es decir, una autorregulación de intereses, vinculante para el que la ha llevado a cabo: La primera se concentra en la estructura la segunda se concentra en la función de los negocios.)*²⁷

El autor argentino Juan Carlos Rezzonico señala

*Se puede considerar que la autonomía de la voluntad es primordial en la etapa de nacimiento del acto, ya que no hay contrato sin consentimiento y, por otra parte, se cuida que el consentimiento expresado sea de “calidad” y que el agente no se obligue “a la ligera” y sin motivos válidos, según palabras de Rieg*²⁸

De lo afirmado por los autores, es necesario señalar que no puede decirse bajo ningún apoyo del ordenamiento positivo que la autonomía de la voluntad opera de manera absoluta como fuente de derecho, pero tampoco para la formación del contrato y de los efectos que de este se derivan sea posible eliminarla, pues siempre que se consagra la importancia del individuo como eje del sistema jurídico, la voluntad, sin duda operará como fuente para satisfacer sus necesidades.

²⁴ Scognamiglio, Renato. *Teoría General del Contrato*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá 1996 Pág. 20 a 21

²⁵ Battista, Giovanni. *El negocio jurídico*. 1 Ed. Ara Editores E.I.R.L., Lima – Perú, 2002.

²⁶ Este argumento pareciera fundamentar o explicar porque en nuestra legislación las partes pueden celebrar un contrato pero si este contrato no cumple con los elementos esenciales que le corresponden a la figura típica que han querido adoptar la consecuencia o la sanción legal no es la desaparición ni la ineficacia del contrato es la conversión del mismo en otro figura jurídica. En otras palabras existe un reconocimiento a la voluntad de las partes de dotar de contenido el acto o negocio jurídico pero al mismo tiempo de unos efectos que incluso pueden no ser queridos por las partes y que tiene su fuente en el ordenamiento jurídico.

²⁷ El autor hacer referencia a RESCIGNO, Manual del diritto privato italiano, cit, p.296.

²⁸ Rezzonico Ob. Cit Pág. 197. El autor cita a Rieg, Le role de la volante, “introduction”, pág. 10 y ss. y VI y siguientes.

Ahora, el individuo como ser humano también tiene una esencia social²⁹ la cual impone la necesidad de tener límites e incluso a ser dirigido por parte del ordenamiento jurídico en especial en los aspectos económicos, por cuanto los recursos son escasos y es necesario garantizar una correcta distribución basada en la solidaridad, en la equidad y en la justicia³⁰, sin desconocer la necesidad de reconocer la libertad económica a cada individuo.³¹

De estas dos fuentes podemos entonces derivar unos efectos del contrato que se explican así:

²⁹ Caumont, Arturo. "Teoría ética del contrato. El negocio jurídico contractual como ámbito de eticidad preordenado para la composición autónoma de conflicto de intereses". En el libro *Estudios de derecho privado en homenaje a Christian Larroumet*. 1 Ed. Editorial Universidad del Rosario. 2008 Pág. 148 señala que: "El reservorio ético es, así, marca tipificante del contrato en cualquiera de sus concepciones varietales. En cualquiera de sus vicisitudes estructurales y funcionales y en todas las perspectivas conceptuales posibles el contrato abreva ontológicamente en los manantiales de la lealtad, de la solidaridad, de la cooperación, de la conjunción de sus componentes subjetivos en pos de una finalidad que será insusceptible de alcanzarse si no es, precisamente, mediante el debido respeto a los imperativos de conducta comunitaria que subyacen en el fondo de los tiempos en el núcleo de todo pacto, configurando su propia definición, constituyendo su propia concepción. El contrato es de, por y para todas la partes que lo construyeron de consuno a través de su consentimiento. O no es contrato.

³⁰ Cárdenas, Juan Pablo. Ob. Cit. Pag.481 a 484 "En principio es claro que la eficacia de los derecho constitucionales no puede ser igual frente al Estado y frente a los particulares. Lo anterior deriva del reconocimiento de la autonomía privada y de la libertad contractual a favor de los particulares, lo cual implica entonces que cuando se alega la violación de un derecho constitucional en el contexto de un contrato el juez debe realizar un análisis para conciliar el derecho fundamental en juego con la autonomía privada y la libertad contractual.

Así lo ha señalado la Corte Constitucional al expresar "el grado de eficacia de los derechos fundamentales derivados de las relaciones privadas, es distinto de aquel que resulta exigible frente a las autoridades públicas" en tal sentido ha precisado que debe buscarse un equilibrio entre las facultades de tales derechos, siempre y cuando se salvaguarde el bienestar general. Tal equilibrio, según anota la Corte, parte del respeto del núcleo esencial de cada uno de dichos derechos."

³¹ Ariño Ortiz, Gaspar. *Principios de derecho público económico- modelo de estado, gestión pública, regulación económica*. Tercera Edición ampliada, Editorial Comares S.L., 2004. Pág. 1 a 17 "(...) para analizar las relaciones entre Derecho y Economía, hay que comenzar señalando que dicha relación es cambiante con el paso de la historia" Este autor habla de tres periodos el primero hasta el siglo XVII en el que existía una ordenación moral de la economía, "la ética y la moral exigían una ordenación jurídica que, al margen de sus efectos económicos, fuera conducente la virtud y a la justicia; el segundo, Siglos XVIII y XIX un orden racional de la economía "que da lugar a un sistema jurídico basado en la libertad, para no perturbar ese orden natural económico, y más adelante agrega "es un hecho también que el orden natural de la economía, con sus leyes en búsqueda de la eficiencia económica, a menudo puede entrar en conflicto con otros valores humanos: solidaridad, justicia distributiva, protección o desprotección de niños, ancianos y enfermos, cada gobierno y cada sociedad debe establecer unos niveles mínimos de atención al hombre, sea o no eficiente, acordes con el grado de desarrollo de cada país."

Renato Sconagmiglio frente a los efectos del negocio jurídico y por tanto del contrato señala la existencia de un efecto fundamental que reconoce la existencia de un contrato producto de la autonomía privada, el cual es sin duda derivado del principio del *pacta sum servanda* o de lo preceptuado por nuestro Código Civil (artículo 1602) como el contrato como ley para las partes, es decir de un vínculo que existe entre ellos y no puede en principio desconocerse. De igual manera distingue de este efecto fundamental un efecto final o negocial el cual es el de crear, extinguir o modificar relaciones jurídicas (artículo 1495 del C.C.) y que se distinguen en los llamados efectos esenciales o naturales.

Así mismo el autor colombiano Ramírez Baquero señala que sobre el negocio jurídico existen tres clases de efectos: El primero los efectos generales que se producen por la mera existencia del negocio jurídico, estos son: **a)** la interrupción en la vida jurídica de una entidad que con precedencia no se encontraba; **b)** un efecto funcional por cuanto las partes han dispuesto el destino sobre unos intereses y sobre los cuales disponen; **c)** el efecto existencial para las partes y terceros que no pueden negar la existencia del negocio jurídico. En segundo lugar, los efectos negociales - específicos que son los efectos socio-económicos que en consideración a su tipología satisface en el tráfico jurídico. Y en tercer lugar, los efectos negociales particulares o individuales que son aquellos que se producen en la esfera de cada uno de los individuos una vez el negocio jurídico se produce. Por tanto para este autor es necesario que estos tres efectos se produzcan para que el negocio jurídico sea eficaz.³²

Sobre los efectos tanto de la voluntad en la conformación del contrato, así como de los efectos finales en la tipificación del contrato, y en la esfera que cada uno se produce, volveremos más adelante en la segunda parte en el estudio del contrato estatal atípico como quiera que si bien las partes crean el contrato atípico, los vacíos y sus efectos finales vienen a ser llenados por el ordenamiento jurídico a

³² Ramírez Baquero Ob. Cit. Pág. 18 y 19.

través de varias teorías que distan en llegar a una posición unívoca en cuanto al tratamiento de la disciplina o integración de este tipo de contratos.

Por lo pronto vemos que tanto la voluntad como el ordenamiento jurídico son fuente de los efectos que puedan perseguirse en una relación contractual.

2.3 Autonomía de la Voluntad como Fundamento del Ordenamiento Económico.

El ordenamiento jurídico económico, es aquel conjunto de normas que regula la actividad económica de un país. Ortiz Ariño señala la relevancia entre las relaciones de economía y derecho por cuanto:

“(...) El derecho debe configurar el sistema económico. En efecto para lograr esa promoción de la riqueza de las naciones, es necesaria la juridificación de las leyes económicas, estableciendo el marco institucional (de libertad o sujeción) en que las relaciones económicas deben moverse³³.

Respecto a la influencia de los principios de derecho sobre la actividad económica señala Díez Picasso³⁴:

“Si el orden público económico está compuesto por una serie de reglas básicas, se tiene que identificar desde el punto de vista jurídico con los principios del Derecho que actúan en el campo económico. Hay, pues, unos principios jurídicos generales que inspiran y presiden la organización económica de cada país en cada momento de su historia. No son principios inmutables ni absolutamente permanentes. Por el contrario, se presentan como el resultado de una serie de condicionamientos, que son debidos al influjo de factores sociales, políticos y culturales. Al mismo tiempo pueden estar condicionados también por las decisiones políticas que se hayan tomado por las personas o grupos que ostenten en ese momento los resortes del poder.

Los principios jurídicos, que conforman y constituyen el orden económico, poseen la fuerza y la eficacia de los principios jurídicos generales en los que se encuentra. De esta suerte son criterios básicos con arreglo a los cuales el ordenamiento jurídico en su totalidad debe ser interpretado y aplicado.”

Más adelante señala el autor:

Uno de los grandes principios del orden económico, que jurídicamente inspira nuestro ordenamiento jurídico, es el que puede llamarse principio de libertad económica. La consecuencia inmediata y más importante de este principio son las reglas de libertad de mercado, libertad de empresa, libre concurrencia económica y libre contratación. Todo

³³ Ariño Ortiz. Ob. Cit. Pág. 5.

³⁴ Díez Picazo, Luis; Gullón, Antonio. *Instituciones de Derecho Civil Volumen I/1*. 2 Ed., Editorial Tecnos S.A. Madrid, 1998, Pág. 44 y 45.

ello quiere decir que la producción, el intercambio y la contratación de los bienes y de los servicios se realizan por los particulares de manera libre y espontánea. Se produce de acuerdo con la voluntad de los interesados. Ello significa que, globalmente considerando el problema, se admite una espontánea dinámica de la sociedad que el Estado no impide.

En referencia a nuestro ordenamiento jurídico varios autores hablan de la constitución económica, como aquel grupo de normas que regulan la actividad de los particulares respecto al ejercicio de sus libertades: derecho de propiedad, de asociación, de trabajo, libre competencia y de los consumidores o usuarios³⁵. Así como las reglas de intervención del Estado en la economía a través de la planificación, normas impositivas, del gasto público y de la regulación de los mercados (intervencionismo económico)³⁶

Señala Ibáñez Najar:

“En tal virtud, ahora la constitución política garantiza la libertad económica y la iniciativa privada, pero dentro de los límites del bien común. Le asigna a la empresa una función social que implica obligaciones. Acepta que exista posición dominante en el mercado, pero exige de la organización estatal controlar y evitar el abuso que de ella se pueda llegar a hacer. Garantiza el resto de los derechos económicos, entre ellos, los de los consumidores y usuarios a la calidad de la producción y distribución de los bienes y servicios y a que se haga efectiva la responsabilidad de los productores y distribuidores cuando atenten contra la salud, la seguridad y el adecuado aprovisionamiento.

Así se puede concluir que la economía de mercado es uno de los elementos constitutivos de la Constitución económica colombiana, de cuyo funcionamiento adecuado depende la eficiencia del sistema productivo y el bienestar de los consumidores.”³⁷

De esta manera la autonomía de la voluntad como manifestación económica del individuo y de la economía de mercado en general es sinónimo de iniciativa

³⁵ Mosset Iturraspe, Jorge. *Contratos*. 1Ed, Rubinzal – Culzoni editores, Santa Fe 1995, Pág. 52 señala: “(...): No obstante lo expresado es indudable que el contrato desenvuelve al máximo su poder vinculante dentro de una economía capitalista liberal. Los principios fundamentales que caracterizan esta concepción, en el ámbito jurídico, son los siguientes: 1) La Propiedad privada de todos los bienes, sin exclusión de ningún medio de producción, que otorga a su titular, en forma perpetua, el máximo de facultades que puede tener el sujeto sobre los bienes y; 2) la libertad económica más absoluta, que se manifiesta en los principios de la libre empresa, de la libre competencia y de la libertad de trabajo. En lo específico, la autonomía plena de la voluntad, en sus dos aspectos: libertad de contratar y libertad contractual y su consecuencia, la fuerza vinculante del contrato así celebrado.

Estos principios corresponden, según algunos economistas, a la primera etapa de la concepción liberal capitalista, pues en lo que denominan segunda etapa admitirá un cierto intervencionismo estatal: liberalismo capitalista reglamentario.

³⁶ Ibáñez Najar, Jorge Enrique. *Estudios de derecho constitucional económico*. 1Ed., Pontificia Universidad Javeriana, 2001, Pág. 297 y ss.

³⁷ *Ibíd*em Pág. 299.

privada y libertad económica³⁸, siendo así el fundamento del intercambio de bienes y servicios que se concreta en el derecho con la consagración de normas que regulan la actividad económica de los agentes del mercado³⁹, así como la intervención del Estado en su regulación.

Por último, reviste gran importancia el concepto de autonomía de la voluntad como fundamento de la economía de mercado, en la medida que al ser un presupuesto del mismo se ha llegado a considerar que la administración pública contratante actúa como un agente más del mercado, y por tanto en aras de garantizar la eficiencia y la eficacia en la gestión pública se deba propugnar por relaciones más igualitarias entre contratantes, con la consecuencia de que el contrato estatal no se vea como una relación de autoridad en la cual la administración pública debe estar en un nivel superior para dirigir, si es necesario, el contrato a través del ejercicio de las llamadas cláusulas exorbitantes, y por tanto que el legislador en la ley 80 de 1993 hubiera limitado el número de contratos en los cuales pueden ser incluidas estas cláusulas (artículo 14 ley 80 de 1993.)⁴⁰

³⁸ Rezzonico Ob. Cit. Señala al respecto que: *El cometido práctico de la autonomía privada radica en su antecedente económico-social. Por eso puede decir De Page a ese respecto, que la clave de bóveda del art. 1134 del Cód Civil francés (similar a nuestro 1197) no es jurídica sino económica, pues la autonomía de la voluntad es la traducción en derecho de un postulado económico, que el autor belga identifica como el "libre juego de la oferta y la demanda."* Cita a De Page, *traite elementaire de droit civile belge*. T.II p.462.

³⁹ El reconocimiento de la propiedad privada y de la libertad económica nos coloca dentro del marco de la economía de mercado, como aquella que se organiza de acuerdo a las leyes de la demanda y de la oferta según los intereses de los agentes que intervienen en ella.

⁴⁰ Colombia, Consejo de Estado, Sala de los Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del veinte (20) de octubre de dos mil cinco (2005) radicado No 25000-23-26-000-1995-01670-01(14579). *"En materia de contratación estatal, la situación vigente no es distinta, en tanto la Ley 80 de 1993, se expidió como respuesta a una nueva concepción constitucional del Estado en su relación con los particulares que percibe la necesidad de éstos para el cumplimiento de sus fines, estableciéndose entonces una relación de derecho económico que requiere así mismo de criterios de igualdad, entre dos de sus actores más importantes, esto es, el Estado y el particular empresario, uno como garante de la prestación de los servicios públicos y el otro como propietario o facilitador de los bienes necesarios para la prestación de tales servicios y que ve en las necesidades del Estado otro campo de inversión del cual puede derivar beneficios económicos, para lo cual, la ley introdujo a la contratación estatal el concepto de autonomía de la voluntad. Así mismo, desde esta nueva visión, pretendió la Ley 80 apartarse de conductas perniciosas del pasado reflejadas en el Decreto 222 de 1983, y consignadas en la exposición de motivos de la misma ley, motivación ésta que, luego de identificar algunos vicios que llevaron al fracaso de las reformas implementadas para la contratación estatal. Así, puede observarse entonces, que la ley 80 de 1993, que pretendió ser el estatuto único de contratación, constituye un conjunto de*

2.4 Autonomía de la Voluntad como Libertad Contractual o Autonomía Contractual.

Como lo explica Galgano⁴¹ el contrato es una figura conocida a lo largo y ancho del planeta, en aquellos lugares donde la economía de mercado ha hecho su aparición y domina el ordenamiento económico; sin embargo aunque esta figura no sea igual en todos los ordenamientos o pueda entenderse de la misma manera, es claro que representa una figura de la autonomía de la voluntad (general) al encontrar su manifestación concreta en la autonomía o libertad contractual (particular) y que en cuanto a las relaciones patrimoniales es un reflejo de intercambio de bienes y servicios.

Así las cosas, la autonomía de la voluntad es el fundamento del derecho contractual, por medio de ella las partes tienen la libertad para escoger o manifestar si deciden contratar o no, para elegir con quien se contrata y haciendo uso o no de los diferentes tipos contractuales contemplados en la ley, para determinar el contenido del contrato, la autoridad judicial o arbitral que decidirá sobre los conflictos presentados en el contrato e incluso, en el derecho internacional privado, para elegir el régimen legal aplicable al contrato⁴².

Sin este elemento no se puede hablar de la existencia de un contrato, teniendo en cuenta lo dicho ya sobre la autonomía de la voluntad como principio general de derecho y que el contrato es el instrumento jurídico por excelencia para el tráfico

disposiciones que tienen la finalidad principal de seleccionar objetivamente al contratista y la regulación que del contrato mismo hace es meramente excepcional, según surge de lo previsto en los artículos 13 y 40 de dicha norma, que establecen claramente que los contratos estatales se regirán por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, salvo en las materias particularmente reguladas en la misma ley, así como, que las entidades podrán celebrar los contratos y acuerdos que permitan la autonomía de la voluntad y requieran el cumplimiento de los fines estatales.”

⁴¹ Galgano, Franceso. *El negocio jurídico*. Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 1992.

⁴² Espinosa Quintero, Leonardo. “¿Cuál es la eficacia que le ha reconocido la Corte Constitucional colombiana al principio de autonomía de la voluntad privada consagrado en los instrumentos de carácter internacional incorporados al sistema jurídico colombiano?” En Albán, Jorge Oviedo, coordinador; Jorge Adame Goddard...[et al.]. *Obligaciones y contratos en el derecho contemporáneo*. Ediciones Jurídica Dike, 2010, Pág. 431 Señala el autor: “Finalmente, es un derecho marcadamente convencional y respetuoso de la autonomía de la voluntad. Para Galgano F., en una sociedad transnacional que se caracteriza por rápida transformación, el principal instrumento de la innovación jurídica es el contrato, a tal punto que en muchos sectores se le atribuye la facultad de sustituir a los poderes públicos en la protección de los intereses de la colectividad.

de bienes y servicios es decir de la iniciativa privada de la libertad económica, encontramos entonces que comúnmente se entiende la autonomía de la voluntad como la autonomía o libertad contractual

Esta autonomía contractual o libertad contractual para Messineo⁴³ se puede tomar en varias acepciones:

- a) El contrato es el libre resultado del debate de la partes, por lo cual una parte no puede imponerle a la otra el contenido del contrato.
- b) La autodeterminación de las cláusulas concretas en particular; señala el autor que esto en referencia a los contratos nominados se refiere a la posibilidad de auto-determinar los elementos naturales y accidentales del contrato al aplicarse solo a los contratos nominados al permitir derogar a las partes las normas supletorias o dispositivas.
- c) También significa concluir contratos con finalidades prácticas aun no previstas en la ley, es decir contratos innominados⁴⁴ siempre y cuando se ajusten a los límites contemplados en la ley.

En la doctrina nacional la obra de Jorge Suescún Melo⁴⁵ señala como aspectos de la autonomía de la voluntad entre otros:

*Elegir si se contrata o no*⁴⁶: Se ha dicho que una de las grandes consecuencias del postulado de la autonomía de la voluntad o voluntad privada en el derecho contractual es la posibilidad de contratar o no, es decir, la libertad de los agentes

⁴³ Messineo, Franceso. *Doctrina general del contrato*. Ediciones Jurídicas Europa – América, Buenos Aires, 1952, Pág. 16 y ss.

⁴⁴ Messineo no diferencia entre contrato innominado o atípico.

⁴⁵ Suescún Melo Ob. Cit. Tomo II Pág. 28

⁴⁶ *Ibidem*. El autor pone de relieve las disposiciones del Código de Comercio que obligan a contratar en los casos de monopolio y servicios públicos; el artículo 989 del Código de Comercio que obliga a contratar a las empresas de transporte cuando los medios así lo permitan, la obligación de estas empresas de contratar un seguro de responsabilidad civil art 994 y 1900 del Código de Comercio, y los casos en que los particulares son obligados a contratar como lo es el seguro obligatorio.

del mercado de decidir si concurren o no al mercado para la oferta de bienes y servicios y de decidir si entran en una relación contractual en particular.

Ésta libertad es realmente amplia y aunque fue durante mucho tiempo una de las expresiones puras de la autonomía de la voluntad está presente en el derecho privado y en el derecho administrativo de los contratos con algún grado de limitación. Para la administración pública en general la manera de escoger con quien entablar una relación contractual se encuentra bajo el principio de la selección objetiva – art. 5 ley 1150 de 2007- aun en aquellos casos específicos en los cuales se escoge al contratista a través del mecanismos de la contratación directa.

La libertad para escoger el tipo de contrato que se quiere celebrar: Esto es la posibilidad de escoger entre cualquiera de los tipos legales que se encuentran en la legislación comercial, civil o en leyes especiales, aún de celebrar contratos considerados como atípicos.

De esta manera, de lo visto en esta sección, la autonomía de la voluntad al ser fundamento del libre intercambio permite a las partes un grado alto de libertad para concretar en figuras contractuales la manera como mejor se ajustan los mecanismos para suplir sus necesidades frente a los cambios económicos y tecnológicos que impulsan nuevas formas de contratación y de la cual por supuesto no es ajena la administración pública.

2.5 Autonomía de la Voluntad en el Derecho Administrativo.

Como faceta del principio de la autonomía de la voluntad, los artículos 32 y 40 de la ley 80 de 1993⁴⁷, consagran el postulado de la autonomía de la voluntad como

⁴⁷Colombia, Congreso de la República, Ley 80 de 1993, Artículo 32 “*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, así como los que, a título enunciativo, se definen a continuación*” y artículo 40 “*Las estipulaciones de los contratos serán las que de acuerdo con las normas civiles, comerciales y las previstas en esta Ley, correspondan a su esencia y naturaleza.*

Las entidades podrán celebrar los contratos y acuerdos que permitan la autonomía de la voluntad y requieran el cumplimiento de los fines estatales.

el fundamento para que la administración pública contratante y su contraparte puedan diseñar o crear figuras jurídicas acordes con sus necesidades, o incluir dentro de los tipos contractuales las cláusulas que mejor se ajusten al cumplimiento del fin de la contratación estatal contenido en el artículo 3° de dicha ley.

Sin embargo, este principio no solamente evidencia su faceta de autonomía o libertad contractual para escoger tipos o rellenar su contenido, la consagración de este principio en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública corresponde a un nuevo paradigma de gestión pública con base en los principios de eficiencia y eficacia para la ejecución de los recursos públicos y que supone un mayor grado de autodeterminación y autorresponsabilidad⁴⁸ de los operadores de la administración pública que están a cargo del diseño de las políticas públicas y de la ejecución de los recursos, convirtiéndose esta faceta consagrada en la ley 80 de 1993 en el resultado de la huida del derecho administrativo al derecho privado en la búsqueda de un derecho conforme a los nuevos paradigmas de gestión pública.

Señala José Luis Benavidez respecto al régimen de la ley 80 de 1993 el evidente cambio de paradigma frente al estatuto anterior en la búsqueda de mayor eficiencia y eficacia a través de la autodeterminación y responsabilidad:

Respecto al estatuto de contratación anterior señala *“Un estudio de la Universidad de los Andes demostró que en el sector de las telecomunicaciones el tiempo promedio entre la*

En los contratos que celebren las entidades estatales 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 esta Ley y a los de la buena administración.

⁴⁸ Rezzonico Ob Cit. Pág. 167. Los conceptos autodeterminación y autorresponsabilidad, ha dicho la doctrina civilista, se refieren a la capacidad de darse reglas a si mismo de regular los intereses que le son propios, y de la necesidad que los efectos del contrato sean asumidos por las partes con responsabilidad, Señala Rezzonico: “En verdad, toda la autonomía privada (en sentido amplio), que abriga la autodeterminación, puede definirse como reconocimiento jurídico de la posibilidad de dar nacimiento a consecuencias jurídicas o de impedir las, y ello dentro del ordenamiento jurídico”. Igualmente señala que como presupuesto para la autodeterminación es una expresión libre del contratante.

Sobre la autoresponsabilidad en cita a Pugliati: “al tratar la autorresponsabilidad, como “la obligación de soportar las consecuencias que son vinculadas al acto propio causalmente cumplido” (Pág. 178 y 179).

licitación y el comienzo de los trabajos respectivos era de tres años y medio incluso cuatro, si el contrato estaba financiado con un empréstito externo. Y el plan de desarrollo económico de Gaviria resaltaba el caso frecuente de obras cuya ejecución exigía un año, mientras que los procedimientos administrativos de contratación duraban tres.”⁴⁹

Y concluye más adelante

“considerados inútiles y sobre todo estorbosos para la gestión contractual, los diferentes controles de tutela administrativa fueron pura y simplemente erradicados. El propósito fue entonces dejar al administrador público más libre para mejor cumplir con sus funciones contractuales. Esta identificación más clara del responsable del contrato en cabeza del jefe de la entidad contratante fue completada con un sistema flexible de desconcentración y delegación.”

De esta manera, la ley 80 de 1993 en su artículo 11, radica en cabeza de los jefes de las entidades públicas, a las cuales aplica el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, la gestión contractual, el artículo 12 permite la delegación de esta facultad y el artículo 26 del estatuto desarrolla el *principio de la responsabilidad*, estableciendo claramente la responsabilidad de aquellos funcionarios que intervienen y toman las decisiones en la materia.

De igual forma, de la lectura de la ley 80 de 1993 y de la ley 1150 de 2007 y sus decretos reglamentarios es claro que la autodeterminación y la autorresponsabilidad están directamente relacionadas con el principio de la planeación -artículo 25 de la ley 80 de 1993 y artículo 3 del decreto 2474 de 2008 que contiene en detalle los elementos de los estudios previos-. La administración pública debe ser consciente del contenido del contrato que está diseñando y los alcances de las obligaciones que está asumiendo por cuanto este es el fundamento del ejercicio de una correcta autonomía de la voluntad (autodeterminación y autorresponsabilidad).⁵⁰

⁴⁹Benavides, José Luis. Ob Cit. Pág 166. Cita a Administración del Estado, Bogotá, Universidad de los Andes, 1987, p 128 y Presidencia de la Republica, Departamento Nacional de Planeación. Plan de Desarrollo Económico y Social. La Revolución Pacífica, Bogotá 1991, Pág. 313.

⁵⁰ Procuraduría General de la Nación. *Recomendación para la Elaboración de Estudios Previos. Aplicación del principio de la Planeación en la Contratación de las Entidades Públicas*, 2010. Señala la Procuraduría General de la Nación en su cartilla que existen primordialmente dos instrumentos en materia de contratación estatal: el plan de compras definido por el artículo 1 del acuerdo No 04 de 2005 por el comité para la operación del SICE, siendo el mapa de navegación de la actividad contractual y los estudios previos contenidos en el artículo 25 de la ley 80 de 1993 y 3 del decreto 2474 de 2008.

Ahora, aunque no se puede hablar de la autonomía de la voluntad en el mismo sentido que en el derecho privado por cuanto el individuo no es equiparable con la administración pública, sin embargo, sí es posible equiparar la manera o técnica como los individuos y el mercado en general administran sus intereses para darse cuenta que no es descabellado utilizarlas en el ordenamiento jurídico en la gestión pública bajo los postulados de la eficiencia y la eficacia⁵¹.

Por ello nos parece importante señalar que en la evolución del derecho administrativo se ha venido tratando el sistema de las técnicas de atribución de potestades discrecionales o en algunos casos de la autonomía para otorgar la flexibilidad o el dinamismo que se necesita en los operadores de la administración pública para evitar un Estado paquidérmico que llega tarde a las necesidades de la comunidad.

Así, sobre la autonomía de la voluntad hemos expuesto que es la dimensión que le permite a los individuos “escoger” lo que ellos mismos determinen dentro de los límites que les imponen la Constitución y la ley, y esta posibilidad de “escoger, decidir o de iniciativa” no es ajena a la administración pública y en especial para el derecho administrativo con las llamadas potestades discrecionales, potestades que hoy en día no se muestran como el caballo de Troya para la entrada de la arbitrariedad y de la irresponsabilidad, sino, como aquel margen de decisión que debe tener la administración pública para asumir ciertos intereses que la ley por señalamiento expreso o por ausencia de regulación específica permite al funcionario sin que signifique arbitrariedad o falta de control, y más bien como

⁵¹ Prats Catalá, Joan. *Derecho y management en las administraciones públicas*. Consultado en <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=273968> el día 20 de abril de 2011, Pág. 4. “Esta ilusión sigue desde nuevo presente en la práctica (no siempre ingenua) de muchas empresas consultoras y en la cabeza de algunos políticos y administradores que siguen impropriamente creyendo que el management es un repertorio de técnicas de gestión perfectamente intercambiables entre las empresas y la administración pública. Pero, frente a todo ello, la comunidad científica internacional se ha decantado claramente: Como dice Paulo Motta entre la gestión pública y privada sucede como entre los hombres y las mujeres: coincidimos en el 90% pero es el 10% de diferencia lo que importa.”

señala Gabriel de Vega, se debe entender como una técnica que permite adelantar por parte de la Administración los fines del Estado Social de Derecho.⁵²

Señala el autor colombiano Gabriel de Vega

*“La discrecionalidad puede y debe predicar todo el actuar humano en las múltiples manifestaciones de la vida, pues, por más que se prevean situaciones de orden posterior, complejidad y la incertidumbre de los acontecimientos tanto sociales como naturales hacen que sea una necesidad para poder actuar libremente. Esta última cualidad, la libertad en el actuar, es la nota más característica de la discrecionalidad, porque discreción es ponderación en el juicio, equilibrio de la razón, valoración de hechos y circunstancias, capacidad analítica en la apreciación de los fenómenos, en fin, es *sindéresis*; darle por parte del hombre la dimensión y el sentido de los verdaderamente humano a los propios actos y predicar toda su vida la racionalidad. Cómo se ve, ¡que exigente es la libertad en el actuar y qué discreción demanda! Cuanta inteligencia y sana razón se requiere para tomar una decisión “discrecional”, como quiera que discreción es sinónimo de prudencia, de reflexión profunda; en una palabra, de sabiduría. Cuán lejos, pues está la decisión discrecional del acto apresurado, irreflexivo y díscolo que tantos perjuicios morales y materiales trae siempre consigo tal comportamiento”.*

En igual sentido, Restrepo Medina sobre la necesidad de adecuar el derecho administrativo a esta nueva concepción de administración pública señala que:

“Esta reflexión parte de considerar que la ley ya no puede ser tenida tan solo como la norma abstracta y general que contiene en sí la ratio de toda decisión administrativa, sino que es también el apoderamiento, de cada administración, de un ámbito de decisión propio y autónomo, en relación con el cual la gran tarea jurídica está en definir el aporte del derecho al buen aprovechamiento de la oportunidad de racionalidad que la discrecionalidad supone.”⁵³

Así las cosas, un nuevo concepto de administración pública ha pedido un redimensionamiento o un nuevo entendimiento del derecho administrativo, el uso de la autonomía de la voluntad como fundamento del contrato estatal no es más sino la puesta a tono del derecho administrativo, en lo que se refiere a la gestión contractual, con un nuevo sistema de gestión pública.

⁵² De Vega, Gabriel “La discrecionalidad Administrativa.” *En Temas de derecho administrativo*. Jaime Vidal Perdomo... [et al] Facultad de Jurisprudencia – Bogotá. Centro Editorial Rosarista. Pág. 147 y 148.

⁵³ Restrepo Medina, Manuel Alberto. “La Adecuación del Derecho Administrativo al Estado Contemporáneo”. En la revista *Estudios Socio Jurídicos No 2*, Universidad del Rosario, 2002, Pág. 151.

3 CONTRATO ESTATAL ATÍPICO.

Como se vio en la parte anterior, la autonomía de la voluntad es el fundamento para que en virtud de la libertad o autonomía contractual las partes puedan concluir, dentro de los límites del orden público y las buenas costumbres, contratos que se enmarquen dentro de los tipos contractuales contemplados en la ley o que se aparten de aquellas.

Ello no es extraño para la administración pública toda vez que el contrato - tomando las ideas de los autores Roberto Dromi⁵⁴ y Marienhoff⁵⁵-, es una figura jurídica común tanto en el derecho público como en el derecho privado, siendo el contrato estatal una especie de una categoría general que sufre matices o modulaciones por la presencia de una entidad pública en uno de sus extremos y por la finalidad que le condiciona, lo que permite que aquello que de manera general se acepta para los contratos privados igualmente se pueda aplicar en el contrato estatal (artículo 13 ley 80 de 1993).

Así, es necesario señalar que la importancia de los contratos atípicos tanto para derecho privado como para derecho público está dada porque expresa y permite al ordenamiento jurídico⁵⁶ no ser ajeno a los cambios tecnológicos, económicos y sociales que conllevan la creación de nuevas necesidades⁵⁷ que no pueden ser

⁵⁴ Dromi, Roberto. *Licitación Pública*. 2 Ed. Actualizada, Ediciones ciudad Argentina, Buenos Aires, 1995. "No hay figuras jurídicas exclusivas de derecho privado o de derecho público: la propiedad, los contratos, la responsabilidad, las servidumbres, el derecho subjetivo, etc, son instituciones utilizadas comúnmente por ambos. Son sencillamente figuras jurídicas, categorías generales del derecho, cuya esencia permanece idéntica en cada supuesto". Pág. 20.

⁵⁵ Marienhoff, Miguel S. *Tratado de derecho administrativo*. 4 Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1995, Pág. 30. Señala el autor: "respecto de la discusión si existía contrato administrativo especie en el derecho público se encuentra referencia a Diguít en el sentido que este autor señala que el contrato es una categoría única en efecto señala "Antaño, Diguít sostuvo que no correspondía oponer la noción de contrato de derecho público a la de contrato de derecho privado – decía- transunta una determinada categoría jurídica, y si los elementos que lo constituyen se hallan reunidos, existirá siempre con el mismo carácter y las mismas consecuencias.(...)"

⁵⁶ Messineo Ob. Cit. Pág. 380.

⁵⁷ *Ibidem*. Pág. 381: "La verdad es que el contrato innominado reproduce, en términos particulares la situación más general, por la cual el derecho estatuido se encuentra , en un cierto modo, atrasado con respecto a la realidad vivida, en el sentido de que los institutos jurídicos tiene por lo común su germen,

satisfechas a través de las figuras típicas legales⁵⁸ y que son resultado de negocios queridos por las partes o por el simple descuido a la hora de diseñar el contrato, lo cual sin duda establece que los contratos atípicos son “*índice más seguro de que la vida jurídica no se fosiliza en formas inmutables, sino que, por el contrario, está en perenne movimiento y en constante evolución.*”⁵⁹

3.1 Definición de Contrato Estatal Atípico.

En contraposición de la palabra “atípico” esta aquello que se considera “típico” término que ha sido objeto de una importante reflexión por el derecho moderno a través de la doctrina y recogido en la jurisprudencia en la medida que se reconoce su diferencia con el término “nominado” a pesar que en muchos casos se utilizan como sinónimos como veremos más adelante en las definiciones doctrinales sobre contrato atípico.⁶⁰

En primer lugar, ha dicho la doctrina que nominado viene del derecho romano⁶¹ y se refiere a la mención que la ley hace de un contrato pero sin que signifique su

no en la fantasía de los juristas o del legislador, sino en la inventa practica de los mismos interesados y encuentran generalmente una primera disciplina en los usos, antes que la legislación se apodere de ellos. El fenómeno del uso (o costumbre)

⁵⁸ Díez-Picazo Ob. Cit. Pág. 386 *La importancia económico-social de los contratos atípicos es muy grande. Son un instrumento para que la vida social y económica, siempre varía y cambiante, puede desarrollarse. El desarrollo económico – el paso de la sociedad preindustrial a la sociedad industrial y el de esta última a la sociedad posindustrial- se realizan casi siempre por la vía de los contrato atípicos, que se multiplican incesantemente.*

⁵⁹ Messineo. Ob Cit. Pág. 381.

⁶⁰ Castro Ruiz, Marcela...[et al.] *Contratos atípicos en el derecho contemporáneo colombiano*. 1Ed., Cámara de Comercio de Bogotá – Editorial Kimpres Ltda, Bogotá, 2006, Pág. 10. “*Hoy día los nominados o innominados se clasifican según si la ley les 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 se carece de ella (...) En ese orden de ideas, los contratos legalmente típicos son necesariamente nominados pero no todos los contratos atípicos son innominados, ya que pueden existir y de hecho existen figuras socialmente identificadas, reconocidas y frecuentemente utilizada por la comunidad negocial (tipicidad social) que no encuentra una reglamentación en la ley.*”Pág. 10.

⁶¹ Gete-Alonso, María del Carmen y Calera. *Estructura y función del tipo contractual*. Bosh Casa Editorial S.A., Barcelona, 1979. La autora realiza un estudio de un concepto que estaba ya presente dentro de otras ramas del Derecho presentando las nociones de tipo y tipicidad, señala que estos conceptos se recogen de su uso por otras ciencias y lo que permiten es mirar la figura contractual desde el punto de vista de la realidad social y no como una elaboración de un concepto. De esta forma el tipo es la consagración a nivel del mundo jurídico por medio de la tipificación de una conducta determinada; y la tipificación es “el especial modo de organizar la regulación de los actos jurídicos; ordenación que se

desarrollo o su disciplina completa por la ley⁶². En segundo lugar, el término típico⁶³ significa recoger y disciplinar el contrato, por lo cual no basta con tan solo que la ley nombre o denomine un contrato, es necesario que este contrato esté tipificado⁶⁴ o disciplinado en cuanto a su contenido, sus efectos, sus requisitos para que sea realmente se considere como contrato típico.⁶⁵

efectúa a través por medio de la noción de tipo” Pág. 15 Igualmente en este sentido ver a Arrubla Paucar Ob. Cit. Pág. 44.

⁶² *Ibidem* Pág. 32 “En efecto- como se tendrá ocasión de ver más detalladamente- el “nomen” responde a una etapa de la evolución contractual marcada por un evidente formalismo, y aplicada a la distinción entre contrato nominado – innominado. El origen de tal clasificación – como se conoce- se encuentra en el sistema contractual presentado en el Cuerpo Justineano, para hacer referencia, con ella, al fundamento de la eficacia obligatoria de –valga la repetición- la obligación contractual, pero no necesariamente ligada a la idea de regulación, es decir, tipicidad, o falta de ésta.

⁶³ Farina Juan M. *Contratos comerciales moderno modalidades de contratación empresarial tomo I*. 3 ed Editorial Astrea. De Alfredo y Ricardo Depalma, Buenos Aires, 2005, Pág. 372

⁶⁴ Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del veintidós (22) de octubre de dos mil uno (2001) M-P. Jorge Antonio Castillo Rugeles. Expediente. No 5817. Señala la Corte: “I. TIPICIDAD Y ATIPICIDAD CONTRACTUALES. Desde un punto de vista genérico, el concepto de tipicidad denota, en el ámbito del Derecho, aquella particular forma de regular ciertas situaciones generales a través de “tipos”, los cuales no son otra cosa que conductas y fenómenos sociales individualizados en preceptos jurídicos, por medio de un conjunto de datos y elementos particulares, que brindan una noción abstracta de dichas realidades, todo ello con miras a facilitar un proceso de adecuación de un hecho o comportamiento de la vida, al modelo normativo que indeterminadamente lo describe, con el fin de atribuirle los efectos allí previstos. De manera que la tipicidad, cumple dos funciones significativas: de un lado, la de individualizar los comportamientos humanos y, de otro, la de especificarlos y reglarlos jurídicamente.

En tratándose de la tipicidad de los contratos, ella tiene por finalidad la de ordenar las disposiciones negociales a través de tipos contractuales, mediante un proceso que toma como punto de partida la especificación, con sustento en un conjunto de datos o coordenadas generales, fruto de la autonomía privada de las partes, es decir, el contrato, para, a partir de allí, agregar las notas particulares y distintivas que dan lugar a los diversos arquetipos de contrato. Cuando dichos tipos están previstos en normas legales (para distinguirlos de los originados en la denominada tipicidad social, es decir, la gobernada por normas consuetudinarias), la tipicidad presupone la existencia de negocios jurídicos normativamente hipotéticos, a los cuales, cuando sea del caso, habrá de adecuarse la declaración de voluntad de las personas, para aplicarle la regulación prevista en la regla legal. Por supuesto que, como fácilmente puede entenderse, allí radica la importancia de la tipicidad contractual, esto es, en la descripción del tipo y en su regulación jurídica.”

⁶⁵ Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de 13 de diciembre de 2001. M.P. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo Expediente No 6462 señala la Corte: “Es acotar por su conexión conceptual con el presente asunto, que esta sala, en reciente oportunidad, puso de presente que existen casos en los que la ausencia de regulación normativa suficiente, puede conducir a catalogar a un contrato como atípico. Así lo expreso en punto tocante con el contrato de agencia de seguros no obstante referirse a ella leyes y decretos. (L65/66 y D.827/67, D.663/93, D.2605/93), ya que “nunca el legislador ha intentado disciplinar con la especificidad requerida suficiente, compara darle cuerpo de un contrato típico, el vínculo que contraen directamente la compañía y la agencia de seguros. La ley, al igual que lo ha hecho con muchas otras actividades, profesiones u oficios, ha intervenido la actividad de

De igual manera el término tipicidad se ha dividido en varias categorías según el origen de ésta, por lo cual se ha señalado que la tipicidad de un contrato se puede dividir entre tipicidad legal o tipicidad consuetudinaria o social⁶⁶, en la medida que los contratos al ser producto de la autonomía de la voluntad en su faceta de libertad contractual o autonomía contractual permite la creación de los más variados contenidos contractuales entre los límites ya mencionados, que luego pasan a ser contratos usuales en el tráfico jurídico y de allí que exista una tipicidad social sin que el contrato llegue a estar recogido en la ley.

Es importante tener en cuenta esta clasificación pues a pesar que típico para los términos de este trabajo son aquellos que están regulados en la ley (tipificados legalmente)⁶⁷, algunos contratos atípicos son ampliamente utilizados en el tráfico jurídico e incluso tienen un nombre definido, unos elementos y una finalidad económica y social que los diferencia de los demás; lo cual es importante pues se ha discutido en muchos casos sobre la integración del contrato atípico si se ha de tener en cuenta esta tipicidad social, y también explica la confusión sobre algunos usos contractuales que siendo atípicos se cree son regulados por la ley como se verá en la parte tercera de este trabajo.

Teniendo en cuenta lo anterior sobre la definición de contrato atípico ha dicho la doctrina de derecho privado y de derecho administrativo⁶⁸:

Juan M. Farina:“(..)

Contratos atípicos son aquellos no regulados por la ley, surgidos de la vida jurídica en razón de la libertad de contratación, inherente – junto con la libertad para contratar- a la

las aseguradoras y de sus intermediarios, sin que esto suponga una regulación específica de los contratos que éstos celebran” Cas. Civ. De oct.22/2001 Exp. 5817.

⁶⁶ Castro Ruiz, Ob. Cit. Pág. 11.

⁶⁷ Farina. Ob. Cit. Pág.369

⁶⁸ En la definiciones que se citan en este numeral algunos autores no hacen mención al contrato atípico sino a contrato innominado, sin embargo, al estudiar su definición se evidencia que en estos casos se utiliza como sinónimo de atípico en la medida que su definición vincula la característica esencial de contrato atípico la cual es que no existe una disciplina completa del contrato en la ley.

*autonomía de la voluntad. No han merecido aún recepción mediante una disciplina legal particular.*⁶⁹

Vincént Chulia señala:⁷⁰

Son contratos atípicos los no regulados legalmente aunque ésta los menciona reconociendo simplemente su existencia en la realidad social.”

Messineo⁷¹ señala:

Que contrato innominado es aquel que, aunque mencionado por la ley carece de una disciplina particular: a menos que la mención del contrato esté hecha por la ley en un lugar tal, que, mediante remisión, se pueda deducir su disciplina jurídica (...)

Alessandri Rodríguez⁷²:

“Contratos innominados son los que han quedado fuera de las previsiones del legislador y carecen, por lo mismo, de nombre y de reglamentación legales.

Bercaitz⁷³ aceptando los contratos administrativos atípicos los defino como:

“Los innominados son aquellos que presentan caracteres atípicos resultantes de la reunión en un contrato de diversos elementos constitutivos de los contratos típicos, como también aquellos otros que, dentro del marco de la legalidad, pueden ser celebrados por los órganos del Estado dentro de la esfera de su propia competencia.”

En conclusión, teniendo en cuenta los párrafos anteriores, contrato atípico estatal es aquel contrato celebrado por las entidades reguladas por el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública y que no se encuentran tipificados o regulados en dicho estatuto, en leyes especiales o en la legislación privada.

3.2 Calificación del Contrato Estatal Atípico.

Para calificar un contrato estatal como atípico o no la jurisprudencia del Consejo de Estado⁷⁴ ha utilizado un criterio proveniente del derecho privado - artículo 1501

⁶⁹Farina Ob. Cit. Pág. 370

⁷⁰ Chulia Vincent, Eduardo; Beltran Alandente Teresa. *Aspectos jurídicos de los contratos atípicos. Tomo I*. 4 Ed. Jose Maria Bosch Editor, Barcelona, 1999 Pág. 12.

⁷¹ Messineo, Francesco. Ob. Cit. Pág. 379.

⁷²Alessandri, Rodríguez, Arturo. *De los contratos*. Editorial jurídica Temis S.A. Editorial jurídica de Chile, 2000, Pág. 37

⁷³ Bercaitz, Miguel Ángel. *Teoría general de los contratos administrativos*. 2 Ed., Ediciones de Palma, Buenos Aires, 1980, Pág. 252.

⁷⁴ Colombia, Consejo de Estado - Sección Tercera. Sentencia de diecisiete (17) de mayo de dos mil siete (2007) C.P. Ramiro Saveedra radicado No 41001-23-31-000-2004-00369-01(AP)

del Código Civil⁷⁵- el cual señala que se deben identificar, en el contenido del contrato, sus elementos esenciales⁷⁶ y de allí derivar las consecuencias que para el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública implica.⁷⁷

Cabe anotar que en materia de contratación estatal cuando hablamos de calificar el contrato a través de sus los elementos esenciales no buscamos determinar si se está en presencia o no de un contrato estatal sino en la labor de establecer qué clase de contrato estatal se está celebrando: compraventa, suministro, prestación de servicios, obra, consultoría, atípico, etc., y una vez calificado el contrato se procede a integrar e interpretar sus disposiciones con las demás cláusulas obligatorias y procedimientos de formación y selección.

En efecto señala el Consejo de Estado – Sección Tercera⁷⁸ con arreglo a la doctrina privada⁷⁹ sobre la calificación del contrato que:⁸⁰

Lo expuesto conduce a señalar que la naturaleza del vínculo contractual o la identificación del tipo comercial celebrado no constituye una cuestión que dependa, en exclusiva y ni siquiera principalmente, de la denominación que al convenio decidan otorgar las partes, sino que dicha naturaleza o modalidad derivan, fundamentalmente, de la función económico-social que el acto jurídico esté llamado a cumplir o, en otros términos, de los elementos que permiten configurar el tipo

⁷⁵ Colombia, Congreso de la República, Código Civil Artículo 1501 “Se distinguen en cada contrato las cosas que son de su esencia, las que son de su naturaleza, y las puramente accidentales. Son de la esencia de un contrato aquellas cosas sin las cuales, o no produce efecto alguno, o degeneran en otro contrato diferente; son de la naturaleza de un contrato las que no siendo esenciales en él, se entienden pertenecerle, sin necesidad de una cláusula especial; y son accidentales a un contrato aquellas que ni esencial ni naturalmente le pertenecen, y que se le agregan por medio de cláusulas especiales.”

⁷⁶ Alessandri. Ob. Cit. Pág. 8 “esto cosas son los elementos indispensables para que el contrato se forme. Son, además, las que le dan su fisonomía propia y lo diferencian de los otros. De ahí que su omisión o alteración acarree o la ineficacia del contrato o su transformación en otro diferente. Las partes no pueden, por lo mismo, alterarlas o suprimirlas; ésta es una de las limitaciones que tiene la autonomía de la voluntad.”

⁷⁷ Farina. Ob. Cit. Pág. 382 y S.S.

⁷⁸ Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 18 de marzo de 2010, C.P. Mauricio Fajardo, Radicado número: 25000-23-26-000-1994-00071-01(14390) Esta sentencia es bastante ilustrativa sobre la aplicación de la teoría general del contrato privado a los contratos públicos, en especial respecto a la clasificación, interpretación, integración y efectos que se otorgan a los contratos y su recibo en el Derecho Administrativo por lo cual se recomienda su lectura completa.

⁷⁹ Díez-Picazo. Ob. Cit. Pág. 358

⁸⁰ Existe también en nuestro ordenamiento que todo contrato tiene una causa o motivo que lleva a su celebración al igual que también se sanciona con nulidad absoluta la causa ilícita como aquella que trasgrede el orden público y la buenas costumbres.

contractual del cual se trate; de ahí que el contrato, como forma específica de negocio jurídico, se califique como la más cotidiana y usual forma de disposición de intereses en procura de una función práctica, económica o social y que en consideración a la función o funciones que les corresponda desplegar, el ordenamiento jurídico instituya categorías o tipos de contratos dentro de un esquema fáctico concreto, definitorio de su naturaleza, clase o especie, algunas de ellas reguladas expresamente por el legislador, otras por la sociedad —de suerte que surgen incluso de los usos y de las prácticas sociales— y otras por el tráfico jurídico mismo, diferenciándose así los contratos típicos y nominados de los atípicos y los innominados, tanto por la doctrina como por la jurisprudencia.

De esta manera el criterio para determinar la atipicidad o no de un contrato de acuerdo a lo expuesto por esta sentencia está determinado por la función socio-económica que está llamado a cumplir. En cuanto a este criterio señala Díez-Picazo:⁸¹

(...) Lo que define y lo que delimita los tipos contractuales o los tipos negociales es la función que realizan, la finalidad que desempeñan dentro de la vida social, el resultado los resultados empíricos que con ellos tratan las partes obtener.

Se comprende, en seguida, que la tipicidad – y por tanto también la atipicidad- se encuentra en función de algo que, entre nosotros, se viene denominando “causa” del negocio. El mismo entronque con el tema de la “causa” presenta la figura del negocio jurídico indirecto, donde se utiliza un tipo negocial para obtener una finalidad diversa o un resultado empírico distinto del asignado a dicho contrato.

Y más adelante señala el mismo autor⁸²

“Hay pues un contenido esencial y un contenido accidental del contrato, Ahora bien, ¿Cómo se distingue lo que es esencial y lo que no es? Cuando la ley determina el contenido mínimo del contrato en cuestión, no surge problema alguno: es contenido esencial el determinado por la ley como contenido mínimo. Ello no quiere decir que ese contenido sea obligatorio. Las partes no están obligadas a dar a su contrato ese contenido. Tienen la carga de dotarle de tal contenido a fin de que surta los plenos efectos que la ley asigna al tipo contractual. Dándole otro contenido diverso, las partes habrán celebrado un contrato de naturaleza distinta.

Cuando la ley no lo determina expresamente, ¿Cómo se dilucida cuál es el contenido esencial del contrato? Es esencial aquella parte del contenido reglamentario de un contrato si la cual no puede realizarse la función económica objetiva correspondiente al tipo contractual, ni el intento empírico perseguido por las partes. Es decir, aquel contenido que es imprescindible para que la función económica típica sea cumplida y para que el intento práctico sea conseguido. En cambio, es accidental aquel contenido que no es necesario para conseguir aquellos fines. (...)

⁸¹ Díez-Picazo Ob. Cit. Pág. 217.

⁸² *Ibidem* Pág. 358

Así mismo frente a la causa – finalidad, como elemento objetivo que permite calificar el tipo de contrato señala Emilio Betti⁸³.

“De otro lado, la noción de causa como característica del tipo de negocio surge paralela a la teoría de los essentialia y naturalia negotii y su antítesis con los accidentalia negotii se refiere solamente al tipo de negocio jurídico. Sólo frente al tipo de negocio tiene sentido valorar sus elementos constitutivos como esenciales, naturales, accidentales. Esenciales son, precisamente, los elementos necesarios para constituir un negocio del tipo determinado, que se considera, tales que sin ellos un negocio de aquel tipo no podría existir. Ahora bien –como se ha señalado justamente- un negocio cualquiera es calificable como de determinado tipo precisamente en cuanto cumple la función económico-social que caracteriza al tipo mismo. Pero esta función característica del tipo que se considera, y que el Derecho protege, no es otra que su causa. Así, los elementos esenciales de la compraventa son las dos partes, el doble objeto (cosa y precio) y la relación conmutativa que se ha establecido por contenido del negocio con el acuerdo de operar el cambio; pero éstos son precisamente los elementos concretos de la función de cambio característica de la compraventa, de la función que es causa del negocio y el Derecho tutela.(...)”

En conclusión los contratos atípicos se caracterizan por ser contratos en los cuales su causa o función socio-económica no corresponde a ninguna de los contratos tipificados por la ley, es decir, en palabras de Messineo *“Podría hacerse pensar que lo contrario la consideración de que en los contratos nominados la causa es fijada por la ley, la causa es fijada por las partes o por los usos que eventualmente se han formado acerca de ella (causa atípica)”*⁸⁴. Ello significa que las partes son las que dotan al contrato de aquellos elementos esenciales que confluyen bien sea de tomar elementos propios de otras figuras o de elementos originales para crear una relación jurídica propia que difiere de las demás.

Así, a pesar que las partes hayan querido celebrar un tipo específico de contrato y le dieran un nombre para ello, es realmente el contenido de sus elementos esenciales los que permiten conocer la finalidad práctica o el fin socio-económico, criterio eminentemente objetivo⁸⁵ que se ha denominado también como causa-final (elemento teleológico) del contrato.⁸⁶

⁸³ Betti, Emilio. *Teoría general del negocio jurídico*. Editorial Comares, Granada, 2000. Pág. 165

⁸⁴ Messineo Ob. Cit. Pág. 394.

⁸⁵ Es preciso señalar que la causa es un concepto equívoco en el derecho privado; cuando se habla de causa se puede estar refiriendo a: 1) la causa de las obligaciones como sucede en los contratos

Ahora el criterio de la causa o función socio-económica utilizado por el Consejo de Estado permite establecer la diferencia del contrato atípico, en especial la del contrato atípico mixto, con otras figuras contractuales y que en algunos casos se confunden.

Al respecto Messineo⁸⁷:

(...) El criterio al que se debe recurrir, aun en el caso de que la voluntad de las partes ofrezca elementos de juicio, es- como se sostiene, después de las discusiones a este respecto-, el de la causa, considerada como elemento típico que individualiza al contrato; y es un criterio simple, porque donde haya una causa única aunque compleja, habrá pluralidad de contratos, y si, como es mucho más frecuente, se tratara de causas correspondientes a otros tantos contratos nominados, habrá pluralidad de contratos nominados, o, en última hipótesis, pluralidad de contratos nominados y de contratos innominado.

En efecto, existen eventos en los cuales las partes introducen cláusulas⁸⁸ a los contratos típicos que no les son propias a su naturaleza pero que no modifican sus elementos esenciales, es decir, no modifican su función socio-económica y por tanto el contrato seguirá siendo típico y deberán aplicársele las normas que regulan su contenido.

En los contratos coligados o conexos, contratos que están unidos, como sucede con los contratos de garantía accesorios al principal o los contratos de

sinalagmáticos en los que la obligación es causa de la obligación recíproca, o II) de la causa como el motivo que llevó a las partes a suscribir el contrato, y por ello nuestro ordenamiento señala cómo vicio de nulidad la causa ilícita del contrato y III) causa como aspecto objetivo de la relación y que se refiere a la función socio-económica que el contrato cumple la cual se explica en este numeral.

⁸⁶ Colombia, Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, sentencia de 12 de marzo de 2009, C.P. Gustavo Aponte Santos, radicado No 1942 “Así las cosas, puede decirse que lo esencial en una acuerdo de voluntades, es aquello sin lo cual ese acuerdo deja de serlo para mutar en otro diferente o simplemente para extinguirse. En otras palabras, si llegaren a desaparecer elementos esenciales durante la ejecución de un contrato, la consecuencia lógica sería su terminación, o la necesidad de suscribir otro que regule la nueva situación fáctica que se presenta, precisamente por el desaparecimiento del elemento esencial que determinaba la existencia del contrato anterior.”

⁸⁷ Messineo Ob. Cit. Pág. 393.

⁸⁸ *Ibidem*. Pág. 391 a) puede presentarse el caso de que, al lado de una prestación que caracteriza un contrato nominado, se encuentre (de la misma parte) un elemento contractual que, aunque pertenezca a otra figura de contrato, también nominado, queda como absorbido por el primero y, por tanto, no puede ser su elemento característico.

interventoría y los contratos de obra o ciertos contratos interadministrativos⁸⁹, en los que las partes buscan un fin práctico común pero lo que caracteriza este tipo de contratos es que no llegan a ser uno solo, son contratos distintos relacionados entre ellos pero no constituyen un contrato típico o atípico, es decir, un solo contrato.⁹⁰

Y por último los contratos complejos o mixtos⁹¹, los cuales implican una pluralidad de prestaciones en un mismo instrumento o contrato pero no existe una unidad de causa que haga que el contrato sea uno solo y por tanto no es un contrato atípico sino varios distintos en un mismo documento.

3.3 Clasificación del Contrato Estatal Atípico.

Los contratos atípicos se han clasificado de muchas maneras. Seguiremos la clasificación de Messineo⁹² en la medida que esta clasificación a nuestro juicio es sencilla y comprensiva de todos los estados en los cuales se puede crear un contrato atípico⁹³ y así mismo proporciona mayor facilidad para clasificar los contratos en la tercera parte de este trabajo, así:

⁸⁹ Estos contratos pueden encontrarse en la matriz de contratos atípicos puros (Anexo 1^a) entre aquellos contratos celebrados entre la Defensa Civil y la Agencia Logística de las fuerzas Militares con el objetivo que esta última contrate los servicios o los bienes determinados por parte de la Defensa Civil a través de la elaboración de los estudios previos.

⁹⁰ Mosset Iturraspe. Jorge. *Contratos Conexos Grupos y Redes de Contratos*. Rubinzal – Culzoni Editores, Buenos Aires, 2006. Pág. 45. 2. *Los contratos Mixtos: Tales contrato, los mixtos o complejos, son aquellos que, en un solo negocio contractual, mezclan, combinan o entrelazan prestaciones correspondientes a dos o más contratos típicos. Empero, el contrato, ahora atípico, sigue siendo uno solo, mientras en los “conexos” son dos o más. “La diferencia entre las dos maneras de contratar está, por tanto, en el número de convenios celebrados. En el mixto hay una sola causa y en los conexos dos o más causas según sea el número de acuerdos.”*

⁹¹ Messineo Ob. Cit. Pág. 393. Índice de la unidad de la causa es, por lo común, la conexión objetiva o la conexión funcional de las (varias) prestaciones (por ej suministro de energía eléctrica necesaria para una fábrica dada en alquiler) o, también la unidad del elemento de hecho de la figura de contrato dada, cuando entre dos prestaciones exista una relación de subordinación tal, que una prestación funcione como medio de cumplimiento de la otra”.

⁹² *Ibidem*. Ob. Cit. Pág. 396.

⁹³ Rengifo García, Ernesto. “Interpretación del contrato atípico a luz de la jurisprudencia colombiana.” en Salame, Antonio Aljure...[et al.]; Mantilla Espinosa, Fabricio, Ternera Barrios, Francisco, directores académicos. *Los contratos en el derecho privado*. 1 Ed., Editorial Universidad del Rosario, Legis S.A., Bogotá, 2007, Pág. 49. Es especial lo citado respecto de la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de Mayo 31 de 1936 M.P. Dr. Juan Francisco Mujica. Esta sentencia realiza una amplia presentación en

En primer lugar tenemos los contratos atípicos en sentido estricto o contratos atípicos puros. A esta categoría corresponden los contratos atípicos cuyos elementos no tienen parecido con alguno otro tipo contractual.

En segundo lugar los contratos atípicos mixtos los cuales estarían constituidos por aquellas figuras conocidas por la ley pero dispuestas en órdenes distintos a los contemplados en los tipos contractuales y que corresponden a elementos tomados de más de un contrato en relación de coordinación o de subordinación según sea el caso.⁹⁴

3.4 La Problemática de los Contratos Atípicos.

De acuerdo con la doctrina privada⁹⁵ existen dos grandes problemas que presentan los contratos atípicos en derecho privado, el primero, se refiere a la admisibilidad del contrato atípico por el ordenamiento jurídico; el segundo, el régimen aplicable a dichos contratos.

Estos problemas igualmente surgen para el contrato típico estatal pero dentro del segundo podríamos decir que también se deben incluir otros problemas adicionales propios del contrato estatal como lo es la formación y la ejecución del contrato, pues si bien la autonomía de la voluntad permite celebrar los contratos necesarios para beneficio del interés general también lo es que en los contratos estatales existe una mayor presencia de normas imperativas que limitan su ejercicio y que imponen un curso de acción a las partes contratantes en especial para la entidad pública.⁹⁶ Por ello, a continuación abordaremos los temas de: **I)**

la manera como los contratos pueden presentarse cuando se combinan contratos o elementos de contratos tipos, tomando con solución para integrar su contenido el de la combinación, en el cual a cada elemento de un contrato tipo se han de aplicar las normas que lo regulan.

⁹⁴Messineo Ob.Cit. Pág. 397

⁹⁵ Rengifo García, Ernesto. Ob. Cit. Pág. 47 y ss. también Díez-Picazo Ob. Cit. Pág. 391. Arrubla Paucar, Jaime Alberto. *Contratos Mercantiles Tomo II Contratos Atípicos*, 5 Ed., Editorial Dike, 2004, Pág. 21-51. Trigo Represas, Felix; Stiglits Ruben. *Contratos*. Ediciones la Rocca, Buenos Aires, 2001, Pág. 44 a 55 y Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del veintidós (22) de octubre de 2001, M.P. Jorge Antonio Rugeles, Exp. 5817

⁹⁶ Un ejemplo son los casos en los cuales se tienen consecuencias de una indebida calificación del contrato no queridas por una de las partes o las dos partes: ver Solarte Maya Ob. Cit. Pág. 101-107. el Laudo Arbitral – Empresa de Energía de Boyacá S.A. E.S.P. Vs Compañía Eléctrica de

admisibilidad del contrato estatal atípico; II) Integración del contrato estatal atípico y III) problemática del contrato estatal atípico.

3.4.1 Admisibilidad del Contrato Estatal Atípico.

El contrato atípico, o mejor el contenido regulado en él, es admisible en nuestro ordenamiento jurídico siempre y cuando esté dentro del orden público y las buenas costumbres, que no tenga objeto ilícito o causa ilícita, que no estén presentes vicios del consentimiento y que en aquellos casos que se exigen formalidades se cumplan para el nacimiento del contrato.

De igual forma, el contrato atípico es admisible para el derecho administrativo además de cumplir con estos requisitos -aunque no de vicios del consentimiento sí de competencia para la entidad contratante-, en virtud que la ley 80 de 1993, como ley de principios, facultó a las entidades públicas para que estas en aplicación de los principios de autodeterminación y de la autorresponsabilidad sean quienes determinen el tipo de contrato que mejor se ajuste al interés general e incluyan en sus contratos las cláusulas necesarias para dicho fin.

En efecto la ley 80 de 1993 en su artículo 32 al señalar la definición de contrato estatal señala también sus fuentes de regulación y de allí claramente la presencia del fundamento para los contratos atípicos:

“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, así como los que, a título enunciativo, se definen a continuación.” (subrayado fuera del texto).

Sochagota S.A. E.S.P. al considerar el contrato como atípico los árbitros consideraron que el contrato no se le aplicaba una regulación propia de la CRE sobre contratos de suministro. Igualmente: Colombia, Consejo de Estado sentencia del 18 de marzo de 2010, C.P. Mauricio Fajardo Radicación número: 25000-23-26-000-1994-00071-01(14390) un contrato calificado como de arrendamiento por sus elementos esenciales resulta ser un contrato de concesión y aplicaban otras normas a su procedimiento de adjudicación, por lo tanto fue declarado nulo el contrato.

De las definiciones del artículo 32 de la ley 80 de 1993⁹⁷ se entienden existen tres fuentes de los contratos estatales⁹⁸:

1. Los previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, lo cual sin duda junto con el artículo 13 y 40 remite tanto a los Códigos Civil y de Comercio así como la tipificación que se realice de un contrato en la legislación especial que valga la pena añadir puede ser privada o pública. También es necesario mencionar que este caso también se incluyen disposiciones especiales sobre contratos, como por ejemplo la regulación que realicen los entes públicos encargados de un mercado en particular sobre las actividades económicas que en él se desarrollan. – Ej. La Supervigilancia para los prestadores del Servicio de Vigilancia Privada
2. Los contratos estatales que a título enunciativo se mencionan en el artículo 32, contratos que si bien no se desarrollan en su integridad consideramos están definidos sus elementos mínimos que junto con el resto de cláusulas que se incorporan a lo largo del estatuto contractual ofrecen una disciplina que conlleva la tipicidad de estos contratos.
3. La autonomía de la voluntad, y para ello nos remitimos a lo dicho anteriormente sobre este postulado en apartes anteriores de este trabajo, pero que sin duda representa la habilitación legal para las entidades públicas de concluir contratos atípicos⁹⁹.

⁹⁷ Mutis Vanegas, Andres; Quintero Múnera, Andrés. *La Contratación estatal: análisis y perspectivas*. Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 2001, Pág. 157.

⁹⁸ Palacio Hincapié, Juan Angel. *La contratación de las entidades estatales*. 5 Ed., 2005, Pág. 31. "El nuevo régimen de contratación no escapó a la intención privatizadora de la política de apertura económica y de privatización del gobierno, dando auge a la libertad de contratación bajo el principio de la autonomía de la voluntad, de donde los contratos estatales, no tiene una tipología específica sino que obedecen al acuerdo de voluntad de las partes, sometido desde luego a la naturaleza del objeto a contratar (arts. 13 y 32) (...)"

⁹⁹ Colombia, Contraloría General de la República. Concepto No 80112- 2008 EE 6497 de fecha 14 de febrero de 2008. Sobre la admisibilidad del contrato atípico estatal señaló: El Estatuto de Contratación Pública establece unas modalidades de contratos a manera de ejemplo, pero otorga a las entidades la posibilidad de contratar todas las formas que busquen la satisfacción de sus necesidades, a través de

Esta clasificación pone de presente un cambio de paradigma en el entendimiento del postulado clásico del principio de legalidad respecto del contrato estatal y su tipología, sin embargo, creemos que el contrato atípico siempre ha estado presente y en una u otra medida la libertad contractual de la administración si consideramos que el contrato es similar al contrato de derecho privado y ambos tiene su pilar o sustento en la autonomía contractual.

Sin embargo, aún en vigencia del estatuto anterior, tanto la jurisprudencia como la doctrina de derecho administrativo aceptaban la presencia de *contratos administrativos atípicos*. En efecto, el Consejo de Estado, Sección Tercera en Sentencia del 21 de abril de 2005 radicado No 14651 C.P. Ramiro Saavedra Becerra, señaló:

Como tampoco corresponde el negocio jurídico celebrado por las partes a ninguno otro de los tipificados en el Decreto Ley 222 de 1983, no obstante lo cual, subsiste su naturaleza vinculante como acuerdo de voluntades creador de obligaciones a cargo de los cocontratantes y regido por las cláusulas pactadas por éstos.

Más adelante en la misma Sentencia la Sección Tercera del Consejo de Estado en cita a Bercaitz igualmente señaló:¹⁰⁰

“Los innominados son aquellos que presentan caracteres atípicos resultantes de la reunión en un contrato de diversos elementos constitutivos de los contratos típicos, como también aquellos otros que, dentro del marco de la legalidad, pueden ser celebrados por los órganos del Estado dentro de la esfera de su propia competencia.

Fiorini sostiene que el contrato innominado se desconoce en el derecho administrativo. Consideramos equivocada esta afirmación.

Como expresa Riveró: ‘Fuera de esos contratos (que deja enumerados renglones más arriba) que corresponden a un tipo determinado, como los contratos especiales del derecho civil, la administración utiliza el procedimiento contractual a los fines y según las combinaciones más diversas: son los contratos innominados de derecho administrativo. Todo esto pone en relieve la expansión que conoce actualmente el contrato administrativo y la renovación que resulta en su teoría general’.

acuerdos que pueden denominarse atípicos o que siendo típicos incluyan cláusulas especiales y propias, con el propósito de cumplir el objeto que se busca.

¹⁰⁰ BERCAITZ, Miguel Angel. Ob. Cit. 2 Ed., Ediciones De Palma, Buenos Aires, 1980. Pág. 252.

También Escola rechaza la posición negativa de Fiorini: ‘Es cierto que los más importantes contratos administrativos están nominados y regidos por la ley. Pero no es sostenible en cambio que la administración pública, en el curso de esa gestión, no puede celebrar sino esos contratos, y solamente éstos’. ‘Al contrario, si el interés público lo exige, si la actividad administrativa lo impone, no puede negarse a la administración la posibilidad de celebrar otros tipos o clases de contratos, y aun la de crear nuevas figuras contractuales’.

Coincide Marienhoff. En el derecho administrativo -salvo excepciones- la mayoría de los contratos no están disciplinados normativamente, de donde, implicando figuras que no constituyen contratos pertenecientes a una categoría predeterminada, carecen de una denominación especial.

Hacemos nuestros esos conceptos y agregamos que, además, como se ha dicho, aun cuando siempre rija la máxima ‘plus est in re quam in nomine’, esta clasificación de contratos nominados e innominados presenta interés para conocer cuál ha sido el propósito de las partes al celebrarlos, y cuáles son las reglas a que pueden estar sometidos, principalmente si se trata de un contrato disciplinado por normas legales”.

Lo anterior, hace evidente que el contrato atípico ha estado presente en el derecho administrativo aún antes de la ley 80 de 1993, pues es claro que la necesidad y la importancia de este tipo de contratos llevan a evitar que la administración pública permanezca estática frente a los nuevos cambios económicos, tecnológicos y sociales que demanda la creación de nuevas relaciones contractuales.

3.4.2 Integración del Contrato Estatal Atípico.

Frente al segundo problema, que es la búsqueda de la aplicación del régimen contractual a los vacíos dejados por las partes en el contrato atípico, la doctrina y la jurisprudencia lo han tratado de resolver por medio de diferentes teorías¹⁰¹ en especial cuando se trata de contratos atípicos mixtos conformados por elementos de diferentes contratos tipificados en la ley sin que existan hasta el momento una unidad de criterios.¹⁰²

¹⁰¹ Messineo Ob.Cit. Pág. 398 y ss.

¹⁰² En este sentido ver las obras ya citadas en este trabajo de Farina, Messineo, Arrubla Paucar, Rengifo García, Ospina Fernández y Ospina Acosta.

El autor colombiano Ernesto Rengifo en relación con la importancia de la calificación e integración del contrato atípico señaló:

“Es pertinente mencionar que el fenómeno de la integración de un contrato no aplica tanto sobre el contenido del contrato, o mejor, sobre las cláusulas que conforman el entramado del negocio, sino en esencia y fundamentalmente sobre los efectos del contrato. Aquí ha de recordarse que mientras la competencia dispositiva es de los particulares, la competencia normativa es de la ley. Es decir, que los efectos del acto de disposición de intereses son obra del ordenamiento jurídico y no de la voluntad de las partes (...).”¹⁰³

Conviene advertir que en el proceso de integración del negocio, participa la fase de su calificación jurídica, la de su interpretación (darle sentido a las reglas pactadas por las partes) y la de integración propiamente dicha, es decir, la tarea de encontrar las normas aplicables a los supuestos no previstos por las partes y para ello se habrán de aplicar los criterios expuestos por la Corte Suprema de Justicia en las sentencias atrás explicadas, de donde se destaca que primero habrá de recurrirse a la voluntad de las partes, después a las normas generales sobre contratos y obligaciones y, finalmente, a las normas correspondientes a los tipos contractuales más afines que, por supuesto, se acomoden a la finalidad jurídica y práctica buscada por las partes en su respectivo acto de disposición de intereses.

A continuación presentamos las teorías que la jurisprudencia y la doctrina han utilizado para tratar de resolver el problema de la integración del contrato atípico:

Teoría de la Absorción: señala esta teoría que se debe buscar un elemento preponderante entre el contrato atípico que se destaque de los demás y por tanto, respecto de este elemento preponderante, se debe dar la aplicación del régimen legal del contrato¹⁰⁴. Sin embargo, se ha criticado esta teoría pues en muchos casos existen varios elementos principales necesarios para alcanzar la finalidad del contrato, estos elementos no pueden separarse pues cooperan entre sí y se desnaturalizaría el contrato si se aplican las normas de un contrato que no

¹⁰³ Rengifo García Ob. Cit. Pág. 67

¹⁰⁴ Colombia, Consejo de Estado. Sentencia del 7 de abril de 2011, M.P. Stella Conto Díaz Del Castillo. Radicado No 25000-23-26-000-1992-07866-01(17765). En esta reciente sentencia el criterio de integración del contrato atípico fue la teoría de la combinación. En efecto, señaló: *En conclusión se trató de un contrato atípico con objeto mixto, relativo a la fabricación y venta de cocinas que debían entregarse instalados, cuya actividad predominante y de mayor costo lo constituyó el bien terminado y, en consecuencia las relaciones surgidas se gobiernan por las normas que regulan la compraventa de bienes muebles, actividad mercantil, sometida al derecho privado, sin sujeción a norma alguna del Decreto 222 de 1983, especialmente porque dicho estatuto no reguló los contratos celebrados por las sociedades de economía mixta, salvo los de obra pública y de empréstito.*

pretendieron celebrar.¹⁰⁵ Además que en muchos casos no es posible determinar con facilidad cuál es el elemento preponderante del contrato (atípicos mixtos) o existen casos en los cuales los elementos son originales y no se asemejan a otras figuras contractuales (atípicos puros).

Teoría de la Combinación: señala esta teoría que a cada uno de los elementos que conforman el contrato atípico cuando estos correspondan a un contrato regulado en la ley se les deben aplicar las normas de estos contratos, es decir, si existe la entrega de un bien mueble a cambio de un precio a esta parte del contrato se le aplicarán las normas del contrato de compraventa. Sin embargo, la crítica a esta teoría señala que no es posible aplicarla porque en muchos casos las obligaciones o son atípicas o siendo elementos legales conocidos se estaría eliminado la importancia del contrato atípico en especial de la categoría mixta y un contrato que se previó como una unidad con un fin específico que es aquello que se busca al mezclar los elementos típicos, de lo contrario entonces no tendríamos un contrato sino varios contratos en la práctica.¹⁰⁶

¹⁰⁵ Arrubla Ob. Cit. Pag. 33 y 34. El autor Colombiano Arrubla Paucar señala que la crítica que puede realizarse a esta teoría se basan en la dificultad para determinar el elemento preponderante o que incluso pueden existir otros elementos preponderantes, igual que no se aporta en nada a esta forma de contratación el aplicarle un régimen contractual que no ha sido querido por las partes. Respecto de la teoría de la combinación crítica que atenta contra la unidad del contrato porque llevaría a una regulación e interpretación incoherente y desarticulada. Frente a la analogía señala que esta no soluciona el problema de la disciplina del contrato atípico ya que es difícil en muchos casos aplicar la figura jurídica más cercana así como se estaría dando al contrato una función económica que no busca.

¹⁰⁶ Tribunal de Arbitramento Instituto Nacional de Vivienda de Interés Social y Reforma Urbana Inurbe vs. Fiducolombia S.A. Laudo de fecha 1 de marzo de 2002. Respecto de la Integración del Contrato Atípico Estatal señaló: Frente a estos contratos, que se caracterizan por su pluralidad prestacional y cuyas prestaciones corresponden a dos o más contratos típicos, que la doctrina denomina contratos mixtos o complejos, es preciso determinar cuál es el régimen jurídico aplicable, toda vez que las partes han empleado un solo contrato para desarrollar el objeto de varios contratos, en este caso, del contrato de administración de recursos (fiducia de administración) con el de inversión de recursos (fiducia de inversión).

Respecto al régimen jurídico aplicable a los contratos mixtos o complejos, se observan dos corrientes de opinión: para algunos, cuando las partes combinan elementos y prestaciones de diferentes tipos contractuales en un contrato único, se presenta atipicidad de este y se le debe regular por las normas del contrato prevalente. Otros, por el contrario, sostienen que si se acoge tal interpretación desaparece el carácter mixto del contrato y que además esta postura se vuelve impráctica puesto que no todas las prestaciones podrán ser reguladas bajo la normatividad de uno de los contratos integrados; proponen entonces que cada prestación se regule dentro de lo posible y sin desvertebrar la unidad querida por las partes, bajo el régimen propio a cada una de ellas, de modo que ninguna se desnaturalice conservando la naturaleza de contrato mixto.

Teoría de la Analogía: señala esta teoría que se debe buscar la figura típica más afín al contrato y se le aplican sus normas a todo el contrato atípico. Sin embargo, se vuelve al mismo problema: las partes pretendieron celebrar un contrato distinto a las figuras típicas y el mismo tiene una finalidad que lo distingue de ellos, por lo tanto, se estaría eliminando la autonomía de la voluntad.

Teoría del Interés o Fin Dominante: esta teoría que cita Arrubla Paucar en referencia a Eneccerus, señala que en vez de estar buscando aplicar las normas de otro contrato tipificado en la ley, se debe acudir a la teoría general del contrato y las obligaciones. Se ha criticado esta teoría pues de acuerdo a la cita de Arrubla a Federico de Castro y Bravo supone una “*confesión de impotencia para encontrar un criterio general (De Castro y Bravo, Federico Ob. Cit. Pág. 208.)*”¹⁰⁷

*Teoría de la Emancipación:*¹⁰⁸ en el mismo sentido que la teoría del interés o fin dominante, Farina¹⁰⁹ habla de la teoría de la emancipación entendiendo que el contrato que han creado las partes es único y por ende carece de sentido la aplicación de las normas de otro contrato, por esto propone que el régimen

Esta posición conceptual además de ofrecer mayores ventajas desde el punto de vista jurídico estima el tribunal es la más apropiada frente al análisis de las prestaciones que se integran bajo los contratos celebrados entre el Inurbe y Fiducolombia.

¹⁰⁷ Ibidem Pág. 34.

¹⁰⁸ Tribunal de Arbitramento del Instituto Distrital para la Recreación y el Deporte - IDR D vs. Reforestación y Parques S.A. Laudo Arbitral de fecha catorce (14) de noviembre de dos mil tres (2003). Patricia Mier Barros, Presidente—Luis Guillermo Dávila Vinueza, árbitro—Mauricio Fajardo Gómez, árbitro. Sobre la integración del Contrato Atípico Estatal:

“De esta manera, es claro para el tribunal, que la calificación dada por las partes al contrato, no obliga al juez ni tal manifestación tiene en sí misma la potestad de determinar el régimen jurídico del convenio. No pueden las partes de un contrato, por la calificación subjetiva de ellas, trocar un negocio jurídico en otro que no se compadece con el contenido prestacional de sus mutuas obligaciones ni con las finalidades que cada una de ellas persiguió con su celebración. La nominación del contrato que hagan los contratantes, es pues, cuestión adjetiva y por lo mismo, a su contenido sustancial habrá de acudir el fallador para la determinación de su régimen jurídico.

Concluye entonces el tribunal en este punto, que el contrato celebrado por las partes es un contrato atípico, en el que confluyen elementos propios, típicos y naturales de los contratos de concesión de explotación de bienes públicos, de concesión de servicio público y de arrendamiento, siendo prevalentes en su contenido obligacional, las características tipificantes del contrato de concesión, sin que por ello, pueda ubicarse de manera definitiva, como se ha visto, en esa determinada tipología contractual.

Serán entonces la naturaleza de las obligaciones contenidas en el contrato y el modo como las partes expresamente entendieron su cumplimiento, los elementos determinantes de la decisión que adopta el tribunal en este laudo, sin que a tales efectos incidan en su juicio conceptos o nociones referidos a un determinado tipo contractual. (subrayado fuera del texto)

¹⁰⁹ Farina Ob. Cit. Pág. 401.

aplicable a los contratos atípicos para su integración sea el siguiente: **I)** la aplicación de las normas pertenecientes a la teoría general del contrato; **II)** la aplicación por medio de la analogía de las normas del contrato nominado que parezca más adecuado aplicar y **III)** los principios generales del derecho, sin olvidar cuál es el fin perseguido por las partes y de los usos y costumbres cuando el contrato atípico tenga tipicidad social. Finalmente en su opinión Farina señala que las tres teorías tienen sus aciertos y errores y que “*No puede adoptarse un criterio único, y menos con carácter general.*”

Messineo frente a la integración del contrato propone que sea: **I)** la autodisciplina de las partes siempre y cuando no se esté en contra del orden público o las buenas costumbres y, **II)** los usos o costumbre; y finalmente deberá ser el intérprete quien discipline el contrato atípico.¹¹⁰

Para Alessandri Rodríguez los contratos atípicos mixtos combinados por contratos típicos deben integrarse de la siguiente manera: **I)** las reglas aplicables a todo contrato y **II)** la analogía la de los contratos cuyos caracteres también participan en cuanto sean compatibles con la naturaleza del contrato celebrado y la intención de las partes.¹¹¹

¹¹⁰ Tribunal de Arbitramento de Prodesic S.A.vs.Promociones San Alejo Limitada (en liquidación) Laudo Arbitral de fecha 30 de noviembre de 2004. Ernesto Rengifo García, Presidente—Adriana Polanía Polanía, árbitro—Gaspar Caballero Sierra, árbitro. Sobre la interpretación e integración del contrato atípico, lo siguiente: *D. Expuesto grosso modo el contenido del contrato, este tribunal considera que el convenio cae dentro de la modalidad de los denominados de colaboración empresarial, el cual no corresponde a ninguno de los disciplinados en la ley colombiana, entendiéndose por tales “aquellos en los cuales media una función de cooperación de una parte hacia la otra o recíproca, para alcanzar el fin que determinará la concreción del contrato. Ese fin puede ser una gestión a realizar, un resultado a obtener, o una utilidad a conseguir”(25). Además, el contrato será interpretado con base en su clausulado y con base en el comportamiento asumido por las partes y la aplicación práctica que ellas mismas le han dado a la relación jurídica dimanante del acto de disposición de intereses de 25 de mayo de 1994. La interpretación, como se sabe, está dirigida a darle al contrato los efectos que le pertenecen. “El contrato ha de considerarse en el seno de lo que podría llamarse un ‘ambiente normativo’ siempre preexistente y predispuesto y en el cual se inserta y encuentra explicación [...]. La integración se explica, no tanto sobre el contenido del contrato, cuanto sobre la calidad y la medida de los efectos del contrato [...] El resultado práctico de tal integración es que la materia —la suma de los efectos del contrato— resulta, no solamente de cuanto emerge de las cláusulas elaboradas por las partes, sino también de cuanto deriva de la aplicación de las normas indicadas”*

¹¹¹ Alessandri. Ob. Cit. Pág. 39.

Para los autores colombianos Ospina Fernández y Ospina Acosta¹¹² la integración del contrato atípico mixto debe darse de la siguiente manera: **I)** las leyes imperativas; **II)** las cláusulas libremente redactadas o estipuladas por los agentes; **III)** las reglas generales de los actos jurídicos y de los contratos, según el caso; **IV)** las reglas propias del contrato típico más semejante y **V)** la doctrina constitucional y los principios generales de derecho

Arrubla Paucar sobre la interpretación del contrato atípico señala que es necesario determinar el régimen aplicable al contrato (Código Civil o Código de Comercio) en la medida que en ambas regulaciones se dispone de manera distinta la integración de los vácíos dejados por las partes. De esta manera, para este autor, los diferentes criterios en tratándose de materia comercial para integrar el contrato atípico se resumen en los siguientes:¹¹³

I) las disposiciones contractuales, esto toda vez que estas se deben preferir de acuerdo con el artículo 4 del C. de Co. “*Las estipulaciones de los contratos válidamente celebrados preferirán a las normas legales supletivas y a las costumbres mercantiles.*”; **II)** las normas de la teoría general de los contratos y de las obligaciones en virtud de los artículos 823 y ss. y el Código Civil en aplicación del art. 822 del C. de Co; **III)** analogía de la ley mercantil en aplicación al artículo 1 del C.de.Co; **IV)** la costumbre mercantil; **V)** los tratados o convenciones internacionales no ratificados por Colombia; **VI)** la Costumbre Internacional; **VII)** los principios generales del derecho comercial y **VIII)** la analogía en general.

Por último, Rengifo García¹¹⁴ respecto a lo señalado por la Corte Suprema de Justicia frente a la integración del contrato atípico indica:

“las cláusulas contractuales ajustadas por las partes contratantes, siempre y cuando, claro está, ellas no sean contrarias a disposiciones de orden público; en segundo lugar, por “las normas generales previstas en el

¹¹² Ospina Fernández y Ospina Acosta. Ob. Cit. Pág. 51

¹¹³ Arrubla Pág. 35 - 42

¹¹⁴ Rengifo Ob. Cit. Pág. 66. Cita a: Colombia, Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Civil, sentencia del veintidós (22) de octubre de dos mil uno (2001), M.P. Jorge Antonio Castillo Rugeles, Expediente No 5817.

ordenamiento como comunes a todas las obligaciones y contratos, (así como las originadas en los usos y prácticas sociales” y, finalmente, ahí sí”, mediante un proceso de autointegración, (por) las del contrato típico con el que guarde una semejanza relevante. (Cas.Civ. oct. 22/2001; exp. 5817), lo que en últimas exige acudir a la analogía, como prototípico mecanismo de expansión del derecho positivo, todo ello, desde luego, sin perjuicio de los principios generales, como informadores del sistema jurídico.”

En conclusión la manera como se han de integrar los contratos atípicos no es sencilla; existen muchas teorías y posiciones sin que hasta la fecha sea un tema que esté definido lo cual lleva la dificultad en últimas de saber cuál es el régimen que se le aplicará a los contratos atípicos estatales cuando en ellos existan vacíos dejados por las partes.

En nuestro concepto teniendo en cuenta lo aquí expuesto consideramos que se debe integrar el contrato atípico estatal de la siguiente manera: **I)** Las normas imperativas contenidas en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública , reglas de formación, celebración y contenido obligatorio; **II)** las cláusulas convenidas por las partes en ejercicio de la autonomía de la voluntad siempre y cuando no superen los límites impuestos por el orden público y las buenas costumbre; **III)** el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública cuando esto es para integrar e interpretar el contrato estatal en cuanto éste opera de manera supletiva frente al silencio de las partes (Ej. término de liquidación del contrato); **IV)** las normas generales sobre contratos contenidas en las normas de derecho privado de conformidad con el artículo 13 de la ley 80 de 1993 y **V)** Los principios generales de derecho y de la administración pública en especial.

3.4.3 Problemas del Contrato Estatal Atípico.

A diferencia del contrato atípico privado el contrato atípico suscrito por una entidad pública tiene una condición especial, y es que es un contrato estatal, lo cual implica que junto con la autonomía de las entidades públicas y de los particulares existen efectos en los contratos atípicos otorgados por el ordenamiento jurídico –

Estatuto General de Contratación de la Administración Pública ¹¹⁵⁻¹¹⁶, que no pueden ser desconocidos por las partes y que si bien no son elementos esenciales del contrato pues no determinan si el mismo es compraventa, suministro o contrato atípico, y tampoco le dan el carácter de contrato estatal, se podría entender que son elementos de la naturaleza del contrato estatal, que cuando revisten el carácter de obligatorios o de normas imperativas no pueden ser desconocidos por las partes.

Así en todos los contratos estatales existen ciertas cláusulas y contenido contractual que dependerán de la clasificación del contrato para establecer en qué grado las cláusulas contempladas en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública hacen parte integral de su clausulado de manera obligatoria o supletoria, y en otros casos cuales están prohibidas.

Entre los documentos y cláusulas obligatorias de todo contrato estatal y por tanto del contrato atípico estatal a diferencia de los contratos privados tenemos:

¹¹⁵ Contraloría General de la República. Concepto No 80112- 2007EE245 del 3 de enero de 2007, respecto de la aplicación del Estatuto General de Contratación, lo siguiente: *“Doctrinalmente se ha considerado que es un “Contrato Innominado” el que carece de denominación o nombre especial en el ordenamiento jurídico. El Derecho Romano designó los contratos innominados indirectamente, y a éstos les aplicó en primer término la voluntad de los contratantes, en segundo lugar, la costumbre, y de manera supletoria, los principios generales de la contratación”*.

Atendiendo la definición de contratos innominados, podría concluirse que los “contratos de cooperación tecnológica” hacen parte de éstos, toda vez, que no se encuentran enunciados en el Estatuto General de Contratación Pública, en el Código Civil, ni en el Código de Comercio.

Sin embargo, es preciso aclarar que aunque estos “Convenios de Cooperación Tecnológica” sean innominados, son “Contratos Estatales”, porque tácitamente se incluyen dentro de la definición contenida en el Artículo 32 de la Ley 80 de 1993.

Por último, es preciso aclarar sobre éste punto que por el hecho de que un contrato sea innominado, no está excluido de la aplicación del Estatuto General de Contratación y sus Decretos Reglamentarios, toda vez que si es un contrato suscrito por una Entidad Pública de las enunciadas en el Artículo 2 de la Ley 80 de 1993, es un contrato estatal, y la reglamentación de este

Estatuto, debe aplicarse obligatoriamente en la etapa precontractual, contractual y postcontractual, a menos de que exista disposición legal que establezca expresamente una excepción.

¹¹⁶ Colombia, Procuraduría General de la Nación. Procuraduría Delegada para la Economía y la Hacienda Pública, Fallo de Segunda Instancia de fecha 10 de marzo de 2006. Radicado No 083-02125-03. Acepto una tesis contraria a lo expuesto en este trabajo señalando que: *Lo anterior para concluir que al ser un contrato atípico no definido en el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, mal podía aplicarse el inciso segundo del Parágrafo del artículo 40 de dicha norma al momento de suscribir el OTROSI puesto que la limitación allí contenida es aplicable a los contratos a que se refiere el artículo 32.*

Estudios Previos: las entidades públicas en aplicación del principio de planeación deben adelantar los estudios previos necesarios que sirvan de base para la elaboración del pliego de condiciones y de la minuta del contrato, estudios que deben incluir el contenido dispuesto en el artículo 3 del Decreto 2474 de 2008, y que en algunos casos, como se evidenció en la investigación de los contratos atípicos, se integran de manera expresa por el mismo contrato a su clausulado ya que finalmente en ellos se determinan los aspectos claves del negocio a concluir: la necesidad; el objeto a contratar; la identificación del contrato a suscribir; las garantías; los fundamentos para la selección del contratista y la asignación de riesgos entre las partes como mínimo.

Registro Presupuestal: es obligatorio en todos los contratos estatales, atípicos o no, en virtud de los cuales se realicen erogaciones con cargo al presupuesto de la entidad. Se hace parte de la minuta del contrato a través de una cláusula con el fin de garantizar que los recursos están reservados para el pago de las obligaciones pecuniarias en cabeza de la entidad contratante de conformidad con el Decreto Ley 111 de 1996.

Garantías: son obligatorias en todos los contratos atípicos excepto cuando sea un contrato interadministrativo y en general en aquellos contratos cuyo valor sea inferior al 10% de la menor cuantía de la entidad, caso en el cual corresponderá a la entidad determinar la necesidad de exigirla atendiendo a la naturaleza del objeto del contrato y a la forma de pago, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 7 de la ley 1150 de 2007.

Tipificación, estimación y asignación de riesgos que hayan acordado las partes de conformidad con el artículo 4 de la ley 1150 de 2007.

Publicidad del contrato: las reglas sobre publicidad, caso en el cual el contratista como requisito de ejecución del contrato además de presentar las garantías exigidas debe presentar el recibo de pago de los derechos de publicación en el Diario Oficial de conformidad con el artículo 41 de la Ley 80 de 1993, los Decretos 327 de 2002, 2095 de 1995 (artículo 96), y Ley 190 de 1995.

Mecanismo de Selección: si bien no hace parte de las cláusulas del contrato, es importante señalar que para escoger el contratista de un contrato atípico debe seguirse la regla general de licitación pública o si está dentro de las causales los procedimientos de selección abreviada o la contratación directa, criterio que creemos es el adecuado para los atípicos puros y los atípicos mixtos, teniendo en cuenta para éste último, el mismo criterio contenido en el artículo 54 del Decreto 2474 de 2008 ¹¹⁷ para aquellos contratos de consultoría que vienen acompañados de otras obligaciones principales, contrato que se adjudica de acuerdo a las normas de licitación o selección abreviada según sea el caso y no mediante concurso de méritos.

En cuanto a aquellas cláusulas que están prohibidas en el contrato estatal atípico encontramos las cláusulas excepcionales contenidas en los artículos 14 al 18 de la Ley 80 de 1993 de acuerdo a la posición jurisprudencial actual de la Sección Tercera del Consejo de Estado, toda vez que el artículo 14 de la Ley 80 de 1993 sólo permite que se incluyan de manera obligatoria o potestativa en algunos contratos enumerados taxativamente y dentro de los cuales no están los contratos atípicos.¹¹⁸ Cabe mencionar que esta interpretación puede variar si se tiene en

¹¹⁷ Colombia, Presidencia de la República, Decreto 2474 de 2008 artículo 54 (...) *Si el objeto contractual involucra servicios de consultoría y otras obligaciones principales, como por ejemplo en el caso de ejecución de proyectos que incluyen diseño y construcción de la obra, la escogencia del contratista deberá adelantarse mediante licitación pública, selección abreviada o contratación directa, según corresponda de conformidad con lo señalado en la ley y en el presente decreto. En todo caso, el equipo de profesionales y expertos propuestos deberá ser aprobado por la entidad.*"

¹¹⁸ Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de noviembre treinta (30) de dos mil seis (2006), C.P. Alier Hernandez, radicado No 25000-23-26-000-2001-01008-01(30832), Señala el alto tribunal: (...) *En este contexto, y por exclusión, surge un cuarto grupo, constituido por todos aquellos negocios jurídicos que no pertenecen a ninguno de los grupos anteriores. Tal es el caso del contrato de consultoría, de comodato, de leasing, etc., los cuales no están incluidos en ninguno de los tres grupos a que alude expresamente la ley, de manera que, frente a ellos, es menester precisar el régimen a que deben sujetarse desde el punto de vista de las cláusulas excepcionales.*

Esta situación genera, necesariamente, el siguiente interrogante: ¿es posible pactar las cláusulas exorbitantes en los contratos que pertenecen a este cuarto grupo? Para la Sala la respuesta debe ser negativa, por las siguientes razones:

De un lado, porque, como se ha visto, este tipo de poderes requiere, cuando menos, autorización legal para su inclusión y posterior utilización, debido a la naturaleza que tienen estas prerrogativas -por su carácter extraordinario e inusual, en relación con el derecho común-, y, de otro, porque el legislador es el único que puede disponer competencias para la expedición de actos administrativos en desarrollo de

cuenta alguna de las teorías sobre integración del contrato atípico, en el sentido en que si se acude a cualquiera de las teorías de absorción, combinación o a la analogía por medio de ellas se podría llegar a la inclusión de este tipo de cláusulas en un contrato atípico.¹¹⁹

De igual manera frente al contrato atípico celebrado con un particular, es necesario señalar que existen ciertas cláusulas que son obligatorias y que se han considerado aún como poderes exorbitantes aunque no son cláusulas excepcionales consagradas en los artículos 14 y ss. de la Ley 80 de 1993, como son:¹²⁰ **I)** la declaratoria de ocurrencia del siniestro de acuerdo a las garantías pactadas en el contrato según el artículo 7 de la Ley 1150 de 2007 y Decreto 4828 de 2008; **II)** la liquidación unilateral obligatoria de los contratos de tracto sucesivo (artículo 11 Ley 1150 de 2007) cuando se frustra la liquidación bilateral; **III)** la terminación unilateral por la existencia de causales de nulidad absoluta (artículo 44 y ss. Ley 80 de 1993) y **IV)** declaratoria unilateral de Incumplimiento con el objeto de hacer efectivas las cláusulas penales contenidas en el contrato (artículo 17 de Ley 1150 de 2007). Esta última, ha expuesto en diversas sentencias el

los contratos estatales, actos que, como es sabido, constituyen el mecanismo de ejercicio de las exorbitancias contractuales.

De este modo, en ejercicio de la autonomía de la voluntad privada no es posible constituir este tipo de poderes, en contratos en los que la ley no ha impartido autorización expresa, o excluirlos en los que el legislador los ha previsto como obligatorios.

¹¹⁹ Colombia, Consejo de Estado, Sala Contencioso Administrativa, Sección Tercera, salvamento de voto del Consejero Ramiro Saavedra, Sentencia de Noviembre treinta (30) de dos mil seis (2006), radicado No 30832 vale la pena citar el salvamento de voto en la media que sobre las cláusulas exorbitantes en los contratos atípicos.

“La interpretación del referido artículo 14 debe ser concordante con el fundamento de la ley 80 de 1993, considerada por muchos como ley de principios en la que sus autores se propusieron dejar atrás la minucia, la tipología y el detalle característico del decreto ley 222 de 1983 por su difícil aplicación. Por esta razón no menciona todos los tipos contractuales en los que es posible pactar cláusulas excepcionales, pues contiene una definición amplia de contrato estatal - en razón al sujeto y no a la naturaleza del contrato - lo que ha permitido entender que los contratos atípicos que celebren las entidades del Estado, son contratos estatales aunque no estén mencionados en la citada ley 80 y respecto de ellos se pueden predicar muchas de sus disposiciones.

¹²⁰ Palacio, Ruth Stella. “El Ejercicio de los poderes del Estado en el contrato estatal” en De vivero Arciniegas Felipe, compilador. *Reforma al régimen de contratación estatal*. Universidad de los Andes, 2010. Pág. 17 y ss.

Consejo de Estado ¹²¹, la estipulación de cláusulas penales proviene de la autonomía de la voluntad de las partes pero su efectividad unilateral viene por competencia que otorga la ley y solo para las entidades contratantes.

Por último vale la pena señalar el caso del contrato interadministrativo atípico al que se le han de aplicar las disposiciones sobre contratos interadministrativos y por lo tanto, no se debe publicar (artículo 91 del Decreto 2590 de 1995), se puede prescindir de las garantías (artículo 7 ley 1150 de 2007.), no se pueden ejercer potestades exorbitantes (artículo 14 de la ley 80 de 1993), aunque sí se debe proceder a su liquidación y cuando proceden por autonomía de la voluntad la estipulación de cláusulas penales, aunque dichas penas a nuestro criterio no podrán ser ejercidas de manera unilateral por parte de la entidad estatal contratante.

¹²¹ Colombia, Consejo de Estado, Sala Contencioso Administrativa, Sección Tercera, sentencia del noviembre trece (13) de dos mil ocho (2008), C.P. Enrique Gil Botero, radicado No 17009 y Sala de Consulta y Servicio Civil, sentencia del veinticinco (25) de mayo de dos mil seis (2006), C.P Enrique José Arboleda Perdomo, radicado No 1748.

4 ANÁLISIS CONTRATOS ATÍPICOS.

En el presente capítulo se realizará el análisis de la presencia de contratos atípicos en la gestión contractual pública de acuerdo a lo expuesto para los contratos atípicos en los capítulos anteriores. A continuación se expondrá **I)** las entidades que fueron objeto de la investigación y **II)** el análisis de la contratación atípica de estas entidades a partir de los noventa y nueve (99) contratos atípicos que fueron encontrados en cada una de ellas.

4.1 Entidades Objeto de la Investigación.

Como se indicó en la introducción, las entidades que se han tenido en cuenta para este trabajo son las descentralizadas del orden nacional que están sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública excluyendo de este grupo a los empresas industriales y comerciales del Estado, las sociedades de economía mixta y otras entidades de naturaleza especial que el grueso de su contratación no se adelanta bajo estas normas. Las entidades objeto de la investigación son:¹²²

No	Entidad	Tipo	Sector
1	Agencia Presidencial para la Acción Social y la Cooperación Internacional	Establecimiento Público	Presidencia de la Republica.
2	Dirección Nacional de Derechos de Autor	Unidad Administrativa Especial	Ministerio del Interior y De Justicia.
3	Dirección Nacional de Estupeficientes	Unidad Administrativa Especial	Ministerio del Interior y De Justicia.
4	Superintendencia de Notariado y Registro	Superintendencia.	Ministerio del Interior y de Justicia.
5	Corporación Nacional para la Reconstrucción del Río Páez y Cuencas	Establecimiento Público	Ministerio del Interior y de Justicia.

¹²² Algunas de estas entidades no se relacionan en los cuadros de los numerales siguientes, ello debido a que reportaron ninguna clase de contrato atípico en sus bases de datos.

	Aledañas		
6	Instituto nacional y penitenciario – IMPEC	Establecimiento Público	Ministerio del interior y de Justicia
7	Fondo para la Participación y Fortalecimiento de la democracia	Establecimiento Público	Ministerio del Interior y de Justicia
8	Fondo Rotatorio del Ministerio de Relaciones Exteriores	Unidad Administrativa Especial	Ministerio del Interior y de Justicia
9	Dirección de Impuestos y aduanas Nacionales – DIAN	Unidad Administrativa Especial	Ministerio de Hacienda y Crédito Público
10	Contaduría General de la Nación	Unidad Administrativa Especial	Ministerio de Hacienda y Crédito Público
11	Unidad de Información y Análisis Financiero – UIAF	Unidad Administrativa Especial	Ministerio de Hacienda y Crédito Público
12	Superintendencia Financiera de Colombia	Superintendencia	Ministerio de Hacienda y Crédito Público
13	Superintendencia de Economía Solidaria	Superintendencia	Ministerio de Hacienda y Crédito Público
14	Caja de Retiro de la Fuerzas Militares	Establecimiento Público	Ministerio de Defensa Nacional
15	Caja de Retiro de la Policía Nacional	Establecimiento Público	Ministerio de Defensa Nacional
16	Fondo Rotatorio de la Policía	Establecimiento Público	Ministerio de Defensa Nacional
17	Agencia Logística de las Fuerzas Militares	Establecimiento Público	Ministerio de Defensa Nacional
18	Defensa Civil Colombiana	Establecimiento Público	Ministerio de Defensa Nacional
19	Club Militar	Establecimiento Público	Ministerio de Defensa Nacional

20	Instituto de casas fiscales del ejercito	Establecimiento Público	Ministerio de Defensa Nacional
21	Hospital Militar	Establecimiento Público	Ministerio de Defensa Nacional
22	Instituto Colombiano Agropecuario - ICA	Establecimiento Público	Ministerio de Agricultura
23	Instituto Colombiano de Desarrollo Rural	Establecimiento Público	Ministerio de Agricultura
24	Instituto Colombiano de la Reforma Agraria	Establecimiento Público	Ministerio de Agricultura
25	Unidad Nacional de Tierras	Unidad Administrativa Especial	Ministerio de Agricultura
26	Comisión Nacional de Regulación en Salud	Unidad Administrativa Especial	Ministerio de la Protección Social
27	Superintendencia del Subsidio Familiar	Superintendencia	Ministerio de la Protección Social
28	Superintendencia de Salud	Superintendencia	Ministerio de la Protección Social
29	Servicio Nacional de Aprendizaje - SENA	Establecimiento Público	Ministerio de la Protección Social
30	Fondo de Pasivo Social Ferrocarriles Nacionales de Colombia	Establecimiento Público	Ministerio de la Protección Social
32	Instituto Nacional de Salud	Establecimiento Público	Ministerio de la Protección Social
33	Instituto de vigilancia de Medicamentos y Alimentos – INVIMA	Establecimiento Público	Ministerio de la Protección Social
34	Agencia nacional de hidrocarburos	Unidad Administrativa Especial	Ministerio de Minas y Energía
35	Instituto colombiano de Geología y Minería – INGEOMINAS	Establecimiento Público	Ministerio de Minas y Energía

36	Instituto de planificación y promoción de soluciones energéticas para las zonas no interconectadas	Establecimiento Público	Ministerio de Comercio Industria y Turismo
37	Superintendencia de Industria y Comercio	Superintendencia	Ministerio de Comercio Industria y Turismo
38	Superintendencia de Sociedades	Superintendencia	Ministerio de Comercio Industria y Turismo
39	Instituto Nacional para Sordos – INSOR	Establecimiento Público	Ministerio de Educación Nacional
40	Instituto Nacional para Ciegos – INCI	Establecimiento Público	Ministerio de Educación Nacional
41	Instituto de Hidrología Meteorología y Asuntos Ambientales – IDEAM	Establecimiento Público	Ministerio de Vivienda Ambiente y Desarrollo Rural
42	Fondo de Tecnologías de Información y Comunicaciones	Unidad Administrativa Especial	Ministerio de Comunicaciones
43	Instituto Nacional de Concesiones – INCO	Establecimiento Público	Ministerio de Transporte
44	Unidad administrativa especial de Aeronáutica civil – AEROCIVIL	Establecimiento Público	Ministerio de Transporte
45	Instituto Nacional de Vías – INVIAS	Establecimiento Público	Ministerio de Transporte
46	Archivo General de la Nación	Establecimiento Público	Ministerio de Cultura
47	Instituto Caro y Cuervo	Establecimiento Público	Ministerio de Cultura
48	Instituto Colombiano de Antropología e Historia	Establecimiento Público	Ministerio de Cultura
49	Instituto Colombiano del Deporte – COLDEPORTES	Establecimiento Público	Ministerio de Cultura
50	Fondo Nacional de Regalías	Establecimiento Público	Departamento Administrativo de Planeación Nacional

51	Instituto Colombiano para el Desarrollo de la Ciencia y Tecnología - COLCIENCIAS	Establecimiento Público	Departamento Administrativo de Planeación Nacional
52	Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios	Superintendencia	Departamento Administrativo de Planeación Nacional
53	Fondo Rotatorio del Departamento Administrativo de Seguridad	Establecimiento Público	Departamento Administrativo de Defensa y Seguridad
54	Escuela Superior de Administración Pública – ESAP	Establecimiento Público	Departamento Administrativo de la Función Pública
55	Fondo Rotatorio del Departamento Nacional de Estadística	Establecimiento Público	Departamento Administrativo Nacional de Estadística
56	Instituto Geográfico Agustín Codazzi	Establecimiento Público	Departamento Administrativo Nacional de Estadística

4.2 Análisis de los Contratos¹²³.

De acuerdo a lo expuesto en la parte teórica se han seleccionado los contratos que de acuerdo a nuestro ordenamiento positivo (artículo 1501 del C.C.-

¹²³ Como quiera que la mayoría de los contratos que fueron incluidos en la matriz de estudio fueron calificados por las entidades como prestación de servicios, a continuación presentamos los criterios que se utilizaron para señalar que los contratos incorporados en la matriz son atípicos puros o mixtos y no contratos de prestación de servicios.

1. El elemento esencial que define y otorga la naturaleza del contrato de prestación de servicios es en primer lugar que las obligaciones del contratista se refieren a prestaciones de hacer, esto es, la realización de actividades o el despliegue de alguna acción o conducta. El artículo 32 de la ley 80 de 1993 señala que son prestaciones de hacer por cuanto son “actividades” relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad, y el decreto 2474 de 2008 y sus modificatorios recalcan el carácter intelectual y material pero siempre de “actividades” a favor de la entidad contratante. Este elemento permite claramente clasificar sin lugar a duda cuando estamos hablando de contrato de prestación de servicios, y así, serán contratos atípicos mixtos aquellos en los cuales se vinculen otras obligaciones de dar como elemento esencial del contrato para alcanzar la función socio-económico que con su celebración se pretende.
2. El segundo criterio, es la finalidad de las actividades a ejecutar por el contratista en virtud del contrato de prestación de servicios, en la medida que si bien se ha hablado de prestación de hacer, es claro que no con cualquier actividad sino aquellas relacionadas con el funcionamiento o la administración de la entidad, distintas a las funciones administrativas propias de la entidad de las cuales son solo un apoyo o colaboración, a menos que se cumpla con los requisitos de la ley 489 de 1998 para el ejercicio de funciones administrativas por particulares criterio que se impone y establece como un límite a la autonomía de la voluntad por medio de las normas imperativas sobre competencia de las entidades públicas.
3. El tercer criterio se refiere a las actividades que pueden ser objeto de este contrato de acuerdo a las definiciones del artículo 32 de la ley 80 de 1993 y el Decreto 4266 de 2010 en su artículo 1:
 - 3.1. Actividades “intelectuales” que deban ser adelantadas por el contratista, únicamente pueden ser objeto del contrato de prestación de servicios todas aquellas actividades “intelectuales” que no sean propias del contrato de consultoría según su tipificación en el artículo 32 de la ley 80 de 1993 y los decretos que disciplinan el contrato – Decreto 2474 de 2008-.
 - 3.2. El contrato de prestación de servicios incluye otras prestaciones de hacer que no son consideradas como actividades “intelectuales”, éste es el caso de los contratos de apoyo a la gestión en sus diversas modalidades que se refieren a servicios materiales asistenciales, operaciones y logísticos de apoyo a la gestión relacionados con el funcionamiento y administración de la entidad.
4. El cuarto criterio señala que el contrato de prestación de servicios no es el medio para suplir la contratación de personal de manera indefinida y para el cumplimiento de funciones públicas de la entidad, ésta última se regula por lo dispuesto en la ley 489 de 1998 respecto a la atribución de funciones públicas a particulares como ya se dijo.
5. Respecto del mecanismo de selección, en virtud del artículo 2 numeral 4 de la ley 1150 de 2007 y el decreto 2474 de 2008 artículo 82 y modificado por el artículo 1 del decreto 4266 de 2010 existe una regla especial de contratación para los contratos de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión los cuales se adjudican mediante el mecanismo de contratación directa, por lo cual, otra clase de contratos de prestación de servicios que no se incluyan en estos dos grupos se adjudicaran mediante los otros procedimientos de selección contemplados en la ley 1150 de 2007, según corresponda. A nuestro juicio consideramos que las definiciones del artículo 1 del Decreto 4266 de 2010 están incluidas la totalidad de los contratos de prestación de servicios que atiendan al funcionamiento y administración de la entidad por lo cual no encontramos que otros contratos puedan ser de prestación de servicios que no estén incluidos en la definición de este artículo.

elementos esenciales del contrato) se consideran como atípicos, y así, se han analizado para obtener conclusiones sobre la contratación atípica en las entidades públicas.

Para un mejor análisis, la información recopilada se ha incorporado en una matriz y que se ha dividido en atípicos puros (Anexo 1A) y atípicos mixtos (Anexo 1B). El criterio principal para presentar la información en cada uno de los anexos es la calificación que de cada contrato hiciera la entidad contratante (en orden alfabético), como por ejemplo de prestación de servicios o de compraventa, lo que a nuestro juicio facilita la labor de interpretación de los datos recopilados, y permite evidenciar la incorrecta calificación al tratar de enmarcarlos en figuras tipificadas por la ley, ya que, salvo algunos casos especiales como el contrato de aporte o el contrato de la DIAN, los contratos recopilados en esta matriz no se reconocen por las entidades contratantes como atípicos.¹²⁴

De la Matriz General se han generado otras que también permiten realizar un análisis de la información y de las cuales se han obtenido los gráficos de este capítulo.

Las matrices son:

Matriz General (Anexos 1A – 1B): En esta se encuentra toda la información de los contratos: entidad que los suscribe, su objeto, valor, la calificación realizada en el contrato y en los estudios previos por la entidad, el mecanismo de selección, de cláusulas como: exorbitantes, garantías y liquidación que en gran medida conforman el clausulado del contrato estatal, y la explicación sobre las razones para ser incluidos en este trabajo.

Anexo No 2. Matriz tipo de contrato y garantías. Matriz en la cual se evidencia, de acuerdo a la tipificación de los contratos realizada por la entidades públicas, cómo se pactaron las garantías y cómo por la dificultad del objeto encontramos casos en

¹²⁴De las entidades consultadas únicamente cuatro respondieron positivamente sobre la pregunta a si habían celebrado contratos atípicos, por lo cual, de la búsqueda en el Portal Único de Contratación se pudo demostrar la existencia de esta clase de contratos en la gestión contractual de cada una de las entidades.

que las garantías no corresponden con la calificación del contrato realizada por la entidad contratante. En esta matriz se han unificado los criterios de los contratos en calidad, calidad de los bienes y calidad del servicio y cumplimiento, para que sea más fácil clasificar la información sin que se pierda la naturaleza de la garantía, que es lo importante. Estas definiciones se tomaron del Decreto 4828 de 2008, el cual clasifica en calidad de los bienes, calidad del servicio y otorga la posibilidad de exigir las garantías que se consideren necesarias por las entidad de acuerdo a la naturaleza del contrato.

Anexo 3. Matriz contratos tipificados por las entidades contra procedimiento de selección empleado en cada contrato. Matriz en la cual se puede evidenciar que pese a la calificación de los contratos como típicos en algunos casos no se utilizó el procedimiento que de acuerdo a la calificación debería haber sido utilizado para adjudicar el contrato.

Anexo 4. Tipo de contratos y cláusulas propias del contrato estatal. Están las cláusulas que se incorporan de acuerdo al estatuto de contratación y que hemos descrito como elementos naturales del contrato estatal, se han seleccionado las cláusulas exorbitantes, cláusula penal y liquidación, pues consideramos que en ellas se ve la tensión entre la igualdad y desequilibrio entre las partes propios del contrato estatal, pues la inclusión de estas cláusulas en algunos casos es obligatoria y en otros por autonomía de la voluntad, en últimas representan junto con la declaratoria del siniestro facultades a cargo de la entidad contratante que desequilibran el contrato.

De esta manera, los contratos de acuerdo con sus elementos esenciales se han clasificado como **I)** atípicos puros o **II)** atípicos mixtos (ver numeral 3.3 – Clasificación de los contratos atípicos).

4.2.1 Contratos Atípicos Puros.

Entre las bases de datos de las entidades objeto de esta investigación, se encontraron treinta y seis (36) contratos que se han clasificado como contratos atípicos puros (Matriz No 1A) así:

ENTIDADES OBJETO DE LA INVESTIGACIÓN	No de Contratos
Agencia Logística de las Fuerzas Militares	4
Agencia nacional de hidrocarburos	1
Agencia Presidencial para la Acción Social y la Cooperación Internacional.	2
Archivo General de la Nación	1
Caja de Retiro de las Fuerzas Militares	1
Club Militar	1
Contaduría General de la Nación	3
Defensa Civil Colombiana	1
Dirección Nacional de Derechos De Autor	2
Escuela de Administración pública – ESAP.	1
Fondo Rotatorio de la Policía	1
Instituto Colombiano de Geología Y Minería - INGEOMINAS	1
Instituto agropecuario colombiano I.C.A.	1
Instituto colombiano de bienestar familiar -ICBF	2
Instituto De Hidrología, Meteorología y Estudios Ambientales – IDEAM	1
Instituto Nacional De Vías – INVIAS.	1
Servicio Nacional de Aprendizaje - SENA	1
Superintendencia de notariado y registro	4
Superintendencia de Salud	1
Superintendencia de Sociedades	1
Superintendencia de vigilancia y seguridad privada.	1
Unidad administrativa de la Aeronáutica Civil - AEROCIVIL	1
Unidad Administrativa Especial de Impuestos y Aduanas Nacionales - DIAN.	3
Total	36

Estos contratos, como se observa en el Anexo 1A, corresponden a aquellos cuyos elementos esenciales no corresponden al de ningún otro contrato tipificado en la ley, sin embargo de acuerdo a la denominación dada por las entidades a cada uno, se pueden dividir a su vez en tres grupos: El primero, contratos atípicos puros

cuya nota característica es que se refieren a actividades de tecnología y fueron calificados de manera incorrecta como si sus elementos encuadraran dentro de un contrato tipificado en la ley (Ej. compraventa, prestación de servicios, suministro); el segundo, en aquellos contratos interadministrativos que por los elementos esenciales corresponden a un contrato interadministrativo atípico puro; y tercero, en aquellos que tienen una denominación especial y que en algunos casos sólo se celebran por ciertas entidades públicas, como el contrato de aporte celebrado por el ICBF.

A continuación se hará un análisis por cada uno de los tres grupos descritos:

4.2.1.1 Contratos Estatales Atípicos como Contratos Tipo.

En este grupo encontramos el caso de los contratos atípicos puros que fueron encasillados de manera incorrecta como contratos de arrendamiento, de prestación de servicios y de compraventa, que en su mayoría se refieren a actividades modernas de tecnología, y que por sus elementos esenciales no corresponden a ningún tipo contractual, cuyo objeto es similar sino igual en muchos casos (Ej. El contrato Contaduría – No 118 de 2010 y los contratos Agencia Logística FF.MM. 163 de 2010 y Fondo Rotatorio de la Policía 236-1-2010 sobre licencias de software) lo cual demuestra la falta de herramientas en la práctica contractual para identificar el contrato atípico.

Vale la pena resaltar, que si bien no se encuentran tipificados legalmente, la mayoría sí se encuentran tipificados socialmente, toda vez que su uso en el tráfico jurídico es bastante amplio y algunos de ellos revisten cierto análisis por la doctrina colombiana e incluso por los órganos de control,¹²⁵ como es el caso del

¹²⁵ Colombia, Contraloría General de la República. Concepto No 80112- EE568 de fecha 01 de enero de 2011. El ente de control es cuestionado acerca del procedimiento para seleccionar un contratista para la ejecución de un contrato para el diseño, construcción, desarrollo e implementación de un software, al cual responde lo siguiente: “Sin embargo, inquieta al consulte si este tipo de contratos hacen parte de los “*contratos de ciencia y tecnología*”, o pueden ser considerados “*contratos de prestación de servicios profesionales*”, para poderlos adjudicar directamente.

contrato de licenciamiento de software,¹²⁶ de hosting y desarrollo de página web¹²⁷, estudios en los cuales se destaca el carácter atípico de este tipo de contratos de acuerdo a sus elementos esenciales.¹²⁸

Revisada la descripción que de las actividades de ciencia y tecnología realiza el Art. 2 del Decreto Ley 591 de 1991, reglamentario de la Ley 29 de 1990, modificada por la Ley 1286 de 2009, encuentra este Despacho que el “*diseño, construcción, desarrollo e implementación de un software personalizado o a la medida*”, no se encuentra incluido tácita, ni explícitamente dentro de dichas actividades.

En segundo lugar, para que el “*diseño, construcción, desarrollo e implementación de un software personalizado o a la medida*”, pueda ser contratado mediante prestación de servicios profesionales, se requiere que dichas actividades se deriven del cumplimiento de las funciones propias de la entidad, que desarrollen actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la misma y no estén definidas como consultoría, en el Art. 32, numeral 2 de la Ley 80 de 1993.

En este orden, si la “*Dirección, programación y ejecución de diseños*” se encuentra definida en el Art. 32, numeral 2 de la Ley 80 de 1993 como consultoría, entonces el “*diseño y ejecución de diseños*” de software, en principio sería un contrato de consultoría. Sin embargo, de conformidad con el Art. 54, inciso 5 y 6 del Decreto 2474 de 2008, “*cuando del objeto de la consultoría a contratarse se desprenda la necesidad de adquirir bienes y servicios accesorios a la misma, la selección se hará con base en el procedimiento señalado en el presente capítulo, sin perjuicio de la evaluación que la entidad realice de las condiciones de calidad y precio de aquellos, de acuerdo con lo señalado en el artículo 12 del presente decreto. Si el objeto contractual involucra servicios de consultoría y otras obligaciones principales, como por ejemplo en el caso de ejecución de proyectos que incluyen diseño y construcción de la obra, la escogencia del contratista deberá adelantarse mediante licitación pública, selección abreviada o contratación directa, según corresponda de conformidad con lo señalado en la ley y en el presente decreto. En todo caso, el equipo de profesionales y expertos propuestos deberá ser aprobado por la entidad*”.

¹²⁶ Vega Jaramillo, Alfredo. *Manuel de Derechos de Autor*. Ministerio del Interior y de Justicia, Unidad Administrativa Especial Dirección Nacional de Derechos de Autor, 2010 Consultado en: [http://derechodeautor.gov.co/htm/Publicaciones/Cartilla%20derecho%20de%20autor%20\(Alfredo%20Vega\).pdf](http://derechodeautor.gov.co/htm/Publicaciones/Cartilla%20derecho%20de%20autor%20(Alfredo%20Vega).pdf). El 1 de octubre de 2010. Señala el autor respecto de los contratos de licenciamiento y en especial de licenciamiento de software lo siguiente:

“*Con respecto a los contratos de licencia o autorización de uso, no implican una transferencia de derechos por parte del titular, sino una autorización a terceros para la utilización de la obra de conformidad con las condiciones contempladas en la licencia y la remuneración convenida.*

Se destacan los siguientes contratos de licencia o autorización de uso:

(...)

9.2.2.5 Contrato de Licencia de Software

Es un contrato de frecuente ocurrencia debido a la sistematización que caracteriza en la actualidad a todos los procesos productivos y de servicios en la economía, así como a otras actividades de la sociedad. La Decisión 351 de 1993 contiene algunos principios que le son aplicables: En el contrato se pueden autorizar las modificaciones necesarias para la correcta utilización del programa de ordenador licenciado. Además, de conformidad con la norma mencionada, se pueden incluir las circunstancias en que el licenciataria está facultado para realizar una copia o una

Para el caso de los contratos de licenciamiento de software, a diferencia de la calificación que le dieran las entidades públicas (Matriz 1A.), no se encuentra tipificado por el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, ni tampoco por los Códigos Civil y de Comercio, sino que su regulación es dada por las normas sobre derechos de autor de acuerdo a la Ley 23 de 1982 y la Decisión Andina 351 de 1993¹²⁹ sin llegar a tipificarlo.

adaptación del programa licenciado, así como para el aprovechamiento del programa por varias personas mediante redes, estaciones de trabajo, etc (Arts. 24 a 27, Decisión 351 de 1993).

¹²⁷ Peña Valenzuela, Daniel y Burgos Puyo, Andrea. *El contrato de diseño, desarrollo y Hosting de un sitio de Internet*. Universidad Externado de Colombia, 2003. Se destaca que en este libro se menciona la atipicidad de este contrato en especial la actividad de Hosting, siendo el único libro que en nuestro país aborda esta temática.

¹²⁸ López Guzmán, Fabián. *Contratos internacionales de transferencia de tecnología. El know how*. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Medellín, 2002, Pág. 63. El autor colombiano señala sobre la transferencia de los contratos de tecnología, que la doctrina internacional ha sintetizado algunas características comunes a los contratos de cesión, cesión de uso, explotación de licencia de tecnología, asistencia técnica o Know How como que son contratos de colaboración entre empresas de carácter atípico, que cuentan con alguna regulación en la decisión 486 de 2000 complementariamente la ley 256 de 1996 y Convenio de Roma de 1980 que consagra la autonomía de la voluntad

¹²⁹ Castro Ruiz, Marcela. "Contrato de Licenciamiento de Software". En Marcela Castro Ruiz ... [et al] *Contratos Atípicos en el Derecho Contemporáneo Colombiano*. 1 Ed., Cámara de comercio de Bogotá – Editorial Kimpres Ltda, Bogotá, 2006. Pág. 134.

Señala la atipicidad del contrato de licenciamiento de Software y realiza una comparación con varias figuras típicas con las cuales las entidades públicas confunden el licenciamiento de software, señala:

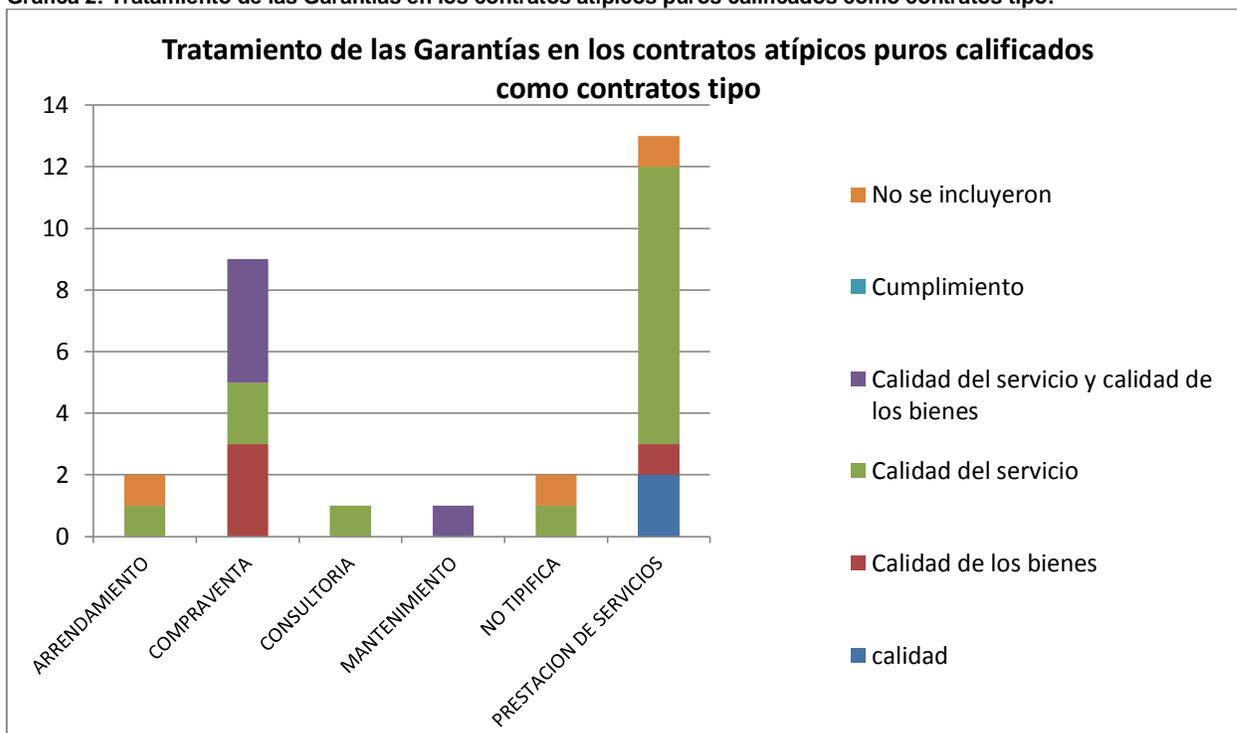
6.1. Compraventa. *La licencia no implica traspaso alguno de derechos de propiedad. Como ya se mencionó, quien detenta la titularidad de la propiedad intelectual sobre software no se despoja de esa calidad, pues tan sólo otorga un permiso para que lo use un tercero que debe pagar un precio.* **6.2. Arrendamiento:** *La licencia se asemeja al arrendamiento, pues en ambos contratos se permite el uso de un bien a cargo de un precio. Sin embargo, dada la particularidad de que el licenciamiento se refiere a un bien inmaterial especial protegido por las leyes de derechos de autor y que puede ser usado por muchas personas en virtud de licencias otorgadas simultáneamente, consideramos no se identifica con la figura clásica del arrendamiento de bienes.* **6.3.: Comodato:** *Por último, nuestro Código Civil tipifica el comodato como préstamo de uso con carácter esencialmente gratuito, característica que no comparte el contrato de licencia de software, como se indicó al estudiar sus elementos esenciales. Por razones similares a las planteadas en el punto anterior, a nuestro juicio el de licencia es un acuerdo sui generis; el comodato está diseñado para el uso de bienes corporales que por definición no pueden ser aprovechados al mismo tiempo por personas diferentes, situación totalmente ajena al fenómeno de la licencia en estudio.*

Gráfica 1: Contratos atípicos puros calificados por las entidades como contratos tipo



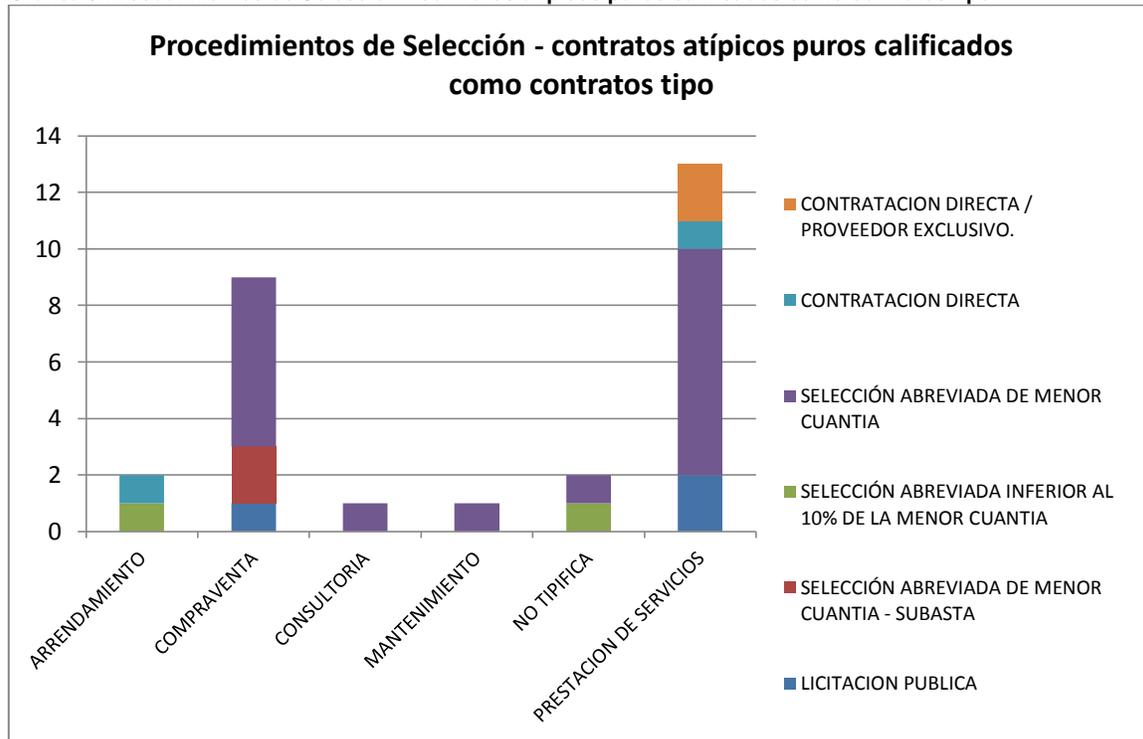
De igual forma, respecto a las garantías, vemos en el siguiente gráfico que su tratamiento no es uniforme pese a que la mayoría, como señalamos, se refieren a actividades modernas (tecnología) y sus objetos son similares o iguales, evidenciando una vez más el desconocimiento en el tratamiento de las figuras atípicas en la práctica contractual, lo que conlleva a que en algunos casos las garantías pactadas en los contratos atípicos no coincidan con la naturaleza del contrato en que se pretendió enmarcar, especialmente en el caso de los contratos calificados como de prestación de servicios o de compra-venta.

Gráfica 2: Tratamiento de las Garantías en los contratos atípicos puros calificados como contratos tipo.



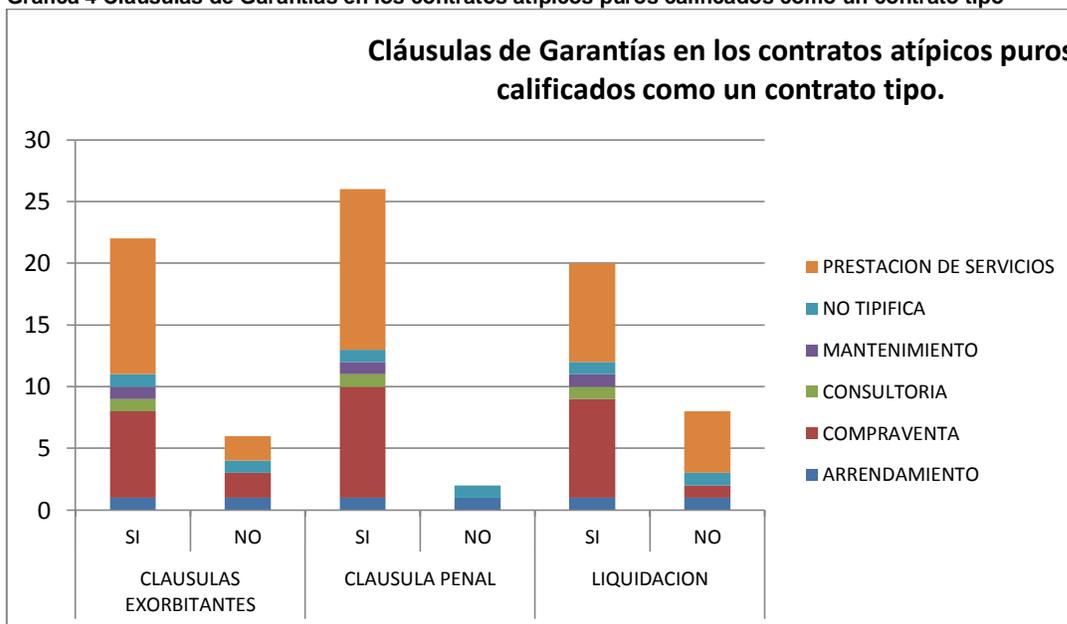
Respecto a los procedimientos de selección del contratista, como nota característica, se observa que no existe ninguna consecuencia en la incorrecta calificación en contratos tipificados en el ordenamiento jurídico; sin embargo, para los contratos calificados como de prestación de servicios los procedimientos de selección fueron de dos (2) por licitación, ocho (8) por selección abreviada, dos (2) por contratación directa por la causal de proveedor exclusivo y uno (1) por contratación directa por la causal de contrato interadministrativo, lo cual habla de la complejidad de los elementos de estos contratos y cómo no encajan dentro de un contrato de prestación de servicios, pues de conformidad con el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, debieron ser adjudicados por Contratación Directa si se consideraban de prestación de servicios.

Gráfica 3 Procedimientos de Selección - contratos atípicos puros calificados como contratos tipo



En cuanto al uso de las cláusulas exorbitantes las entidades las han incluido en el contenido del contrato pese a que en los contratos atípicos no pueden pactarse. Igualmente, respecto de las cláusulas penales, encontramos que se usan ampliamente, pues proceden en virtud de la autonomía de la voluntad de las partes, y al igual que al igual que las cláusulas sobre liquidación, permiten el desequilibrio del contrato en la medida que habilitan la actuación unilateral por parte de la entidad pública contratante, aunque no estén consagradas en el artículo 14 de la ley 80 de 1993.

Gráfica 4 Cláusulas de Garantías en los contratos atípicos puros calificados como un contrato tipo



4.2.1.2 Contratos Interadministrativos Atípicos Puros.

Respecto de los contratos denominados como interadministrativos, se evidenció que en muy pocos casos se señala si es un contrato interadministrativo de prestación de servicios, compraventa, suministro, o cualquier otro tipo de contrato típico o atípico, pues debido a que el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública denomina así a los contratos celebrados entre dos entidades públicas, los funcionarios públicos no ven la necesidad de señalar la naturaleza del mismo de acuerdo a su contenido, lo cual deja un vacío sobre cuál es el régimen aplicable o la disciplina del mismo.

De esta manera entonces podremos decir que existen contratos o convenios estatales interadministrativos y adicionalmente típicos o atípicos.¹³⁰ Como

¹³⁰ Colombia, Contraloría General de la República. Concepto No 80112 2007 EE 620411 del 19 de diciembre de 2009. Sobre la definición de convenio y contrato interadministrativo señala: *Los denominados Convenios Interadministrativos son acuerdos de voluntades entre dos o más entidades públicas con el propósito de aunar esfuerzos en la consecución de un objetivo que sirva o coadyuve al cumplimiento de sus objetivos constitucionales o legales. (...) A su turno, se denominan contratos, los acuerdos de voluntades en virtud de los cuales una parte entrega bienes, presta servicios o ejecuta una obra pública y la otra, paga un valor en dinero como contraprestación.* Al respecto si bien sirve para

interadministrativos tienen ciertas cualidades y condiciones distintas de las demás clases de contratos estatales, por cuanto se considera que las partes están en una situación de igualdad, a diferencia de lo que ocurre con los particulares, y por tanto, no se exige se incluyan cláusulas de garantías como obligatorias, no se permite el ejercicio de las cláusulas exorbitantes, y su procedimiento de selección será por contratación directa. Sin embargo, y aunque no puedan ser exigibles en los términos del artículo 17 de la ley 1150 de 2007, consideramos que es posible incluir cláusulas penales en el contrato pues estas proceden en virtud de la autonomía de la voluntad y lo que buscan regular son los efectos del incumplimiento.

Respecto de los contratos o convenios interadministrativos atípicos y su interpretación e integración, ha señalado el Consejo de Estado – Sala de Consulta y Servicio Civil lo siguiente:¹³¹

Esta Sala ha conceptuado que los convenios o contratos interadministrativos, si bien están nominados en la ley 80 de 1993, han sido parcialmente regulados por el primer inciso del artículo 95 de la ley 489 de 1998 que es del siguiente tenor:

"Art. 95. Asociación entre entidades públicas. Las entidades públicas podrán asociarse con el fin de cooperar en el cumplimiento de funciones administrativas o de prestar conjuntamente servicios que se hallen a su cargo, mediante la celebración de convenios interadministrativos o la conformación de personas jurídicas sin ánimo de lucro. (...)"

identificar dos situaciones El Estatuto de Contratación de la Administración Pública aplica el mismo régimen legal para ambos, pues no discrimina en absoluto entre contratos y convenios.

¹³¹ Colombia, Consejo de Estado – Sala de Consulta y Servicio Civil. Sentencia del treinta (30) de abril del dos mil ocho (2008). C.P. Enrique José Arboleda Perdomo. Radicado No 1881. En revisión de un contrato atípico, convenio o contrato de gerencia de proyectos suscrito por FONADE con , - no se incluye en la matriz porque ninguna de las dos empresas que firman el convenio son objeto de esta investigación-, respecto de la atipicidad de estos convenio señala la sala: *Advierte la Sala que la aplicación que ha hecho de las disposiciones contenidas en el Código Civil obedece a que el contrato llamado de gerencia integral de proyectos, es un contrato atípico, pues si bien el artículo 32 de la ley 80 de 1993, enlista como uno de los objetos posibles del contrato de consultoría, el de la "gerencia de obra o de proyectos, dirección, programación y la ejecución de diseños, planos, anteproyectos y proyectos", la prestación a cargo del consultor está constituida fundamentalmente por servicios inmateriales, mientras que, teniendo en cuenta la descripción que se ha hecho de él y los documentos revisados, en el contrato de gerencia integral de proyectos Fonade "asume, bajo su cuenta y riesgo, la ejecución de un proyecto o parte de él". Entonces, su atipicidad impone que sea examinado a la luz de las reglas de interpretación señaladas.*

Esta norma, que hace parte de la ley que regula la organización de la administración pública, organiza dos situaciones, a saber: los convenios interadministrativos y la creación de personas jurídicas sin ánimo de lucro.

Siguiendo la definición transcrita, procede la Sala a aplicarla al problema planteado de cómo interpretar esta clase de contratos cuando surjan dudas sobre su contenido obligacional, para lo cual es entonces necesario tener en cuenta dos elementos, a saber: que estos convenios se celebran en virtud del principio de colaboración entre entidades públicas, y que su finalidad es la de cumplir en forma conjunta con las funciones a cargo de ambas entidades, o prestar los servicios públicos que les han encomendado.

El principio de coordinación o colaboración está definido por el artículo 6º de la misma ley, como la necesidad de ejercer sus respectivas funciones con el fin de lograr los fines y cometidos estatales; que aplicado a la institución de los contratos, significa que las partes se obligan a poner en ejecución todos los medios a los que se comprometen para obtener la realización del objeto del convenio. Implica que en el contrato regido por el principio de colaboración, no se da un verdadero intercambio de bienes o servicios (contrato conmutativo), sino que los contratantes realizan la finalidad propia de las entidades contratantes. El contenido obligacional se estructura en una doble perspectiva, definiendo el resultado querido por las partes, y las acciones y medios que cada una de ellas desplegará para obtener el objeto convenido.

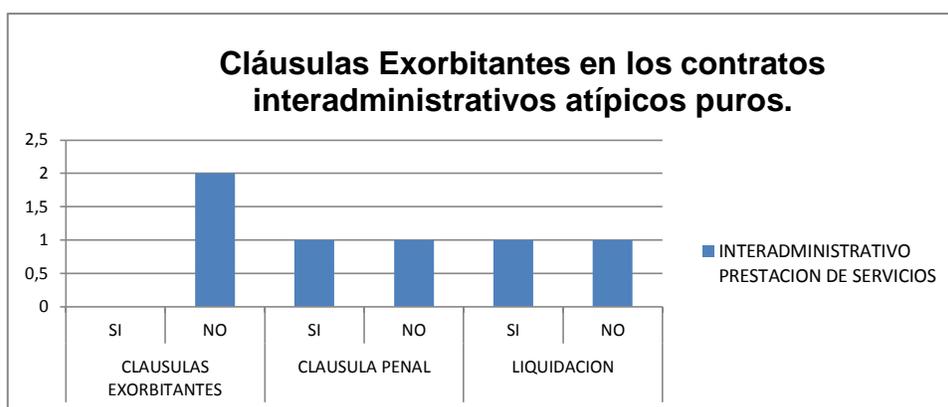
Es de la esencia del contrato o convenio interadministrativo, que cada una de las entidades partes contratantes realice los cometidos estatales a su cargo, pues es obvio que ninguna puede buscar fines públicos diferentes de aquellos que le fueron expresamente encomendados. En desarrollo de estos convenios, cada uno de los contratantes buscará ejecutar las tareas que le fueron asignadas, sin que esto signifique que necesariamente sea la misma, pues frecuentemente se trata de fines complementarios. Por esta razón, es también posible que una de las entidades obtenga una remuneración a cargo de la otra (u otras) por los servicios o la ejecución del objeto del contrato, todo de acuerdo con las facultades que les son propias y con los estatutos que las rigen.

De esta manera, de las normas consagradas en la ley 489 de 1998 y las contenidas en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, no se deriva una tipificación de los contratos o convenios interadministrativos, pues si bien regulan parcialmente y de manera general para todo contrato o convenio interadministrativo ciertos aspectos de su contenido, de ninguna manera regulan en integridad la figura del contrato o convenio interadministrativo, sino como ya hemos expuesto en este trabajo en párrafos anteriores, constituyen una habilitación legal para su celebración y un criterio de interpretación de sus cláusulas; por tanto, será el contenido esencial el que le dará su calificación específica dentro del género de los interadministrativos como típico o atípico.

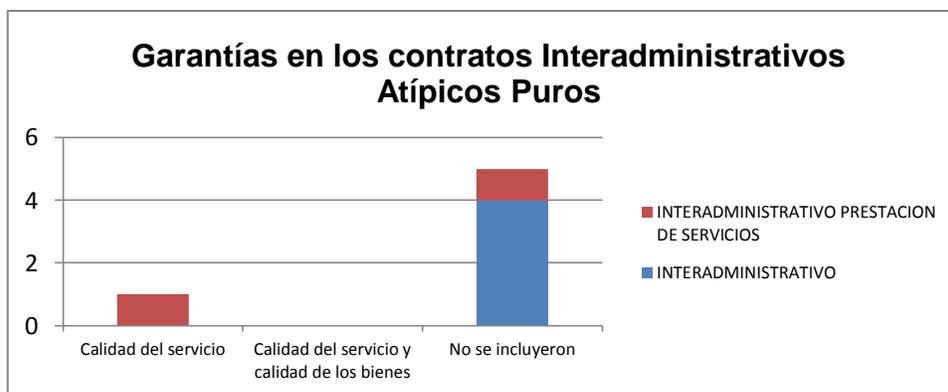
Así las cosas, en la matriz 1A, entre los contratos interadministrativos atípicos puros, encontramos que dos (2) se refieren a contratos de tecnología, uno para la

integración de una solución tecnológica y otro para hosting, que de igual manera se podrían celebrar con particulares, pues las entidades adjudicatarias son empresas industriales y comerciales del Estado que ofrecen bienes y servicios en igualdad de condiciones que los particulares. Los demás contratos interadministrativos atípicos son: uno (1) para la intermediación en la compra de equipos, y otros tres (3) para aunar esfuerzos entre entidades públicas (Ver Matriz 1A) en los cuales los elementos no concuerdan con ningún contrato tipificado en la ley, que se desarrollan en virtud del principio de colaboración pero que por ello, en virtud de su contenido, no dejan de ser atípicos.

Gráfica 5 Cláusulas exorbitantes en los contratos interadministrativos atípicos puros



Gráfica 6 Garantías en los contratos Interadministrativos Atípicos Puros

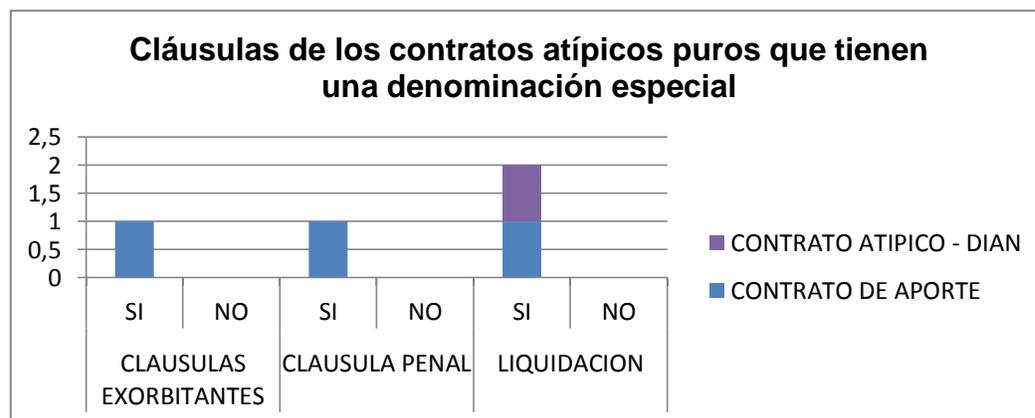


4.2.1.3 Contratos Atípicos Puros que tienen una Denominación Especial.

Por otro lado también se han calificado como atípicos puros aquellos contratos que tienen una denominación especial como son el contrato de aporte por el ICBF;

y el contrato para uso del logo de la DIAN en los compendios del Estatuto Tributario y Aduanero, por cuanto, en el primer caso a pesar de estar denominado en la ley y algunos de sus aspectos están regulados por varias normas, se ha considerado que su disciplina en la ley no es lo suficiente para ser considerado un contrato tipificado por el ordenamiento jurídico; respecto al segundo caso, este es un contrato atípico netamente original, es decir, único en la práctica, no tiene denominación en ninguna ley y sus elementos no se asemejan a ninguno de los contratos tipificados por el ordenamiento jurídico. A continuación se tratarán estas dos figuras.

Grafica 7 Cláusulas de los contratos atípicos puros que tienen una denominación especial



4.2.1.3.1 Contrato Atípico - DIAN

Este es el único contrato atípico calificado por las entidades públicas como contrato atípico dentro de la minuta del contrato; sus elementos dan cuenta del permiso de uso del logo de la entidad a cambio de la entrega de un número específico de libros y de la opción de compra si necesitan mayores cantidades que las pactadas en principio como la contraprestación por el uso del logo. Como contrato atípico estatal no se incluyeron cláusulas exorbitantes, garantías ni cláusula penal y no se incluye la cláusula sobre registro presupuestal pues no existe erogación alguna por parte de la entidad contratante; únicamente se incluyó la cláusula de liquidación. (Ver Matriz contratos atípicos puros Anexo No 1A y la gráfica en el numeral anterior).

Este contrato da cuenta entonces, que existe una gran igualdad entre las partes al estar limitado el ejercicio unilateral por parte de la entidad contratante, al igual que la originalidad de este contrato resalta la presencia del principio de la autonomía de la voluntad como fundamento legal de los contratos atípicos estatales.

4.2.1.3.2 Contrato de Aporte.

Este es un contrato denominado así por las leyes que regulan la actividad del ICBF; sin embargo, a pesar de estar nominado por el ordenamiento jurídico, esta es una categoría que podríamos llamar general toda vez que su contenido varía de acuerdo al programa de bienestar social en que se utilice. En la respuesta del ICBF a la consulta realizada en desarrollo de este trabajo, se informó que este contrato se utiliza para los siguientes programas: PAE – programa de alimentación escolar, PNAAM – Adulto Mayor, RNA – Recuperación Nutricional, Hogares Comunitarios, Jardines Sociales, Fortalecimiento grupos indígenas, Grupos Juveniles y Prejuveniles, Sistema de Responsabilidad Penal y DIA – Desayunos Infantiles con Amor, lo cual evidencia que su contenido específico puede variar de programa a programa.

Igualmente requiere de dos sujetos que podríamos llamar calificados, el primero es el ICBF ya que por el objeto de estos contratos no podrían ser celebrados por otra entidad que no fuera el ICBF, y segundo personas jurídicas sin ánimo de lucro como contratistas. Otra característica especial es que dicho contrato versa sobre actividades propias de la función administrativa misional de la entidad que lo hace diferente al contrato de prestación de servicios.

El fundamento de los contratos de aporte además del postulado de la autonomía de la voluntad se encuentra en lo establecido en el artículo 81 de la ley 489 de 1998, la ley 7ª de 1979, artículo 21, numeral 9, la ley 1098 de 2006, artículo 11 párrafo, el Decreto 2388 de 1979, artículos 123 y ss, el Decreto 2150 de 1995, artículo 122, el Decreto 2923 de 1994 y el Decreto 1529 de 1996.

Sobre el contrato de aporte se pronunció el Consejo de Estado – Sección Tercera C.P. Enrique Gil Botero en sentencia de 11 de agosto de 2010 señalando que:

“Como se aprecia, el contrato de aporte tiene las siguientes características esenciales: i) es un contrato estatal regido por la ley 80 de 1993; ii) se trata de un negocio jurídico atípico, principal y autónomo; iii) oneroso, solemne y formal al igual que todos los contratos estatales, por cuanto se requiere que medie una contraprestación a favor del contratista; constar por escrito y debe estar suscrito por las partes, en los términos consagrados en el artículo 41 de la ley 80 de 1993; iv) bilateral y sinalagmático, en la medida que se desprenden obligaciones y cargas para las dos partes del negocio, esto es, el aportante y el contratista; y vi) conmutativo, toda vez que las prestaciones contenidas en el negocio jurídico son equivalentes, puesto que el contratista asume la prestación de un servicio propio del sistema de bienestar familiar y social a cambio de una contraprestación, al margen de que el contratista pueda ser una institución sin ánimo de lucro.”

Las normas citadas anteriormente señalan el procedimiento de selección del contratista. Así, de acuerdo con título V del manual de contratación del ICBF, el contrato de aporte se adjudica mediante una convocatoria pública que tiene unos pasos similares si no iguales a los del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, al igual que es posible adjudicarse de manera directa por el ICBF cuando se refiere a los servicios especializados de protección (artículo trigésimo del manual de contratación del ICBF) y que se contraten con entidades sin ánimo de lucro. En cuanto a su publicidad no se publica en el PUC sino en la página web de la entidad, tanto el contrato y el procedimiento de selección y de donde se tomó el contrato analizado en la matriz.

En conclusión, estamos en presencia de un contrato atípico, pues a pesar de ser nombrado por varias leyes y decretos, su contenido no es disciplinado por la ley, y ha sido la jurisprudencia la que ha entrado a realizar una clasificación de este contrato de acuerdo con los elementos esenciales que lo componen como son el aporte en dinero o en especie por parte del ICBF y la asunción por parte del contratista de la responsabilidad propia de una función administrativa la que dan

cuenta de la diferencia de este contrato con otras figuras tipificadas comerciales o civiles y en especial con el contrato estatal de prestación de servicios.

4.2.2 Contratos Atípicos Mixtos.

Los contratos atípicos mixtos se refieren a los contratos cuyos elementos esenciales son una mezcla de elementos típicos con elementos atípicos o típicos de otros contratos; de esta manera, algunos de los contratos de este grupo han tratado de ser enmarcados dentro de contratos tipificados en la ley y otros como interadministrativos sin mencionar si son atípicos o no, por lo cual para el análisis de este tipo de contratos los dividiremos en **I)** contratos atípicos mixtos calificados como contratos típicos y **II)** Los contratos interadministrativos atípicos mixtos.

De los contratos atípicos mixtos se encontraron en las siguientes entidades:

ENTIDADES OBJETO DE LA INVESTIGACIÓN	No de Contratos
Agencia Presidencial para la Acción Social y la Cooperación Internacional.	4
Caja de retiro de las Fuerzas Militares	1
Club Militar	2
Contaduría General de la Nación	1
Defensa Civil Colombiana	2
Dirección Nacional de Estupeficientes	1
Dirección Nacional de Derechos de Autor	1
Fondo de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones	3
Fondo Rotatorio de la Policía	5
Fondo Rotatorio del Departamento Administrativo de Seguridad	2
Fondo Rotatorio del Ministerio de Relaciones Exteriores	1
Instituto Colombiano de Geología y Minería - INGEOMINAS	1
Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos - INVIMA	1
Instituto Agropecuario Colombiano I.C.A.	1
Instituto Colombiano de Antropología e Historia	2
Instituto Colombiano de Bienestar Familiar -ICBF	2

Instituto Colombiano del Deporte - COLDEPORTES	2
Instituto de Casas Fiscales del Ejercito	1
Instituto de Hidrología, Meteorología y Estudios Ambientales – IDEAM	3
Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario –INPEC	2
Instituto Nacional de Salud	1
Instituto Nacional de Vías - INVIAS	3
Servicio Nacional de Aprendizaje - SENA	3
Superintendencia de Industria y Comercio	2
Superintendencia de la Económica Solidaria	1
Superintendencia de Notariado y Registro	9
Superintendencia del Subsidio Familiar	1
Superintendencia Financiera	1
Superintendencia de Vigilancia y Seguridad Privada.	1
Unidad administrativa de la Aeronáutica Civil - AEROCIVIL	1
Unidad administrativa especial de impuestos y aduanas nacionales - DIAN.	2
Total	63

4.2.2.1 Contratos Atípicos Mixtos Calificados como Contratos Tipo.

De los sesenta y tres (63) que hemos calificado como atípicos mixtos la mayoría fueron calificados por las entidades como contratos de suministro de servicios, prestación de servicios o de compraventa como se evidencia a continuación¹³².

¹³² La calificación de “no tipifica” en la siguiente gráfica se refiere a que las entidades en la minuta del contrato no especificaron que tipo de contrato consideraban estaban celebrando, igualmente el contrato calificado como de “mantenimiento” este es un contrato que no corresponde a ningún contrato tipificado en la ley y por ello lo trataremos como si fuera un contrato de prestación de servicios.

Gráfica 8 Contratos atípicos mixtos tipificados como un contrato tipo



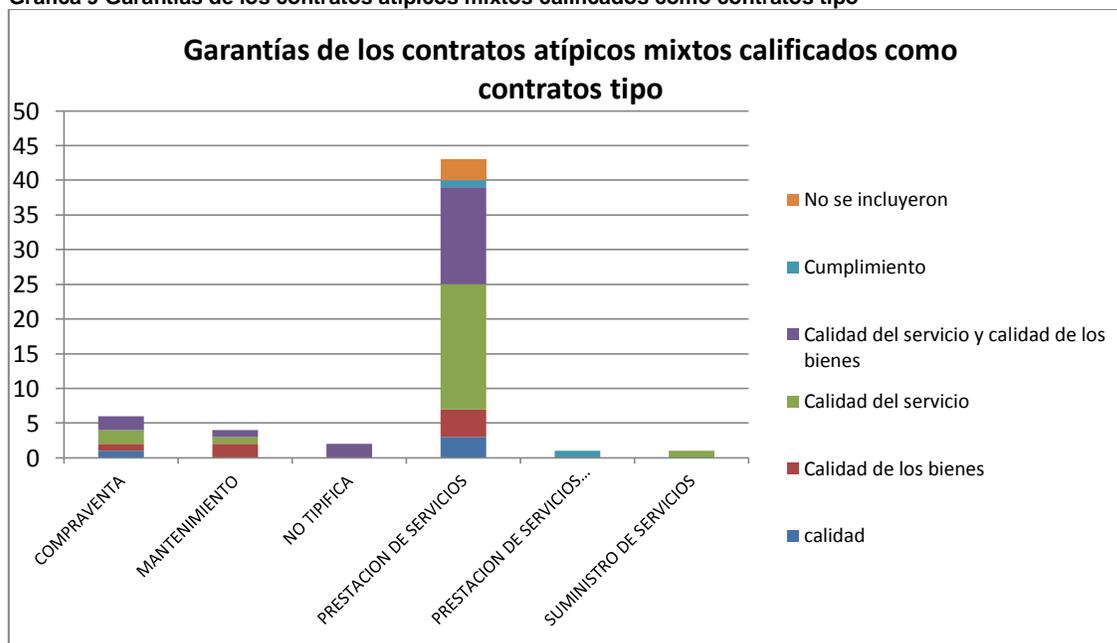
Como comentario general es necesario señalar que al igual que en muchos casos, como sucede con los contratos de mantenimiento con suministro de repuestos o aseo y cafetería con suministro de insumos, se torna difícil determinar si de los elementos que tiene que entregar el contratista (prestaciones de dar) se configura una simple cláusula adicional que no modifica el contenido esencial del contrato, o por el contrario se convierte en un elemento esencial sin el cual las partes no pueden llevar a cabo la función socio-económica o el intento práctico buscado por ellas; en este trabajo se ha considerado que la obligación de entregar es un elemento esencial que supone la existencia de un contrato distinto a una prestación de servicios o una compra-venta, conforme a lo expuesto en el capítulo tercero de esta investigación.

De igual forma encontramos que la mayoría de los contratos atípicos mixtos se refiere a actividades de mantenimiento de bienes junto con el suministro de repuestos, calificados incorrectamente por las entidades como de prestación de servicios, prestación de servicios y suministro, incluso una entidad lo calificó como si este fuera un contrato particular diferenciado como de “mantenimiento”

(Ingeominas - 412 de 2010 mantenimiento de vehículos muy similar al de otras entidades).

En cuanto a las garantías de los contratos atípicos mixtos, se evidencia que teniendo en cuenta que la mayoría de contratos se refiere a las mismas actividades su tratamiento no fue uniforme, en el caso de los contratos atípicos calificados por las entidades como de prestación de servicios en catorce (14) se pactaron garantías sobre calidad del servicio y calidad de los bienes e incluso en cuatro (4) se exigieron garantías sobre calidad de los bienes; en los contratos atípicos calificados como de compraventa, se exigieron en dos (2) contratos calidad del servicio y en otros dos (2) calidad del servicio y de los bienes, lo cual sin duda muestra la dificultad de determinar los elementos esenciales de cada contrato, y cómo por el desconocimiento del tratamiento de contratos atípicos se tratan de enmarcar en figuras típicas que no corresponden con la realidad de su contenido.

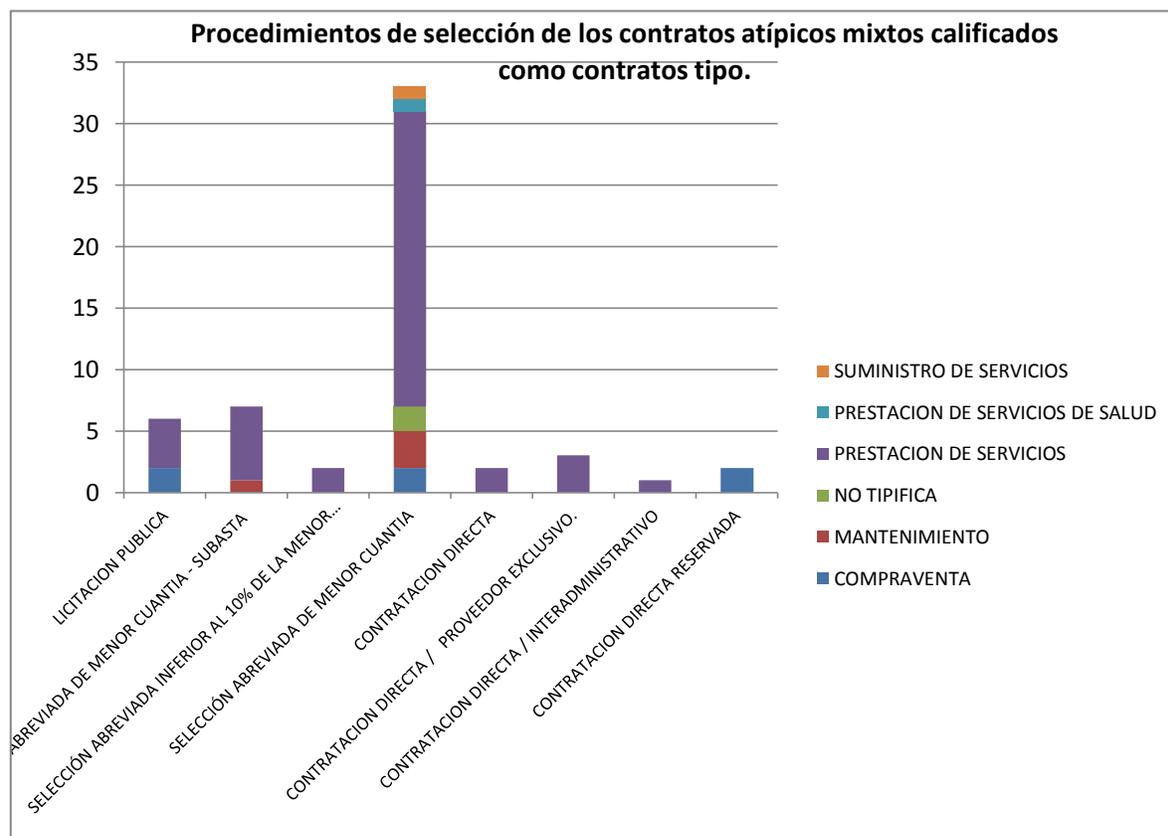
Gráfica 9 Garantías de los contratos atípicos mixtos calificados como contratos tipo



Respecto de los criterios de selección observamos que al igual que en los contratos atípicos puros no existe consecuencia alguna en la incorrecta

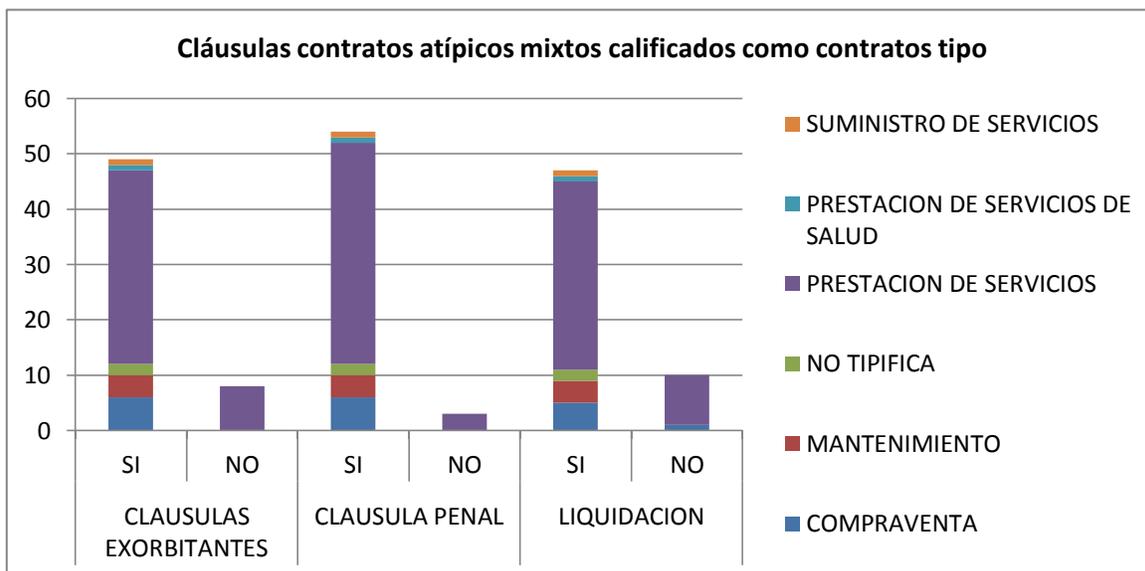
calificación del contrato; sin embargo, de estos datos podemos evidenciar la atipicidad de estos contratos pues en el caso de aquellos tipificados como de prestación de servicios, y que corresponden a actividades de mantenimiento, cafetería y aseo, el mecanismo de selección no fue el de contratación directa y solo uno (1) fue adjudicado mediante este procedimiento como se muestra en la gráfica con base en el Anexo 3B.

Gráfica 10 Procedimientos de selección de los contratos atípicos mixtos calificados como contratos tipo.



En cuanto a la inclusión de cláusulas exorbitantes en este tipo de contratos atípicos, se evidencia que se pactaron en todos los contratos, lo cual por ser atípico no es permitido. De igual manera en todos los contratos se pactaron cláusulas penales y de liquidación lo cual permite un desequilibrio a favor de la entidad contratante en estos casos.

Gráfica 11 Cláusulas contratos atípicos mixtos calificados como contratos tipo



Ahora la información recopilada permite hacer una revisión de dos grandes grupos de acuerdo a la calificación que de ellos hicieron las entidades en: a) contratos atípicos mixtos calificados como de prestación de servicios y, b) calificados por las entidades como de compraventa teniendo en cuenta lo ya mencionado en este numeral.

4.2.2.1.1 Contratos Atípicos Mixtos Calificados por las Entidades como de Prestación de Servicios.

Estos contratos en su mayoría calificados como de prestación de servicios han sido clasificados como atípicos en este trabajo toda vez que se combinan con elementos de otros contratos tipificados en la ley, en especial que implican prestaciones de dar. Aquí se podría pensar que una cláusula de suministro no afectaría la tipicidad del contrato como prestación de servicios, pero en algunos casos como lo es el mantenimiento de los vehículos, ascensores o incluso de los equipos de cómputo los repuestos pueden incluso ser más costosos que la prestación del servicio. Por ello, consideramos que son contratos atípicos pues la unidad de estos elementos se refiere a la funcionalidad de las cosas objeto del contrato, las cuales requieren tanto la prestación del servicio como los bienes para cumplir con su función socio-económica.

Mayor complejidad viene en aquellos contratos en los cuales el mantenimiento preventivo y correctivo se refiere al software, cuando ellos se combinan con licencias de uso de software y repuestos para los elementos de hardware, todo lo cual sin duda representa una alta complejidad de elementos de este contrato y su unidad está dada porque todos son necesarios para lograr la finalidad propuesta por las partes: tanto el hardware, el software y el mantenimiento preventivo y el suministros de repuestos. Es curioso que en algunos casos el mantenimiento de software fuera calificado como de “adquisición de bienes y servicios”, lo cual no corresponde a ninguna figura tipificada en el ordenamiento jurídico.

Igualmente dentro de los contratos de prestación de servicios existen cuatro (4) que se refieren a actividades del proceso de archivo de las entidades; en estos casos son contratos atípicos en la medida que sus elementos esenciales no solamente se refieren al manejo del proceso de archivo como una prestación de servicios, sino que involucra otros elementos esenciales de otro tipo de contratos tipificados en la ley y elementos atípicos como son la custodia de los documentos, el transporte de los documentos e incluso en algunos casos la implementación de un software.

Así también calificado como prestación de servicios está el contrato 179 de 2010 mediante el cual el contratista se obliga a realizar la capacitación de funcionarios del INPEC pero incluyendo el lugar, los refrigerios, el almuerzo y la logística obligaciones todas que constituyen elementos que van a la par de la prestación del servicio de capacitación, que son esenciales a cargo del contratista y que sin estos no es posible desarrollar la capacitación.

4.2.2.1.2 *Contratos Atípicos Mixtos Calificados por las Entidades como de Compraventa.*

Respecto de los contratos calificados como de compraventa, estos mezclan obligaciones propias de dicho contrato con otros elementos como en el caso del contrato de prestación de servicios, sin embargo, es más fácil en estos casos determinar la atipicidad del contrato pues sin duda alguna los elementos que

hacen parte de estos como esenciales no podrían considerarse como accesorios, o señalarse de estos que lo que realmente existe es la vinculación de dos contratos en un solo instrumento.

Respecto de las varias actividades encontramos la adquisición de bonos (4) (Ver Matriz 2B – Ej. 101 de 2010 Dirección Nacional de Estupefacientes, y el 221 de 2010 del INPEC) para ser redimibles en ciertos lugares y almacenes por bienes como: combustible, elementos del vestuario de los funcionarios de la entidad o por cualquier bien que tengan en sus almacenes los contratistas, contrato que a todas luces no es una compraventa pues realmente no se están adquiriendo bonos como lo pretende las entidades.

En efecto, respecto a la naturaleza jurídica de los bonos la Superintendencia Financiera en concepto No 2008050551-001 del 9 de septiembre de 2008 señaló:¹³³

(...) consulta que usted formula ante esta Superintendencia en orden a conocer si las tarjetas débito, las tarjetas prepago, los bonos Sodexo Pass, las transferencias electrónicas y las tarjetas descritas en su comunicación, son títulos valores.

En primer lugar, se debe precisar que los instrumentos en referencia corresponden a los denominados por la doctrina títulos de legitimación o títulos impropios, a los cuales no se aplican las reglas relativas a los títulos-valores, teniendo en cuenta que por expresa disposición (artículo 645 del Código de Comercio) no se asimilan a aquellos los documentos que no estén destinados a circular, como sucede con los boletos, fichas, contraseñas y los que sirven exclusivamente para identificar a quien tiene derecho para exigir la prestación correspondiente.

La nota característica de tales dispositivos es que otorgan legitimación activa a quien los presenta ante el deudor, para que mediante su exhibición éste efectúe con eficacia liberatoria la prestación a que se encuentra comprometido en virtud de su emisión y entrega. Se dice asimismo que dichos documentos son simplemente probatorios, porque comprueban la causa de la obligación y sirven para facilitar su reconocimiento y pago. En la práctica son utilizados en los negocios de compraventa, contratos de depósito, tarjetas de crédito, tarjetas de autorización de giro, tarjetas microprocesadoras, tarjetas con cinta magnética, etc. 2

(...)

Los anteriores, junto con los vales de restaurante, canasta, cine, tiqueteras, en general, todo instrumento electrónico recargable (producto a que alude la consulta)

¹³³ Colombia, Superintendencia Financiera. Concepto No 2008050551-001 del 9 de septiembre de 2008.

y similares que ofrece hoy en día el comercio de bienes y servicios, son ejemplos de mecanismos utilizados en el tráfico mercantil para demostrar que su poseedor es titular de un derecho; sin embargo y como quedó expuesto, en razón a que su vocación no es circular (por ello, a la luz de la descripción contenida en el artículo 645 del estatuto mercantil no se enmarcan en la definición de título-valor), se entregan al portador con el objeto de que él mismo los use, y aunque puede admitirse en algunos casos la cesión ordinaria, en la práctica ésta se dará excepcionalmente.

De igual manera, en concepto emitido por el asesor jurídico del despacho del Superintendente Bancario se señaló que corresponden a la categoría de títulos impropios los cuales tienen la siguiente connotación:¹³⁴

En efecto, no son documentos constitutivos-dispositivos, es decir, no incorporan una prestación, sino que su función se caracteriza por identificar al que tiene derecho a la prestación, con la finalidad de facilitar el cobro, y correlativamente el pago. A ellos no son aplicables las disposiciones del título III, libro III, del C. de Co.

La principal característica de estos títulos impropios reside en que el deudor puede efectuar la prestación con eficacia liberatoria a quien le presente el documento, el que se legitima como titular del derecho originario (atribuyen legitimación activa). Tales documentos son meramente probatorios, que comprueban la causa de la obligación (compraventa, depósito, tarjeta de crédito, tarjetas de autorización de giro, tarjetas microprocesadoras, tarjetas con cinta magnética, etc.), legitimando además a su poseedor como el titular del derecho respectivo. La destrucción del documento no destruye ni hace imposible el ejercicio del derecho documentado. Se hará más difícil su efectividad, pero el derecho no desaparece, y queda la posibilidad de obtener por otros medios probatorios su realización, supliendo el documento perdido o destruido.

De los anteriores conceptos citados, se destaca que como quiera que los bonos objeto del contrato no constituyen la cosa objeto de la compraventa y su función dentro del contrato es la de probar la existencia de un negocio causal y ser un medio que facilita la ejecución de las prestaciones a cargo del contratista, a todas luces es desafortunado hablar de la compraventa o la adquisición de bonos. Por esta razón, es necesario en cada caso evaluar el negocio casual que se prueba con el bono para establecer si existe un negocio atípico o no, cómo se aborda en la matriz.

En cuanto a las garantías pactadas en estos contratos, a pesar de ser calificados como de compraventa de bonos, tan solo uno (1) se refiere a calidad de los

¹³⁴ Colombia, Superintendencia Bancaria, concepto No 1999059144-0 del 20 de septiembre de 1999.

bienes, una (1) a calidad sin decir si es sobre los bienes o el servicio y (2) sobre calidad del servicio lo cual demuestra que existen elementos esenciales del contrato que no se enmarcan dentro de una compraventa.

4.2.2.2 Contratos Interadministrativos Atípicos Mixtos:

Respecto de los contratos calificados como contratos interadministrativos referentes a diversos tipo de actividades como son: de archivo, y servicios protocolarios al Director de la Policía que contemplan una mezcla de elementos de contrato tipificados en la ley; en el primero nos remitimos al análisis en el numeral anterior sobre estas mismas actividades y la razón por la cual se consideran atípicos, pero en vez de ser celebrados con entidades públicas fueron celebrados con particulares, por lo tanto, vale la pena señalar lo ya dicho en el numeral sobre los contratos atípicos puros, que interadministrativo se refiere a las partes que intervienen y por tanto a un entendimiento del contrato en términos de igualdad de las partes, pero no a los elementos esenciales del contrato.

En cuanto al contrato de servicios protocolarios celebrado por el Fondo Rotatorio de la Policía, es un contrato atípico pues combina elementos de un contrato de compraventa (alimentos), prestación de servicios (atender el evento) y además en ciertos casos de arrendamiento (instalaciones para el evento o llevar el menaje hasta el lugar donde se va a realizar la actividad).

Como conclusión, los contratos atípicos mixtos revelan la falta de técnica en la administración pública para determinar la naturaleza jurídica del contrato que están celebrando, por ello hemos encontrado en la gestión contractual pública confusión e incluso ignorancia sobre la presencia de contratos atípicos, buscando siempre enmarcar esta figura en algún contrato típico afín.

5 CONCLUSIONES.

Conforme a los objetivos de esta investigación y teniendo en cuenta los capítulos en los cuales se ha presentado la información sobre contratos atípicos se han obtenido las siguientes conclusiones:

Sobre la contratación estatal atípica en general:

- 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.
- Es evidente la utilidad de las contratos atípicos por cuanto en la muestra de los contratos expuestos en este trabajo se evidencia cómo las formas contractuales van evolucionando con el avance de la tecnología y de los servicios y bienes que suministra el mercado, así como de la necesidad del Estado de servirse de la cooperación con particulares para cumplir con los postulados del Estado Social de Derecho. Sin embargo, llama la atención que las entidades públicas no sean conscientes de su existencia pues en su mayoría se confunden con figuras tipificadas por el ordenamiento jurídico en especial con el contrato de prestación de servicios y el contrato de compraventa.

Respecto al fundamento legal del contrato atípico y su admisibilidad en el derecho administrativo:

- El haber realizado una descripción de los diferentes significados sobre la autonomía de la voluntad en el derecho privado y como ha sido entendida hoy en día como resultado de un nuevo paradigma de administración pública por el derecho administrativo, nos permite en general encontrar en ella el fundamento del contrato estatal como el resultado del ejercicio de

una correcta autodeterminación y autorresponsabilidad de la administración pública y en especial del contrato atípico.

- De igual manera, definir las facetas de la autonomía de la voluntad nos permite buscar aquellos efectos iniciales, como aquellos efectos generales, funcionales y específicos que son propios del contrato estatal, para estudiar la problemática del contrato atípico como su consagración, calificación, integración e interpretación, materias que se encuentra lejos de un consenso sobre su tratamiento en los contratos atípicos.
- De acuerdo a la jurisprudencia del Consejo de Estado el criterio para determinar si un contrato es atípico está dado por los elementos esenciales del contrato que permiten evaluar si este se enmarca o no dentro de algunas de las figuras tipificadas en el ordenamiento jurídico positivo y que proviene de las disposiciones generales sobre contratos que se encuentra en el artículo 1501 del Código Civil.

Respecto al contenido de los contratos atípicos:

- A pesar de que la autonomía de la voluntad le permite a la entidad pública determinar los elementos esenciales del contrato para convenir con los particulares y otras entidades públicas contratos típicos o atípicos, es claro que existe un límite al ejercicio de la autonomía de la voluntad dependiendo del objeto, la naturaleza de las obligaciones y la cuantía del contrato, para que por un lado, se prohíba el uso de ciertas cláusulas como las exorbitantes, y por otro, se incluyan necesariamente otras cláusulas como garantías, liquidación (en aquellos casos que es obligatoria) y registro presupuestal.
- De acuerdo a la técnica contractual encontramos que en los contratos incorporados en la matriz las entidades se preocupan por determinar de manera suficiente su contenido; sin embargo, se incorporan cláusulas como las cláusulas exorbitantes que se encuentran prohibidas por el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública para los contratos

atípicos y de garantías que no corresponden a la naturaleza del bien que se está contratando.

- La inclusión de cláusulas y la selección del contratista como características de los contratos estatales y que dan cuenta de su formación, ejecución y liquidación se pactan de acuerdo a la calificación que se haga del contrato. Una incorrecta calificación del contrato puede devenir en una nulidad por utilizar el procedimiento de selección incorrecto o de nulidad de los actos administrativos en los cuales se pactaron cláusulas exorbitantes sin que estén habilitados legalmente para ello.

Sobre la contratación atípica estatal, en especial la calificación del contrato:

- En los contratos calificados como atípicos puros se encontró que solo en el caso del contrato atípico - DIAN se calificó como atípico en la minuta del contrato; todos los demás contratos se trataron de encuadrar dentro de alguna figura tipificada en la ley y ello porque la mayoría se refieren a contratos que creemos tienen una tipificación social, es decir, su uso es amplio en el tráfico diario como es el contrato de licenciamiento, de acceso de internet, hosting los mantenimientos preventivos y correctivos con suministro de repuestos de toda clase de bienes y de software, y cafetería y aseo con suministro de insumos.
- Otros atípicos, menos comunes, son aquellos que son totalmente originales como el caso del contrato de aporte en el cual el ICBF encarga a un contratista la atención integral de programas de bienestar social de acuerdo a la función y competencias que le corresponden a esta Entidad y el celebrado por la DIAN para el uso de su logo en los compendios de derecho tributario y aduanero que claramente sólo se celebran por entidades públicas, siendo evidente su uso en la contratación atípica del Estado pero que evidencia la presencia de la autonomía de la voluntad como fundamento del contrato atípico estatal.

- En general, en la calificación realizada por las entidades públicas de los contratos mencionados se evidencia la dificultad de enmarcar cierto tipo de contratos como los de mantenimiento preventivo y correctivo o los de aseo y cafetería con suministro de insumos y repuestos, en cuanto existen calificaciones distintas por varias entidades frente a un mismo contenido. En casos como en los contratos sobre licencias para algunos es prestación de servicios y para otros compraventa cuando no corresponde a ninguna de las dos.
- Igualmente, se evidencia la incorrecta calificación de los contratos atípicos incluidos en esta investigación respecto al tipo de garantías que se pactan en el contrato de acuerdo con las definiciones del Decreto 4828 de 2008, toda vez que no concuerdan con la naturaleza del contrato en el cual fueron enmarcados. De esta manera en contratos que se presumen de prestación de servicios se pactan garantías de calidad de los bienes, como ocurre con los contratos de mantenimiento preventivo y correctivo con suministro de repuestos y en los de cafetería y aseo con suministro de insumos, en los cuales existe un alto componente de obligaciones de dar que no permite enmarcarlos dentro de un contrato de prestación de servicios.
- En cuanto a las cláusulas y el ejercicio de facultades unilaterales (declaratoria de siniestro, liquidación unilateral y declaratoria de incumplimiento con el propósito de hacer efectiva la cláusula penal) dan cuenta que en el contrato atípico, a pesar de ser la máxima expresión de la autonomía de la voluntad, existe un claro desequilibrio a favor de las entidades contratantes al haber sido pactadas estas cláusulas en casi la totalidad de los contratos atípicos.

6 BIBLIOGRAFÍA.

- ALESSANDRI, Rodríguez, Arturo. *de los contratos*. Editorial jurídica Temis S.A. Editorial jurídica de Chile, 2000.
- AMAYA, Felipe Solarte. *Contratos estatales atípicos*. Ediciones Nueva Jurídica. Bogotá 2008.
- ARIÑO ORTIZ, Gaspar. *Principios de derecho público económico modelo de estado, gestión pública, regulación económica*. Editorial Comares S.L. Tercera Edición ampliada 2004.
- ARRUBLA Paucar, Jaime Alberto. *Contratos mercantiles. Tomo II contratos atípicos*. 5 Ed., Editorial Dike, 2004
- BATTISTA Giovanni. *El negocio jurídico*. 1 Ed, Ara Editores E.I.R.L., Lima – Perú, 2002.
- BENAVIDES José Luis. *El contrato estatal entre el derecho público y el derecho privado*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2002.
- BERCAITZ, Miguel Angel; *Teoría general de los contratos administrativos*. 2 Ed. Ediciones De Palma, Buenos Aires, 1980.
- BETTI, Emilio. *Teoría general del negocio jurídico*. Editorial Comares – Granada, 2000.
- CASTRO RUIZ, Marcela. “Contrato de Licenciamiento de Software”. En Marcela Castro Ruiz ... [et al] *Contratos Atípicos en el Derecho Contemporáneo Colombiano*. 1 Ed., Cámara de comercio de Bogotá – Editorial Kimpres Ltda, Bogotá, 2006.
- CÁRDENAS, Juan Pablo. “Los derechos fundamentales y el derecho privado contractual la situación en Derecho Colombiano”. En Larroumet Christian (Dir) y Rios Labbe Sebastian (coord.). *Constitucionalización del Derecho Privado. Actas del tercer Congreso Internacional de la Association Andres Bello des Juristes Franco-Latinoamericains*. Universidad externado de Colombia – Universidad del Rosario, Bogotá, 2007.
- CAUMONT, Arturo. “Teoría ética del contrato. El negocio jurídico contractual como ámbito de eticidad preordenado para la composición autónoma de conflicto de intereses”. En Mantilla Espinosa, Fabricio; Pizarro Wilson, Carlos, coordinadores. *Estudios de derecho privado en homenaje a Christian Larroumet*. Editorial Universidad del Rosario. 1 Ed. 2008.

- CHULIA VINCENT, Eduardo; BELTRAN ALANDENTE, Teresa. *Aspectos jurídicos de los contratos atípicos. Tomo I*. 4 Ed., Jose Maria Bosch Editor, Barcelona, 1999.
- DÍEZ PICAZO, Luis; Gullón, Antonio. *Instituciones de Derecho Civil Volumen 1*. 2 Ed. Editorial Tecnos S.A., Madrid, 1998.
- DE VEGA, Gabriel “La discrecionalidad Administrativa.” En Jaime Vidal Perdomo... [et al] *Temas de Derecho Administrativo Contemporáneo*. Facultad de Jurisprudencia, Centro Editorial Rosarista, Bogotá, 2005.
- DROMI, Roberto. *Licitación Pública*. 2 Ed. Actualizada, Ediciones ciudad Argentina, Buenos Aires, 1995.
- ESPINOSA QUINTERO, Leonardo. “¿Cuál es la eficacia que le ha reconocido la Corte Constitucional colombiana al principio de autonomía de la voluntad privada consagrado en los instrumentos de carácter internacional incorporados al sistema jurídico colombiano?” En Albán, Jorge Oviedo, coordinador; Jorge Adame Goddard...[et al.]. *Obligaciones y contratos en el derecho contemporáneo*. Ediciones Jurídica Dike, 2010.
- EXPÓSITO, Juan Carlos. *La configuración del contrato de la Administración Pública en derecho colombiano y español. Análisis de la selección del contratista*. Universidad Externado de Colombia, 2004.
- FARINA, Juan M. *Contratos comerciales moderno modalidades de contratación empresarial Tomo I*. Editorial Astrea. 3 Ed. De Alfredo y Ricardo Depalma, Buenos Aires, 2005.
- GALGANO, Francesco. *El negocio jurídico*. Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia 1992.
- GARGOLLO, Javier Arce. *Contratos mercantiles atípicos*. 3 Ed., Editorial Trillas, Barcelona, 1989.
- IBÁÑEZ NAJAR, Jorge Enrique. *Estudios de derecho constitucional económico*. 1 Ed., Pontificia Universidad Javeriana, 2001.
- LARROUMET, Christian. *Teoría general del contrato*. Volumen I. Editorial Temis S.A., Bogotá, 1999.
- LÓPEZ GUZMAN, Fabián. *Contratos internacionales de transferencia de tecnología. El know how*. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Medellín, 2002.

- MESSINEO, Francesco. *Doctrina general del contrato*. Ediciones Jurídicas Europa – America, Buenos Aires, 1952.
- MOSSET ITURRASPE, Jorge. *Contratos*. 1 Ed. Editorial Santa Fe Rubinzal – Culzoni editores. 1995.
- MOSSET Iturraspe, Jorge. “La autonomía de la voluntad” en Iturraspe, Jorge; Mosset; Soto Coaguila, Carlos Alberto. *El contrato en una economía de mercado*. Editora Normas Legales, 2004.
- MOSSET ITURRASPE. Jorge. *Contratos Conexos Grupos y Redes de Contratos*. Rubinzal – Culzoni Editores, Buenos Aires, 2006.
- MUTIS VANEGAS, Andrés; Quintero Múnera, Andrés. *La contratación estatal: análisis y perspectivas*. Pontifica Universidad Javeriana, Bogotá, 2001.
- OSPINA FERNÁNDEZ, Guillermo; Ospina Acosta, Fernando. *Teoría general del contrato y del negocio jurídico*. Editorial Temis, 2010.
- PALACIO HINCAPIE, Juan Ángel. *La contratación de las entidades estatales*. 5 Ed. Librería Jurídica Sánchez Ltda., 2005.
- PALACIO CORREA, Ruth Stella. *El Ejercicio de los Poderes del Estado en el Contrato Estatal*. En: De vivero Arciniegas Felipe, compilador. *Reforma al Régimen de Contratación Estatal*. Universidad de los Andes 2010.
- PRATS CATALÁ, Joan. Derecho y Managment en las administraciones Públicas Consultada en <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=273968> el día 20 de abril de 2011.
- PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN. *Recomendación para la elaboración de estudios previos. Aplicación del principio de la planeación en la contratación de las entidades públicas*. 2010.
- QUINCHE RAMÍREZ, Manuel Fernando. *Derecho constitucional colombiano. De la carta de 1991 y sus reformas*. 1 Ed. Grupo Editorial Ibáñez y Universidad del Rosario, Bogotá, 2008.
- RAMÍREZ BAQUERO, Edgar. *La ineficacia en el negocio jurídico*. Universidad del Rosario, Bogotá, 2008.
- RENGIFO GARCÍA, Ernesto. “Interpretación del contrato atípico a luz de la jurisprudencia colombiana.” en Salame, Antonio Aljure...[et al.]; Mantilla Espinosa, Fabricio, Ternera Barrios, Francisco, directores académicos. *Los*

contratos en el derecho privado. 1 Ed., Editorial Universidad del Rosario, Legis S.A., Bogotá, 2007.

- RESTREPO MEDINA, Manuel Alberto. “La Adecuación del Derecho Administrativo al Estado Contemporáneo”. En la revista *Estudios Socio Jurídicos No 2*, Universidad del Rosario, 2002.
- REZZONICO, Juan Carlos. *Principios Fundamentales de los Contratos*. Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo de Palma SRL, Buenos Aires, 1999.
- SCOGNAMIGLIO Renato, *Teoría General del Contrato*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1996.
- SUESCÚN MELO, Jorge. *Derecho Privado: estudios de derecho civil y comercial contemporáneo. Tomo II*. Editorial Legis S.A., Bogotá 2003.
- TRIGO REPRESAS, Felix; Stiglits, Ruben. *Contratos*. Ediciones la Rocca, Buenos Aires, 2001.
- VENEGAS GRAU, María. *Derechos fundamentales y derecho privado: los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares y el principio de autonomía privada*. Marcial Pons. Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid, 2006.
- VEGA JARAMILLO, Alfredo. *Manual de Derechos de Autor*. Ministerio del Interior y de Justicia, Unidad Administrativa Especial Dirección Nacional de Derechos de Autor. 2010 Consultado en: [http://derechodeautor.gov.co/html/Publicaciones/Cartilla%20derecho%20de%20autor%20\(Alfredo%20Vega\).pdf](http://derechodeautor.gov.co/html/Publicaciones/Cartilla%20derecho%20de%20autor%20(Alfredo%20Vega).pdf). El 1 de octubre de 2010

JURISPRUDENCIA.

- COLOMBIA, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, salvamento de voto del C.P. Ramiro Saavedra Becerra– Sentencia de Noviembre treinta (30) de dos mil seis (2006), radicado No 30832
- COLOMBIA, Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, sentencia del veinticinco (25) de mayo de dos mil seis (2006), C.P. Enrique José Arboleda Perdomo, radicado No 1748
- COLOMBIA, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del dieciocho (18) de marzo de dos mil diez (2010), C.P. Mauricio Fajardo, radicado No: 25000-23-26-000-1994-00071-01(14390)

- COLOMBIA, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del trece (13) de noviembre de dos mil ocho (2008) C.P. Enrique Gil Botero. Radicado No 17009.
- COLOMBIA, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del veintiuno (21) de abril de dos mil cinco (2005), C.P. Ramiro Saavedra Becerra, radicado No 14651
- COLOMBIA, Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, sentencia del doce (12) de marzo de 2009 C.P. Gustavo Aponte Santos, radicado No 1942.
- COLOMBIA, Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera, sentencia de diecisiete (17) de mayo de dos mil siete (2007)C.P. Ramiro Saavedra Becerra, radicado No 41001-23-31-000-2004-00369-01(AP)
- COLOMBIA, Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del veinte (20) de octubre de dos mil cinco (2005) C.P. Germán Rodríguez Villamizar, radicado No 14579.
- COLOMBIA, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera Sentencia de noviembre treinta (30) de dos mil seis (2006) C.P. Alier Hernández, radicado No 25000-23-26-000-2001-01008-01(30832).
- COLOMBIA, Corte Constitucional, sentencia C-230 de 1995, M.P. Antonio Barrera Carbonell.
- COLOMBIA, Corte Constitucional, sentencia T-881 de 2002, M.P. Eduardo Montealegre Lynett.
- COLOMBIA, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del Mayo 31 de 1938 M.P. Juan Francisco Mujica. G.J.T. XLVI. Núm. 1936.
- COLOMBIA, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de 13 de diciembre de 2001. M.P. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo Expediente No 6462.
- COLOMBIA, Consejo de Estado. Sentencia del 7 de abril de 2011, M.P. Stella Conto Díaz Del Castillo. Radicado No 25000-23-26-000-1992-07866-01(17765).

- COLOMBIA, Consejo de Estado – Sala de Consulta y Servicio Civil. Sentencia del treinta (30) de abril del dos mil ocho (2008). C.P. Enrique José Arboleda Perdomo. Radicado No 1881.
- Conceptos Organismos de Control.
- COLOMBIA, Contraloría General de la República. Concepto No 80112-2008 EE 6497 de fecha 14 de febrero de 2008.
- COLOMBIA, Contraloría General de la República. Concepto No 80112-2007EE245 del 3 de enero de 2007, respecto de la aplicación del Estatuto General de Contratación.
- COLOMBIA, Contraloría General de la República. Concepto No 80112-EE568 de fecha 01 de enero de 2011.
- COLOMBIA, Procuraduría General de la Nación. Procuraduría Delegada para la Economía y la Hacienda Pública, Fallo de Segunda Instancia de fecha 10 de marzo de 2006. Radicado No 083-02125-03.
- COLOMBIA, Superintendencia Financiera en concepto No 2008050551-001 del 9 de septiembre de 2008.
- COLOMBIA, Superintendencia Bancaria, concepto No 1999059144-0 del 20 de septiembre de 1999.

LAUDOS ARBITRALES.

- Tribunal de Arbitramento Instituto Nacional de Vivienda de Interés Social y Reforma Urbana Inurbe vs. Fiducolombia S.A. Laudo de fecha 1 de marzo de 2002.
- Tribunal de Arbitramento Instituto Distrital para la Recreación y el Deporte - IDRD vs. Reforestación y Parques S.A. Laudo Arbitral de fecha catorce (14) de noviembre de dos mil tres (2003). Patricia Mier Barros, Presidente—Luis Guillermo Dávila Vinuesa, árbitro—Mauricio Fajardo Gómez, árbitro.
- Tribunal de Arbitramento Prodesic S.A. vs. Promociones San Alejo Limitada (en liquidación). Laudo Arbitral de fecha 30 de noviembre de 2004. Ernesto Rengifo García, Presidente—Adriana Polanía Polanía, árbitro—Gaspar Caballero Sierra, árbitro.
- Tribunal de Arbitramento Empresa de Energía de Boyacá S.A. ESP vs. Compañía Eléctrica de Sochagota S.A. ESP. Laudo Arbitral de fecha Octubre 21 de 2004. Jorge Suescún Melo, Presidente—María Cristina Morales De Barrios, árbitro—Carlos Esteban Jaramillo Schloss, árbitro.

CONCEPTOS Y FALLOS.

- COLOMBIA, Contraloría General de la República. Concepto No 80112-2008 EE 6497 de fecha 14 de febrero de 2008.
- COLOMBIA, Contraloría General de la República. Concepto No 80112-2007EE245 del 3 de enero de 2007.
- COLOMBIA, Contraloría General de la República. Concepto No 80112 2007 EE 620411 del 19 de diciembre de 2009.
- COLOMBIA, Contraloría General de la República. Concepto No 80112-EE568 de fecha 01 de enero de 2011.
- COLOMBIA, Superintendencia Financiera en concepto No 2008050551-001 del 9 de septiembre de 2008.
- COLOMBIA, Superintendencia Bancaria, concepto No 1999059144-0 del 20 de septiembre de 1999.
- COLOMBIA, Procuraduría General de la Nación. Procuraduría Delegada para la Economía y la Hacienda Pública, Fallo de Segunda Instancia de fecha 10 de marzo de 2006. Radicado No 083-02125-03.