

DE LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

Salvamento de voto del Consejero Dr. CARLOS GUSTAVO ARRIETA

El Consejo de Estado sostuvo en reciente Auto que la jurisdicción contencioso administrativa carece de competencia para conocer negocios que evidencien un origen convencional o contractual, en los que la demanda instaurada tenga por finalidad obtener que esa jurisdicción se pronuncie sobre la fuerza y la validez del pacto, y no simplemente sobre la legalidad de los actos acusados. Como estas afirmaciones implican un regreso a la jurisprudencia sostenida por esa misma corporación antes de 1959, nos parece de interés publicar en esta sección de JURISPRUDENCIA el salvamento de voto del Consejero Doctor Carlos Gustavo Arrieta que, en desacuerdo con sus colegas, reitera las tesis que últimamente acogió el Consejo de Estado y que ahora se modifican por el Auto comentado.

Por estar mis opiniones jurídicas en abierta oposición con el ilustrado criterio de mis compañeros de Sala, con la inveterada doctrina que en tantos años y con rara unanimidad han venido sosteniendo el Consejo de Estado, la Corte Suprema de Justicia, y todos los tribunales y jueces de la República, me asalta el explicable temor de errar en materia grave al escribir este salvamento de voto. A pesar de ese absoluto aislamiento, no vacilaré en exponer mis ideas, invocando como causa exculpativa de las presumibles equivocaciones, la honestidad de mis creencias y la total ineficacia de las razones que se han aducido contra ellas. Además, me impulsa la íntima convicción de que en la tesis controvertida está en juego, más que una simple cuestión de competencia, el principio básico de nuestro sistema jurídico, cual es el de la prevalencia de la Constitución frente a la Ley.

La Carta política es la unidad jurídica suprema y la fuente principal del derecho. En ella está plasmada la voluntad soberana del poder constituyente a la cual está subordinada la voluntad del poder constituido. De allí que el estatuto fundamental sea la base y el límite de la función pública, e inclusive de la "legitimidad de la Ley". A sus mandatos está sometido el Estado cuando legisla, cuando administra y cuando juzga.

Esos primeros principios (si se perdona la redundancia) sirvieron de apoyo a la sentencia de 16 de julio de 1959, cuya doctrina se rectifica en el auto precedente, y son los mismos que invoco para complementar aquellas tesis.

LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

La jurisprudencia colombiana no ha sido muy afortunada en su propósito de sistematizar las ideas sobre la contratación de derecho público, en razón de que ha estudiado el fenómeno desde el punto de vista de concepciones teóricas no ajustadas rigurosamente a la realidad de los textos. De allí que a esa noción, fecunda en todo género de consecuencias jurídicas de acuerdo con nuestro derecho escrito, no se le haya hecho producir la totalidad de sus efectos. Por ese motivo, al esbozar mis opiniones, aplicaré el método opuesto, pero sin olvidar que nuestros estatutos se inspiraron en el derecho francés y en el español y que, de consiguiente, conviene rastrear un poco esos sistemas notoriamente similares al nuestro.

EL DERECHO FRANCES

Purgada la teoría clásica del servicio público de sus exageraciones originales en virtud del proceso de revisión que ha sufrido en los últimos tiempos, ella continúa siendo factor trascendente, pero no exclusivo, en la clasificación de los contratos de la administración. El fallo Bertin, dictado por el Consejo de Estado en 20 de abril de 1956, y la interpretación que se le ha dado por los más autorizados tratadistas franceses, así lo indican. Hoy, los criterios a seguir para identificar el contrato administrativo, cuando no existe texto legal que determine su naturaleza, son los siguientes: tendrá esa categoría jurídica si su objeto es la prestación o ejecución de un servicio público, o si contiene cláusulas exorbitantes al derecho civil y, de consiguiente, está gobernado por un régimen de derecho público. Aunque con ciertas diferencias de matices, a conclusiones similares llegan los profesores Georges Vedel (*"Droit Administratif"*, tomo 2o., ed. 1959), Marcel Waline (*"Droit Administratif"*, tomo 2o., ed. de 1959) André de Laubadère (*"Droit Administratif"*, ed. de 1957 y *"Traité Theorique et Pratique des Contrats Administratifs"* ed. de 1956), Jean Rivero (*"Droit Administratif"*, ed. de 1960), Luis Trotabas (*"Manual de Droit Public et Administratif"*, ed. de 1958).

Dice el profesor Vedel que en aquellos casos en que la Ley no determine la índole del contrato, debe apelarse a los conceptos de servicio público y de cláusulas exorbitantes. Cada uno de esos criterios, independientemente considerado, es suficiente para estructurar la idea de contrato administrativo. No es necesario que los dos elementos se acumulen. Precisa su pensamiento en las siguientes fórmulas: 1a.—"Un contrato celebrado por una persona moral de derecho público tiene carácter administrativo si su objeto es la ejecución del servicio público por el co-contratante, aunque no contenga cláusulas exorbitantes"; 2a.—"Un contrato celebrado por una persona moral de dere-

cho público tiene carácter administrativo, independientemente de sus relaciones con el servicio público, si contiene cláusulas exorbitantes".

En oposición al concepto del profesor Marcel Waline que considera la exorbitancia de las estipulaciones en razón de su ilicitud en la contratación de derecho privado, Vedel estima que es suficiente el uso poco común de esas cláusulas en los contratos de derecho privado. Apoya su pensamiento en las siguientes definiciones que el Consejo de Estado y el Tribunal de Conflictos han dado sobre la noción de cláusulas exorbitantes: "Son estipulaciones que tienen por objeto conferir derechos y obligaciones extraños, por su naturaleza, a la contratación civil o comercial", y "Cláusulas que difieren, por su naturaleza, de aquellas que aparecen en un contrato análogo de derecho civil".

Como ejemplo de esta clase de estipulaciones, el profesor Vedel cita la cláusula penal, la de resciliación unilateral en provecho de la administración y la que autoriza a ésta para impartir instrucciones a su co-contratante. Agrega que todas ellas indican el propósito de someterse a un régimen especial de derecho público que conlleva la idea de privilegio, la mutación unilateral del pacto, y la de desigualdad de las partes ante el contrato. El régimen de competencia lo determina la naturaleza de éste: Si es administrativo, sus controversias irán al conocimiento de la jurisdicción contencioso administrativa; si es de derecho privado, los litigios que suscite irán a la justicia común.

EL DERECHO ESPAÑOL

La Ley de 27 de diciembre de 1956, por medio de la cual se reorganizó la jurisdicción contencioso administrativa, siguió el mismo criterio de los estatutos anteriores. En su artículo 3o. literal a)—dice que tienen el carácter de contratos administrativos, sometidos al control de la jurisdicción especial, los celebrados por la administración "cuando tuviesen por finalidad obras y servicios públicos de toda especie". (Francisco Vera Verdaguer, *"Jurisprudencia Contencioso Administrativa"*, ed. de 1957, pgs. 32 y 170). Alvarez Gendin abunda en parecidas apreciaciones cuando dice: "Los contratos públicos no solo son aquellos que tienden a procurar el funcionamiento del servicio público, sino a la ejecución de obras de interés social. (*"Tratado General de Derecho Administrativo"*, ed. de 1958, pg. 373). Las controversias nacidas de estos contratos van al conocimiento de la jurisdicción contencioso-administrativa.

EL DERECHO COLOMBIANO

Apartándome radicalmente de la jurisprudencia tradicional del Consejo de Estado y de la Corte Suprema de Justicia, me permitiré esbozar algunas ideas en relación con tales materias.

Ordenan los numerales 11 y 16 del artículo 76 de la Carta que los contratos del gobierno requieren la autorización previa del Congreso o su aprobación ulterior. En esos textos no se establece distinción

alguna entre contratos administrativos y contratos civiles. La palabra se toma en su sentido genérico. Todas las convenciones, cualquiera que sea su naturaleza jurídica, quedan sometidas a ese minimum de formalidades. Ello quiere decir que la norma comentada, aisladamente considerada y sin relacionarla aún con otros mandatos constitucionales, deja al legislador en libertad para conservar ese régimen jurídico indiscriminado, o para señalar distinciones, siempre que con éstas no se alteren los ordenamientos que estudian. Puede la Ley, de consiguiente, organizar el tipo del contrato administrativo, sujetarlo al derecho público y someter sus controversias al conocimiento de la jurisdicción especial, o, puede darle a todos el carácter de contratos civiles, regidos por el derecho privado y sometidos al control de la justicia ordinaria.

Pero el artículo 120 —Numeral 14— de la Constitución ya no habla de contratos en sentido genérico, sino de contratos administrativos en sentido específico. Ese precepto restringe la libertad del legislador, porque ya éste no puede desconocer ese tipo de convenciones, ni decir que ellas se gobiernen por las reglas del derecho civil, ni quitarle el carácter administrativo a las contenciones que generen, porque todos esos detalles están calificados y reglamentados por el propio constituyente. Reza el artículo 120 —numeral 14— de la Carta:

“Corresponde al Presidente de la República, como suprema autoridad administrativa:

“14.—Celebrar contratos administrativos para la prestación de servicios y ejecución de obras públicas, con arreglo a las leyes fiscales y con la obligación de dar cuenta al Congreso en sus sesiones ordinarias”.

Del precepto transcrito, en relación con el artículo 76, se deduce:

1o.—Que dentro del concepto genérico de contratos, la Constitución crea un tipo específico que denomina contrato administrativo; 2o.—Que esa categoría jurídica la tienen los contratos de obras y servicios; 3o.—Que éstos deben celebrarse necesariamente de acuerdo con las leyes fiscales, es decir, con arreglo a las leyes administrativas; y 4o.—Que el legislador no puede disponer que los contratos de esa clase se pacten de conformidad con las reglas del Código Civil o comercial.

En el mandato constitucional comentado se hace una síntesis afortunada de lo que ha de entenderse por contrato administrativo. Todos los elementos básicos que de acuerdo con el derecho público moderno integran ese concepto jurídico, están incluidos en el texto de manera explícita: El sujeto administrativo que celebra el contrato, la función administrativa que se ejercita al pactarlo, el objeto administrativo que tiene, el régimen de derecho administrativo que se le aplica y los efectos administrativos que genera. Todos los factores enumerados en el precepto constitucional son de naturaleza administrativa, y todos ellos, sin excepción alguna, descartan la idea de la contratación privada.

Para los efectos de este estudio, es preciso relieves una nota que aparece perfectamente definida en este precepto: Por mandato expreso y categórico del constituyente, los contratos de obras y servicios deben celebrarse forzosamente de acuerdo con las leyes administrativas. Con ese ordenamiento de la Carta política se excluye y se rechaza toda posibilidad de que la ley, estatuto de inferior jerarquía, pueda disponer que se pacten con arreglo al código civil. Esta premisa conduce directamente a la conclusión ineludible de que si el legislador no puede alterar el régimen de derecho público que el estatuto fundamental señala a los contratos administrativos, tampoco podrá modificar las consecuencias y efectos que ese sistema jurídico comporta en el campo de la competencia. Si todos los elementos que integran el mandato constitucional apuntan en determinada dirección, no pueden las reglas inferiores recortar o alterar el alcance del ordenamiento superior.

Ciertamente que el precepto constitucional estudiado se limita a estructurar la noción de contrato administrativo como ente jurídico autónomo, y a señalar las consecuencias generales que de ese concepto se derivan, pero sin precisar los efectos que debe producir. Pero no es menos evidente que una vez establecidos esos factores básicos en el estatuto fundamental, la ley ha desarrollado tales ordenamientos y ha determinado los efectos jurídicos que ellos tienen. En el artículo 4o. de la Ley 53 de 1909 se dispone que los contratos de obras y servicios, los mismos que indica el canon constitucional, deben contener una cláusula penal, respaldada por fiador de acreditada solvencia, y el Código fiscal, en su artículo 41, hoy sustituido, ordenó que en esas mismas convenciones debía aparecer la estipulación sobre declaratoria administrativa de caducidad en favor del Estado. Esta última disposición fue complementada por el artículo 254 de la Ley 167 de 1941, que a la letra dice:

“En todo contrato celebrado por la Administración, y que tenga por objeto la construcción de obras, la prestación de servicios o la explotación de un bien del Estado, deben prefijarse claramente los motivos que den lugar a la declaración de caducidad. Como causales de caducidad, además de las que el gobierno tenga por conveniente establecer en orden al exacto cumplimiento del contrato, deben figurar las siguientes: a) La muerte del contratista, si no se ha previsto que el contrato pueda continuar con sus sucesores; b) La incapacidad financiera, que se presume cuando se le declara en quiebra judicialmente, o se le abre concurso de acreedores”.

Siguiendo el mismo principio constitucional y con la finalidad de señalar los efectos jurídicos que generan los contratos administrativos, en el artículo 4o. del código de petróleo se declara de utilidad pública esa industria en sus ramos de exploración, explotación, refinación, transporte y distribución, y en el Código Sustantivo del Trabajo se consideran esas mismas actividades como servicios públicos. De igual manera, en los artículos 33 y 172 de la legislación sobre hidrocarburos se impone la reversión gratuita a favor de la Nación de todos los pozos petrolíferos en producción y de la propiedad inmueble del concesionario, con todas las servidumbres y bienes expropia-

dos en beneficio de la empresa, lo mismo que de los muebles que el gobierno no haya comprado y que el contratista no retire durante el año siguiente a la terminación de la concesión. Igualmente, en el artículo 67 del código de petróleo se autoriza al gobierno para imponer multas hasta de \$ 5.000.00 a los concesionarios que incumplan sus obligaciones, cuando la falta no sea suficiente para determinar la declaración de caducidad o la cancelación de los permisos, o cuando la Nación prefiera optar por la sanción más benigna. Y en el 68 del mismo estatuto se amplían notablemente las causales que dan motivo a la declaración administrativa de caducidad.

De las disposiciones constitucionales y legales relacionadas se desprenden estas conclusiones: 1a.—Los convenios sobre servicios y obras públicas son contratos administrativos por mandato de la Carta fundamental, y los de explotación de bienes nacionales lo son por disposición legal; 2a.—Todos ellos están gobernados por un sistema de derecho público. La legislación civil solo se les aplica de manera supletoria y en cuanto no sea incompatible con la naturaleza jurídica de esas convenciones; 3a.—Algunos deben contener necesariamente cláusulas de reversión, de imposición de multas, penal y de caducidad en favor de la Nación, y otros solamente estas dos últimas, estipulaciones que entrañan privilegios estatales.

Estos principios básicos en que se apoya la contratación administrativa son precisamente los opuestos a aquellos otros en que se funda la contratación civil o comercial. En ésta siempre prevalecen los conceptos de igualdad de las partes ante el contrato y de autonomía de la voluntad, nociones que son incompatibles con la facultad de terminar unilateralmente el contrato, de imponer penas y de apropiarse gratuitamente de los bienes de la otra parte. Además, las leyes reguladoras de los convenios civiles tienen carácter simplemente supletorio para los interesados, ya que estos pueden pactar en condiciones extralegales, siempre que no atenten contra las buenas costumbres y contra disposiciones de orden público, en tanto que las leyes administrativas tienen carácter imperativo para las partes. La voluntad de éstas se encuentra rigurosamente relegada por el derecho público en forma tal que desaparece todo concepto de autonomía y libertad. Estas diferencias sustanciales surgen de la naturaleza de los intereses en juego: en la contratación privada sólo se afectan situaciones y conveniencias de orden particular; en la contratación administrativa están comprometidos los intereses generales que exigen una tutela especial de la ley.

Así, pues, en el artículo 76 de la Constitución se señala el *mínimum* de requisitos a que están sometidas todas las convenciones que celebre el gobierno, sin establecer diferencias entre las que tienen carácter administrativo y las que tienen carácter civil, pero en el artículo 120 —numeral 14— de la Carta se crea el tipo específico del contrato administrativo y se expresa cuáles son los que tienen esa calidad. La ley podrá atribuir esa misma categoría jurídica a otros contratos distintos a los enumerados en ese precepto constitucional, pero lo que sí le está vedado en razón de la supremacía de la Constitución sobre la Ley, es quitar la condición de contratos administrativos a los de

obras y servicios, o modificar las concuencias jurídicas que ellos necesariamente tienen que producir. En desarrollo de tales principios, las leyes otorgaron a la concesiones sobre explotación de bienes nacionales la calidad de contratos administrativos, y organizaron para éstos un régimen jurídico privilegiado y opuesto al que gobierna los pactos civiles o comerciales.

LOS CONTRATOS Y SUS CONTROVERSIAS

De los razonamientos anteriores se desprenden estas conclusiones ineludibles: a) El contrato administrativo existe por mandato expreso de la Carta y no por mera creación jurisprudencial; y b) La Ley y la doctrina tienen que acatar la letra y espíritu del texto constitucional que crea ese tipo de contrato, y desarrollarlo en tal forma que produzca la totalidad de sus efectos jurídicos.

Cuando la constitución establece la figura del contrato administrativo es porque ha querido diferenciarla de la noción de contrato civil. Con ello está diciendo que sus efectos jurídicos son administrativos y que, de consiguiente, las controversias que suscita son contenciones administrativas y no de derecho privado. De idéntica manera, cuando la Constitución ordena que el contrato administrativo se celebre de acuerdo con las leyes administrativas, es porque ha querido ratificar la distinción ya consagrada y confirmar el principio de que los litigios que origine constituyen típicas contenciones administrativas. No se requieren mayores esfuerzos de exégesis para deducir que los contratos civiles producen contenciones civiles, los contratos laborales ocasionan contenciones laborales y los contratos administrativos generan contenciones administrativas.

Estas consideraciones fluyen natural y espontáneamente del mandato constitucional y tienen una fuerza normativa superior que marca rumbos al legislador y se le imponen. A éste sólo corresponde desarrollar tales principios en forma que produzcan la plenitud de sus efectos. Pero lo que si no podrá hacer la ley es clasificar como contenciones civiles las que ya el constituyente ha calificado como contenciones administrativas. La disposición legal que con ocasión de la distribución de competencia desconozca el carácter de contencioso administrativa a la originada en un contrato administrativo, calidad atribuída por un mandato superior, tiene que ser incompatible con éste.

Dos razones adicionales llevan a idéntica conclusión:

1a.—Los contratos son actos jurídicos. Los contratos civiles son actos jurídicos-civiles, y los contratos administrativos son actos jurídico-administrativos. Así lo enseña la ciencia del derecho y lo consagra el artículo 120 de la Constitución en forma implícita. En esa norma se reglamenta la función administrativa del Estado, la cual se desarrolla por medio de actos administrativos unilaterales y bilaterales dictados por el Presidente de la República en ejercicio de sus atribuciones "como suprema autoridad administrativa". Como en el precepto se incluye la celebración de contratos administrativos entre las funciones esencialmente administrativas del Jefe de Gobierno, y como en tales pactos hay siempre una manifestación de volun-

tad administrativa del Estado destinada a generar efectos jurídicos, ellos tienen necesariamente la calidad de actos administrativos. Así, pues, es la misma Constitución la que le otorga esa calificación tácita a los contratos de obras y servicios, y la que le da la categoría de controversia administrativa a la suscitada por esa clase de convenciones. Como estas consecuencias emanan directamente del mandato constitucional, al legislador le está vedado alterar esos efectos o estatuir que a pesar del precepto superior, los litigios originados en los actos administrativos no tengan carácter de contenciones administrativas sino de contenciones civiles. Si para la Carta Fundamental el acto y la contienda son de naturaleza administrativa, para la ley también lo serán. Toda reglamentación legal en contrario, será incompatible con el ordenamiento superior.

2o.—El decreto, la resolución o cualquier otro pronunciamiento de la administración originado en un contrato administrativo, es un acto administrativo, calidad que igualmente tienen la convención que lo produce, como ya se vió. De esta manera, la controversia que se suscite sobre ambas decisiones, se desarrolla íntegramente sobre dos actos administrativos concatenados: el contrato y la resolución. La sentencia que se dicte tiene que resolver forzosamente sobre cuestiones de derecho público, porque uno y otra están sometidos a un régimen de derecho público. La consecuencia ineludible que surge de estas premisas es la de que el litigio que se presente sobre ese acto administrativo denominado contrato administrativo y sobre el otro acto administrativo llamado resolución administrativa, ha de ser necesariamente una contención administrativa. Esa categoría no se la puede arrebatar la ley y a través de la reglamentación de competencia, porque tiene su origen en un mandato de superior jerarquía que imprime naturaleza administrativa al contrato y, consiguientemente, a la resolución que en él se funda y a la contención que nace de aquél y de ésta. Este punto será ampliado posteriormente al estudiar el artículo 73 de la Ley 167 de 1941.

En síntesis, se tiene: es la Constitución Nacional, y no la ley, el estatuto que da el carácter de contenciones administrativas a esta clase de controversias, y el que le niega enfáticamente la calidad de contenciones civiles o comerciales. Si en la Carta Fundamental se crea el tipo del contrato administrativo; si en ella se ordena que tales pactos se celebren de acuerdo con el derecho administrativo; si dispone que los acuerde la suprema autoridad administrativa en ejercicio de sus funciones administrativas esenciales; si implícitamente califica esas convenciones de actos administrativos; si las resoluciones originadas en tales actos administrativos tienen también la condición jurídica de actos administrativos; y si el litigio se desarrolla en su totalidad sobre dos actos administrativos concatenados y con aplicación preferencial del derecho administrativo, la contención ha de ser forzosa y necesariamente administrativa. La ley no le puede quitar ese carácter que emana directamente de la Constitución. Si todos los elementos que juegan en la controversia son administrativos por mandato de la Carta (sujeto, función, objeto, acto y régimen jurídico) no podrá decir el legislador que se está en presencia de una contención

ción civil o comercial. La ley no puede afirmar lo que la Constitución niega.

CONTRATO, CONTROVERSIA, JURISDICCION Y COMPETENCIA

Analizado el artículo 120 —numeral 14— de la Constitución que crea el tipo del contrato administrativo y que da a sus controversias el carácter de contenciones administrativas, corresponde estudiar los preceptos de la Carta que instituyen una jurisdicción especial precisamente para conocer de esa clase de litigios, porque entre aquél y éstos existe una estrecha relación que da unidad, congruencia y armonía a todo el sistema.

Dice el artículo 141 de la Constitución, en lo pertinente: "Son atribuciones del Consejo de Estado: 3a.—Desempeñar las funciones del Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo, conforme a las reglas que señala la ley". Para una mejor inteligencia de la norma transcrita y para medir sus alcances, conviene descomponerla así: a) Consejo de Estado es Tribunal de lo Contencioso Administrativo; b) Esas funciones las ejerce en su calidad de supremo juzgador; y c) Las desempeña conforme a las reglas que señale la Ley. Las tres premisas sentadas por el estatuto fundamental se analizarán por separado.

a) **Tribunal de lo Contencioso Administrativo.** Esta expresión de gran simplicidad y sencillez significa que el Consejo de Estado es juez de las contenciones administrativas, idea que por sí sola escinde el campo jurisdiccional en dos sectores: el de los litigios que tienen la calidad de controversias administrativas, y el de los negocios que no tienen ese carácter. Ello implica que al establecer la Constitución la dualidad de jurisdicción y al señalar esa materia como frontera común de las dos se traza la línea externa de la competencia. Se sustraen así del dominio de la justicia ordinaria todos aquellos negocios que tengan la categoría jurídica de contenciones administrativas según la Constitución y la ley, para incorporarlas al dominio de la justicia especial. De esa manera queda dividido el campo de la jurisdicción en dos bloques y, de contragolpe, queda fijado el lindero de una competencia aún no discriminada.

El concepto de contención administrativa admite solamente estas dos interpretaciones: una de tipo organicista, formal o subjetivo, y otra en que se conjugan y mezclan esos elementos externos con factores funcionales, objetivos o materiales. De acuerdo con la primera interpretación, debe entenderse que el Consejo de Estado y los Tribunales seccionales son los jueces naturales de la administración, cualquiera que sea la naturaleza jurídica de la controversia. Lo único que cuenta es el hecho de aparecer comprometida la administración en el litigio, bien se aplique a éste el derecho público o bien se aplique el derecho privado. De esta manera, lo contencioso administrativo sería lo contencioso de la administración. Pero de acuerdo con la segunda interpretación, ese elemento de carácter formal o subjetivo se aprecia en razón de la clase de derecho que se aplica al negocio. Si se ventija una cuestión de derecho público, la contención será

de índole administrativa; si se disputa sobre materias de derecho privado, la controversia será de naturaleza civil o comercial.

Pero el criterio que se adopte con relación a estas dos interpretaciones es indiferente para el caso de los contratos administrativos, porque en las contiendas jurídicas que en ellos se originan siempre aparece la administración pública como parte directamente interesada, y porque en el juicio se ventilan cuestiones de derecho público principalmente. Si esa clase de contratos deben celebrarse, por mandato expreso de la Constitución, con arreglo a las leyes administrativas, es este el derecho que se aplica preferentemente a la controversia. De esta manera, el litigio suscitado por los contratos administrativos tiene el carácter de contención administrativa desde el punto de vista formal o subjetivo y desde el punto de vista material u objetivo. Así, pues, cuando el estatuto fundamental escinde el campo de la jurisdicción en dos sectores definidos y toma como punto de referencia para esa división la materia contencioso administrativa, a la vez que está señalando la línea externa de la competencia en una forma general, incorpora en la órbita de la jurisdicción especial todas aquellas contenciones que, como las suscitadas por los contratos administrativos, ya están calificadas como contenciones administrativas por el mismo constituyente. Esa situación ya creada por el mandato superior no puede modificarla el legislador.

b) **La calidad de supremo juzgador.** El vocablo "supremo" tiene un sentido excluyente. Siempre se aplica a una unidad. Repele toda idea de coexistencia de dos organismos con idénticas condiciones de supremacía dentro del mismo campo de actividades. Por esa razón no puede haber otra suprema autoridad administrativa distinta del Presidente de la República, otra Corte Suprema de Justicia para los negocios civiles, penales o laborales, ni otro tribunal supremo para las contenciones administrativas, porque el Presidente, la Corte y el Consejo de Estado perderían automáticamente la supremacía que les quiso dar la Constitución. Desde que funcionan simultáneamente dos o más instituciones con idéntica categoría jerárquica en la misma línea de competencia, todas ellas dejan de tener la supremacía, ya que quedan situadas exactamente en el mismo nivel.

Si en la Constitución se creara una situación semejante se estaría en presencia de algo ilógico. Pero si la Carta fundamental instituye un tribunal con la categoría de supremo juzgador de una materia determinada, y la ley establece otro igualmente supremo para los mismos asuntos, se estará en presencia no solo de una transgresión abierta y ostensible de la Constitución, sino de una extravagancia jurídica. No obstante la magnitud de esta anomalía, para la jurisprudencia colombiana han coexistido y siguen coexistiendo dos tribunales igualmente supremos para las contenciones administrativas: el Consejo de Estado, juzgador supremo de esas materias por mandato constitucional, y la Corte Suprema de Justicia, sala de Negocios Generales —Tribunal también supremo para tales asuntos por disposición legal. La ley no puede crear organizaciones paralelas e incompatibles con las que establece la Constitución.

Esa calidad, en relación con las contenciones administrativas que

nacen de los contratos administrativos, se la otorgan al Consejo de Estado los cánones 120 —numeral 14—, 137 y 141 —numeral 3o.— de la Carta política, y a la Sala de Negocios Generales de la Corte se la dan los artículos 40 de la Ley 105 de 1931 y 73 de la Ley 167 de 1961. Esta anormalidad jurídica ha llegado a cobrar tal magnitud, que ni siquiera hay coexistencia o funcionamiento simultáneo de esos dos tribunales supremos para conocer de las contenciones administrativas originadas en contratos administrativos, sino que el de origen legal ha prevalecido de hecho sobre el de creación constitucional, invirtiéndose así los extremos de la relación lógica y rompiéndose el principio básico de la jerarquía de la legalidad.

Pero hay algo más, el artículo 137 de la Constitución ordena: "El Consejo de Estado se dividirá en Salas o secciones para separar las funciones que le competen como Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo, de las demás que le asigne la Constitución y la Ley". En la norma transcrita aparece tan diáfano el propósito de que sólo hubiese un juzgador de tales materias en la calidad de supremo, que ordenó expresamente la separación total de esas funciones especiales de las otras que la misma entidad pudiera tener. Ni siquiera se permitió que otra Sala del Consejo de Estado ejerciera tales atribuciones. Si el constituyente quiso impedir la coexistencia de las dos salas o secciones del mismo Consejo de Estado que se repartieran la supremacía en el conocimiento y decisión de las contenciones administrativas, sería absurdo suponer que permitiera esa dualidad extravagante en dos organismos autónomos e independientes. La simple hipótesis resulta desorbitada.

c) **Las reglas legales.** El artículo 141 —numeral 3o.— de la Carta debe entenderse necesaria y forzosamente en el sentido de que corresponde al Consejo de Estado desempeñar las funciones de Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo, conforme a las reglas que señalen la Constitución y la ley, porque el estatuto fundamental es ley de leyes. Se desprende de esa premisa la consecuencia inevitable de que las facultades otorgadas al legislador en el texto comentado quedaron sujetas y condicionadas por todas aquellas normas constitucionales que tengan incidencia directa en la regulación de tales funciones.

De esta manera, las potestades conferidas al órgano legislativo quedaron limitadas: 1o.—Por el artículo 120 —numeral 14— de la Carta, que el crear la figura jurídica del contrato administrativo dio a sus controversias la calidad de contenciones administrativas; 2o.—Por el artículo 137 que no permite el fraccionamiento de la materia contencioso administrativa ni siquiera en el seno del propio Consejo de Estado y que, en consecuencia, menos permitirá su división entre organismos independientes; 3o.—Por el artículo 141 —número 3o.— que al instituir al Consejo de Tribunal Supremo de todas las contenciones administrativas, incorpora dentro de la órbita de su competencia todas aquellas calificadas de tales por la Constitución; y 4o.—Por la prevalencia de la Carta política sobre la ley, que impide a ésta decir, a través de la reglamentación de la competencia, que los contratos administrativos no son contratos administrativos, que sus

controversias no son contenciones administrativas, que el Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo no debe conocer de contenciones administrativas reconocidas como tales por el mandato superior, y que pueden coexistir el único juez supremo de esa materia, creado por el estatuto fundamental, con otro tribunal igualmente supremo para los mismos negocios, organizado por la ley.

En oposición a ese sistema constitucional perfectamente definido, el legislador primero, y la jurisprudencia después, han organizado un régimen de competencia que está en abierta pugnacidad con los mandatos de la Carta. Esa colisión entre la reglamentación superior y la inferior se ha desarrollado en dos períodos: el anterior a la reforma constitucional de 1945, y el posterior a ella. Ambos se estudiarán por separado.

PRIMER PERIODO

Durante esta etapa estuvo vigente el sistema constitucional analizado anteriormente que indica que las contenciones administrativas deben ir al conocimiento del único tribunal supremo de lo contencioso administrativo, pero de igual manera se consideró en vigor la antigua atribución 3a. del artículo 151 de la Carta de 1886 que daba facultades a la Corte Suprema de Justicia para decidir los juicios contenciosos en que tuviera parte la Nación. Esa corporación había interpretado tal precepto en el sentido de que el constituyente quiso radicar en el órgano judicial la competencia para conocer y decidir todas las acciones de carácter contractual en que estuviera interesada la Nación (sentencia de 31 de agosto de 1943).

Con apoyo en esa tesis ostensiblemente equivocada pero que dominó en Colombia desde antes de pronunciarse el fallo citado, se expidió el artículo 40 del c.j. que dió competencia a la Corte Suprema de Justicia para conocer de las controversias provenientes de contratos celebrados por la Nación y se dictó el artículo 73 —numeral 1o.— de la Ley 167 de 1941 que trajo de la órbita de la jurisdicción especial aquellos litigios nacidos en resoluciones con origen en un contrato. Conviene rastrear un poco la historia legislativa de este ordenamiento.

En el proyecto presentado por el Consejo de Estado al Congreso y que después fue la ley 167 de 1941, se propuso, como numeral 13 del artículo 34, una iniciativa en el sentido de atribuir a la jurisdicción contencioso administrativa la competencia para conocer de las resoluciones sobre inteligencia, cumplimiento, etc. de los contratos administrativos. El Congreso no acogió la idea y, por el contrario, aprobó el artículo 73 —numeral 1o.— que no estaba incluido en el proyecto. La comisión del Senado explicó así esta modificación: "De los negocios que se atribuyen privativamente al Consejo de Estado hemos considerado necesario suprimir aquellos a que se refieren los ordinales 9o. y 13, o sean los relativos al incidente de excepciones en los juicios por jurisdicción coactiva y a las controversias sobre contratos celebrados por la Administración nacional, por estimar, en nuestro concepto, que tales atribuciones pugnan con la Constitu-

cion, la cual atribuye a la Corte Suprema de Justicia el conocimiento de los juicios contenciosos en que tenga interés la Nación".

Estos antecedentes demuestran que sólo en razón de la regla 151 —atribución 3a.— del antiguo estatuto constitucional, el legislador aprobó el artículo 173 —numeral 1o.— de la Ley 167 de 1941, de la misma manera que ya lo había hecho con el artículo 40 del c.j. Es evidente que en ese planteamiento el Congreso erró, lo mismo que la Corte Suprema de Justicia en su jurisprudencia sobre el tema, ya que aquél y ésta no tomaron en consideración que los preceptos 120 —numeral 14— y 141 —numeral 3o.— de la Constitución apuntaban en dirección contraria y atribuían las contenciones administrativas nacidas de los contratos administrativos a la jurisdicción especial.

Así, pues, desde esas épocas, los artículos 40 del c.j. y 73 del c.c.a. están en notoria oposición con los mandatos constitucionales analizados. Esta apreciación tiene hoy un valioso respaldo en la nueva doctrina de la Corte Suprema de Justicia que, modificando sustancialmente su jurisprudencia anterior, ha dicho (sentencia de 11 de mayo de 1960) que la atribución 3a. del antiguo artículo 151 de la Carta no confirió "a la Corte el conocimiento de los negocios contencioso —administrativos en que fuera parte la Nación", sino el de "los negocios contenciosos civiles o privados". Esta nueva oposición doctrinaria adoptada por esa corporación, saca adelante mis tesis iniciales de que los artículos 40 y 73, tantas veces citados, ni siquiera en el momento de su expedición tuvieron apoyo constitucional de ninguna naturaleza. Si el artículo 151 jamás dio a la Corte Suprema facultades para decidir sobre asuntos "contencioso administrativo", sino sobre negocios "contenciosos civiles o privados", y si tales atribuciones sí se las otorgaba y otorga la Constitución al Consejo, la oposición entre las normas inferiores y las reglas superiores de derecho resulta ostensible —y casi se podría decir que ostentosa— desde las épocas en que fueron dictados los artículos 40 y 73.

SEGUNDO PERIODO

Bien o mal interpretado el antiguo artículo 151 de la Constitución por la vieja jurisprudencia y por el Congreso (en mi concepto fue erróneamente entendido), es lo cierto que esa disposición sirvió de apoyo al legislador para dictar los artículos 40 y 73, como ya se demostró, y para establecer un sistema de competencia opuesto totalmente al estructurado en nuestra Carta política. Pero si la incompatibilidad entre los dos regímenes podía ser dudosa antes de la enmienda constitucional de 1945, todos los motivos de vacilación y de incertidumbre cesaron en absoluto desde la vigencia de la reforma de ese año, que eliminó la atribución 3a. del artículo 151. No quedó así, ni siquiera un rezago del antiguo precepto.

Hoy, la única realidad palpitante, viva e ineluctable, cuya fuerza normativa domina los poderes jurídicos del legislador y de la jurisprudencia, es la siguiente: el constituyente creó el tipo del contrato administrativo; por razón de su denominación técnica, de sus finali-

dades típicamente administrativas, del sujeto que lo celebra, de la función que éste ejercita al pactarlo, y del régimen de derecho público a que está sometido, esa clase de contrato genera contenciones administrativas; igualmente, en razón de que esas convenciones son actos administrativos y por motivo de que las resoluciones que sobre ellas dicte el gobierno tienen también el carácter de actos administrativos, los litigios que ocasionen son contenciones administrativas. Y como sólo existe de jure un tribunal supremo para las contenciones administrativas, y las nacidas de los contratos administrativos tienen esa calidad atribuida por el propio constituyente, esas deben ir ineludible y fatalmente al conocimiento de ese supremo juez. Por otra parte, como los artículos 40 y 73 son contrarios a esa organización constitucional, tales normas quedaron modificadas en la enmienda de 1945 en el sentido de que el Consejo de Estado conoce, como tribunal supremo de las contenciones administrativas originadas en los contratos administrativos de la nación, y la Corte Suprema de las controversias civiles nacidas de los contratos civiles.

Si en todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la Ley deben aplicarse de preferencia las disposiciones constitucionales (art. 215 de la Carta), y si la Constitución es ley reformatoria y derogatoria de la legislación preexistente, en forma tal que todo precepto legal anterior a aquel estatuto superior y que sea contrario a su letra y espíritu, se desechará como insubsistente (art. 90. de la Ley 153 de 187), es inevitable la conclusión de que los artículos 40 y 73 quedaron reformados de la manera indicada. Sólo en esa forma se puede encontrar armonía jurídica entre los mandatos superiores y los inferiores.

Así, pues, la regla general de competencia establecida en la Constitución es la de que el Consejo de Estado es Tribunal supremo de las contenciones administrativas. Como excepción a ese principio, la ley asignó a la justicia común el conocimiento de las controversias sobre resoluciones que tuvieron origen en un contrato, con apoyo en el artículo 151 del antiguo estatuto fundamental. Pero al quedar suprimido el antiguo numeral 30. de ese precepto, único soporte constitucional que tenía la excepción, la regla general recobró la totalidad de su imperio, no solo porque lo accesorio sigue la suerte de lo principal, sino porque el antiguo sistema entró en pugna directa y manifiesta con los artículos 120 —numeral 14—, 137 y 141 —numeral 30.— de la Carta.

Se ha dicho que los planteamientos anteriores son rigurosamente exactos, pero que mientras no se dicte la ley que desarrolle el sistema constitucional vigente desde 1945, deben regir las antiguas excepciones aunque ellas no se ajusten a los ordenamientos superiores. Basta la enunciación del argumento para caer en cuenta, de inmediato, en su sinrazón. Si ello fuera así, quedaría desvertebrado y roto todo el sistema institucional colombiano, fundado en la prevalencia de la Constitución sobre la ley. Si el estatuto fundamental ha dicho que existen los contratos administrativos y especifica cuáles tienen ese carácter; si ha expresado que ellos se rigen por el derecho administrativo y que, de consiguiente, producen contenciones administrati-

vas; si alguna vez igualmente ha ordenado que todas las controversias de esa naturaleza han de ir al conocimiento del único Tribunal Supremo de las contenciones administrativas, es preciso que la ley repita exactamente lo que ya está establecido por ordenamientos de superior jerarquía?. Es que acaso la Constitución sólo rige mientras el legislador lo permita?

Pero la sinrazón del argumento glosado cobra las características de error en materia grave, si se considera —como es forzoso— que no hay estatuto legal que dictar — para poner en movimiento y hacer cumplir el nuevo sistema constitucional, ya que la ley 167 de 1941 regula toda la materia. En efecto, allí se le da competencia a la jurisdicción especial para conocer de las acusaciones dirigidas contra los decretos, resoluciones y otros actos administrativos dictados por el Presidente, el gobierno, los ministros, gobernadores, asambleas, alcaldes, cabildos, etc. Esa regla general tenía la excepción relativa a las decisiones originadas en un contrato, pero al desaparecer esa excepción, la regla cobró todo su imperio y la excepción quedó eliminada. De consiguiente, las resoluciones nacidas de los contratos administrativos se incorporan al sistema general de competencia, por estas razones obvias: a) Porque el contrato administrativo es un acto administrativo; b) Porque la resolución o decreto que se dicte por el gobierno con base en ese contrato es igualmente un acto administrativo; c) Porque la controversia se desarrollará así sobre dos actos administrativos concatenados; d) Porque todo acto administrativo genera contenciones administrativas; e) Porque la competencia para decidir de esas controversias no puede fraccionarse; f) Porque el estatuto superior de derecho ha creado una jurisdicción especial precisamente con esa exclusiva finalidad; y g) Porque esos principios generales de la Carta están plenamente desarrollados por la Ley 167 de 1941 que da competencia excluyente y privativa a la jurisdicción especial para conocer de los litigios nacidos de resoluciones administrativas.

Si por mandato de la Constitución, el Consejo de Estado es tribunal supremo de las contenciones administrativas, conforme a las reglas que señala la Ley: si esa Ley —la 167 de 1941— fue expedida y desarrolla ampliamente el mandato superior en todos sus detalles; y si la excepción establecida por ese estatuto legal entró en oposición con la Carta política, será preciso que se dicte otra ley para eliminar esa excepción ya suprimida por la Constitución, para decir que la regla general recobra toda su fuerza normativa, o para expresar lo que la ley 167 repite hasta la fatiga, es decir, que la jurisdicción especial decide sobre los litigios nacidos en los actos administrativos?

Se argüirá seguramente que si bien es cierto que los contratos administrativos se celebran de acuerdo con el derecho administrativo, también lo es que en ellos se aplica, en parte, la legislación civil, circunstancia que puede incidir sobre la competencia. El razonamiento, de formularse, sería baladí e inocuo, porque las reglas de la contratación privada sólo tienen en esta clase de convenciones un valor meramente supletorio, y porque ese hecho no le quita el carácter de administrativo que tiene la controversia. Tan evidente es esta ase-

veración, que desde la ley 130 de 1913 se concedieron acciones contenciosas administrativas contra los actos del gobierno lesivos de derechos civiles, juicios que iban al conocimiento de la jurisdicción especial. De idéntica manera, en el artículo 67 de la ley 167 de 1941, en vigencia, se dijo: "La persona que se crea lesionada en un derecho suyo establecido o reconocido por una norma de carácter civil o administrativo podrá pedir que además de la anulación del acto se le restablezca en su derecho". En esa regla legal se estructura precisamente el contencioso privado de plena jurisdicción, que es el contencioso de los contratos.

La tesis de la competencia del Consejo de Estado y de los tribunales seccionales para conocer de las contenciones administrativas es aún más diáfana y evidente que la que se ha dejado expuesta, porque se apoya no solamente en los mandatos analizados de la Carta fundamental, sino en textos expuestos de la Ley 167 de 1941 (artículo 68 y 83). No obstante, la Corte Suprema de Justicia no ha aceptado esa doctrina que fluye de los mandatos constitucionales y legales, en razón de que siempre ha estudiado los fenómenos del derecho público con idéntico criterio al que utiliza para analizar los fenómenos del derecho privado. Como lógica consecuencia de esa errónea posición inicial, hoy funcionan, a pesar de la expresa voluntad del constituyente, estos "Tribunales Supremos de lo Contencioso Administrativo": a) El Consejo de Estado; b) La Sala de Negocios Generales de la Corte; c) La Sala de Casación Civil de la misma Corte para las controversias nacidas de los contratos administrativos de los municipios; y d) El Tribunal Superior de Bogotá para los actos administrativos que dicta el Ministerio de Fomento sobre cuestiones marcas y de patentes.

De tal manera se ha diluído la materia contencioso administrativa en tantos "Tribunales Supremos", que, en realidad, el mandato constitucional que creó uno solo, ya ha perdido su fuerza normativa. Esta situación plantea a los poderes públicos, especialmente al legislativo, esta disyuntiva: O sobra la Sala Contencioso Administrativa del Consejo de Estado o sobra la Sala de Negocios generales de la Corte Suprema de Justicia. Una de las dos debe ser eliminada, ya que no puede coexistir dos organizaciones paralelas e incompatibles en la misma línea de competencia.

Como en el auto aprobado por la mayoría de la Sala se aplica sin discriminación alguna el artículo 73 —numeral 1o.— de la ley 167 de 1941, me aparto de la motivación de esa providencia.