

**CONTRATACIÓN ATÍPICA EN EL SECTOR CENTRAL DE LA
ADMINISTRACIÓN PÚBLICA COLOMBIANA (MINISTERIOS Y
DEPARTAMENTOS ADMINISTRATIVOS)**

JUAN SEBASTIÁN GARCÉS CASTRILLÓN

Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario.

Facultad de Jurisprudencia.

Maestría en Derecho Administrativo.

Bogotá D. C.

2014.

**CONTRATACIÓN ATÍPICA EN EL SECTOR CENTRAL DE LA
ADMINISTRACIÓN PÚBLICA COLOMBIANA (MINISTERIOS Y
DEPARTAMENTOS ADMINISTRATIVOS)**

JUAN SEBASTIÁN GARCÉS CASTRILLÓN

Memoria presentada como requisito para optar por el título
Magister en Derecho Administrativo

Director:

Dr. MANUEL ALBERTO RESTREPO MEDINA

Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario

Maestría en Derecho Administrativo.

Facultad de Jurisprudencia

Bogotá D.C.

2014.

CONTENIDO

INTRODUCCIÓN.....	12
PRIMERA PARTE. MARCO TEÓRICO.....	20
1. Consideraciones preliminares en torno a las categorías de Derecho público y privado y la constitucionalización del Derecho administrativo.....	20
1.1. El debate en torno a la existencia de un Derecho público y otro privado.....	21
1.2. Constitucionalización del Derecho administrativo	27
2. El contexto del Régimen de Contratación Estatal colombiano.....	35
3. Régimen general de la contratación estatal en Colombiano.....	40
3.1. Definición de contrato estatal y régimen legal de las tipologías contractuales aplicables por parte de la administración pública.	40
3.2. Posición de la doctrina respecto a las tipologías contractuales aplicables por parte de la administración pública.....	49
3.3. El contrato de Derecho privado y sus elementos de existencia y validez – Su relación con el contrato de Derecho público.....	56
4. El concepto de autonomía de la voluntad en el derecho privado y en el derecho público.....	58
4.1. El lugar de la autonomía de la voluntad dentro de las fuentes del Derecho.....	59
4.2. Consideraciones en torno a la autonomía de la voluntad en el Derecho romano y las escuelas del Derecho contemporáneas	62
4.2.1. La autonomía de la voluntad en el Derecho romano	64
4.2.2. La autonomía de la voluntad según la teoría francesa del acto jurídico.....	67
4.2.3. La autonomía de la voluntad según la escuela italiana del negocio jurídico.....	69
4.2.4. La autonomía de la voluntad en el Common Law anglosajón	71
4.2.5. La noción de discrecionalidad del derecho público como moderador del principio de legalidad y como fuente de la autonomía de la voluntad que se le otorga a la administración.	73

4.2.6. Propuesta de una noción de autonomía de la voluntad para los contratos estatales....	76
5. Los contratos típicos o nominados y la tipicidad social...	78
5.1. Concepto de contrato típico	78
5.2. Ejemplos de elementos regulados por el legislador en el contrato típico	80
5.2.1. Código Civil	80
5.2.2. Código de Comercio.....	80
5.2.3. Los contratos de la Ley 80 de 1993.....	81
5.2.4. Contrato de Factoring: (Ley 1231 de 2008)	82
5.2.5. Código Sustantivo de Trabajo	82
5.2.6. Ley de Servicios Públicos Domiciliarios (Ley 142 de 1994).....	82
5.2.7. Contratos de telecomunicaciones:	83
5.3. La tipicidad social	83
6. Los contratos innominados o atípicos.....	85
6.1. Definición.....	85
6.2. Reglas de interpretación comunes a los contratos típicos y atípicos	87
6.3. Clasificación de los contratos atípicos	88
6.4. Teorías o circunstancias que limitan o niegan la autonomía de la voluntad contractual	90
6.4.1. Teoría de la tipicidad de primero y segundo orden que niega la atipicidad	91
6.4.2. La regulación estatal y el régimen de protección al consumidor	94
6.4.3. Las reglas de contratación estatal, en especial el régimen de garantías	95
6.4.4. El alcance de la tipicidad contractual en el Derecho colombiano mismo	96
6.5. Contratos típicos de Derecho privado	99
6.5.1. Contratos del Código Civil.....	99
6.5.2. Contratos en el Código de Comercio	100
6.5.3. Contratos en el Código Nacional de Navegación y Actividades Portuarias Fluviales (Ley 1242 de 2008)	101
6.5.4. Contratos en el Estatuto Aduanero (Decreto 2685 de 1999).....	101

6.5.5. Contratos en el Estatuto Cambiario (Resolución Externa No. 8 de 2000 expedida por el Banco de la Republica).....	101
6.5.6. Contratos de Carácter Financiero	102
6.5.6.1. Contratos en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero - Decreto 663 de 1993	102
6.5.6.2. Contratos en el Decreto 2555 de 2010 “Por el cual se recogen y reexpiden las normas en materia del sector financiero, asegurador y del mercado de valores y se dictan otras disposiciones”	103
6.5.7. Contratos en el Estatuto General del Turismo (Ley 300 de 1996)	105
6.5.8. Contratos en el Estatuto Tributario (Decreto 624 de 1989)	105
6.5.9. Estatuto de Vigilancia y Seguridad Privada (Decreto 356 de 1994)	106
6.5.10. Otros contratos típicos de Derecho privado:	106
6.6. Contratos típicos o nominados de Derecho público.....	107
6.6.1. Los contratos de la Ley 80 de 1993 y del Decreto 1510 de 2013	107
6.6.1.1. Ley 80 de 1993.....	107
6.6.1.2. Decreto 1510 de 2013	108
6.6.2. Otros contratos típicos o nominados de Derecho público	108
SEGUNDA PARTE - CONTRATACIÓN ATÍPICA EN LAS ENTIDADES QUE CONFORMAN EL SECTOR CENTRAL DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA COLOMBIANA – MINISTERIOS Y DEPARTAMENTOS ADMINISTRATIVOS	110
1. Naturaleza jurídica y funciones de las entidades estudiadas.....	110
1.1. Ministerios	111
1.1.1. Definición.....	111
1.1.2. Enumeración de los ministerios en Colombia	111
1.2. Departamentos Administrativos	112
1.2.1. Definición.....	112
1.2.2. Enumeración de los Departamentos Administrativos en Colombia.....	113
1.3. Funciones de los Ministerios y Departamentos Administrativos	113
1.4. Los sectores administrativos	115

2. Determinación de los Ministerios, sus objetivos, normatividad y la contratación nominada y típica y nominada del sector administrativo que encabezan.....	116
2.1. Ministerio del Interior	116
2.1.1. Objetivos de Ministerio del Interior	116
2.1.2. Principales normas que regulan su actividad	116
2.1.3. Ejemplos de contratos nominados y/o típicos usados por el Sector Administrativo del Interior.....	117
2.2. Ministerio de Relaciones Exteriores	117
2.2.1. Objetivos del Ministerio de Relaciones Exteriores	117
2.2.2. Principales normas que regulan su actividad	117
2.2.3. Ejemplos de contratos nominados y/o típicos usados por el Sector Administrativo de Relaciones Exteriores	118
2.3. Ministerio de Hacienda y Crédito Público.....	118
2.3.1. Objetivos del Ministerio de Hacienda y Crédito Público	118
2.3.2. Principales normas que regulan su actividad	118
2.3.3. Ejemplos de contratos nominados y/o típicos usados por el Sector Administrativo de Hacienda y Crédito Público.....	119
2.4. Ministerio de Justicia y del Derecho	119
2.4.1. Objetivos del Ministerio de Justicia y del Derecho.....	119
2.4.2. Principales normas que regulan su actividad	119
2.4.3. Ejemplos de contratos nominados y/o típicos usados por el Sector Administrativo de Justicia y del Derecho	120
2.5. Ministerio de Defensa Nacional	120
2.5.1. Objetivos del Ministerio de Defensa Nacional.....	120
2.5.2. Principales normas que regulan su actividad	120
2.5.3. Ejemplos de contratos nominados y/o típicos usados por el Sector Administrativo de Defensa Nacional	121
2.6. Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural	121
2.6.1. Objetivos del Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural	121
2.6.2. Principales normas que regulan su actividad	122

2.6.3. Ejemplos de contratos nominados y/o típicos usados por el Sector Administrativo de Agricultura y Desarrollo Rural.....	122
2.7. Ministerio de Salud y Protección Social	123
2.7.1. Objetivos del Ministerio de Salud y Protección Social	123
2.7.2. Principales normas que regulan su actividad	124
2.7.3. Ejemplos de contratos nominados y/o típicos usados por el Sector Administrativo de Salud y Protección Social.....	124
2.8. Ministerio del Trabajo	124
2.8.1. Objetivos del Ministerio de Trabajo.....	124
2.8.2. Principales normas que regulan su actividad	125
2.8.3. Ejemplos de contratos nominados y/o típicos usados por el Sector Administrativo de Trabajo	125
2.9. Ministerio de Minas y Energía.....	125
2.9.1. Objetivos del Ministerio de Minas y Energía.....	125
2.9.2. Principales normas que regulan su actividad	126
2.9.3. Ejemplos de contratos nominados y/o típicos usados por el Sector Administrativo de Minas y Energía	126
2.10. Ministerio de Comercio, Industria y Turismo.....	126
2.10.1. Objetivos del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo.....	126
2.10.2. Principales normas que regulan su actividad	127
2.10.3. Ejemplos de contratos nominados y/o típicos usados por el Sector Administrativo de Comercio, Industria y Turismo	127
2.11. Ministerio de Educación Nacional	128
2.11.1. Objetivos del Ministerio de Educación Nacional.....	128
2.11.2. Principales normas que regulan su actividad	130
2.11.3. Ejemplos de contratos nominados y/o típicos usados por el Sector Administrativo de Educación.....	130
2.12. Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible	131
2.12.1. Objetivos del Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible	131
2.12.2. Principales normas que regulan su actividad	131
2.12.3. Ejemplos de contratos nominados y/o típicos usados por el Sector Administrativo de Ambiente y Desarrollo Sostenible.....	132
2.13. Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio.....	132

2.13.1. Objetivos Del Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio.....	132
2.13.2. Principales normas que regulan su actividad	133
2.13.3. Ejemplos de contratos nominados y/o típicos usados por el Sector Administrativo de Vivienda, Ciudad y Territorio	133
2.14. Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones.....	133
2.14.1. Objetivos del Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones	134
2.14.2. Principales normas que regulan su actividad	134
2.14.3. Ejemplos de contratos nominados y/o típicos usados por el Sector Administrativo de las Comunicaciones.....	135
2.15. Ministerio de Transporte	136
2.15.1. Objetivos del Ministerio de Transporte.....	136
2.15.2. Principales normas que regulan su actividad	136
2.15.3. Ejemplos de contratos nominados y/o típicos usados por el Sector Transporte.....	137
2.16. Ministerio de Cultura.....	137
2.16.1. Objetivos del Ministerio de Cultura	137
2.16.2. Principales normas que regulan su actividad	138
2.16.3. Ejemplos de contratos nominados y/o típicos usados por el Sector Administrativo de la Cultura.....	138
3. Determinación de los Departamentos Administrativos, sus objetivos, normatividad y la contratación nominada y típica y nominada del sector administrativo que encabezan.....	138
3.1. Departamento Administrativo de la Presidencia de la República	138
3.1.1. Objetivos del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República.....	138
3.1.2. Principales normas que regulan su actividad	139
3.1.3. Ejemplos de contratos nominados y/o típicos usados por el Sector Administrativo de la Presidencia de la República.....	139
3.2. Departamento Administrativo para la Prosperidad Social (DAPS).....	140
3.2.1. Objetivos del Departamento Administrativo para la Prosperidad Social (DAPS)	140
3.2.2. Principales normas que regulan su actividad	140
3.2.3. Ejemplos de contratos nominados y/o típicos usados por el Sector Administrativo de la Inclusión Social y la Rehabilitación.....	141

3.3. Departamento Administrativo del Deporte, la Recreación, la Actividad Física y el Aprovechamiento del Tiempo Libre – COLDEPORTES	141
3.3.1. Objetivos del Departamento Administrativo del Deporte, la Recreación, la Actividad Física y el Aprovechamiento del Tiempo Libre – COLDEPORTES.....	142
3.3.2. Principales normas que regulan su actividad	142
3.3.3. Ejemplos de contratos nominados y/o típicos usados por el Sector Administrativo del Deporte y la Recreación.....	142
3.4. Departamento Nacional de Planeación (DNP)	142
3.4.1. Objetivos del Departamento Nacional de Planeación	143
3.4.2. Principales normas que regulan su actividad	143
3.4.3. Ejemplos de contratos nominados y/o típicos usados por el Sector Administrativo de Planeación	144
3.5. Departamento Administrativo de la Función Pública (DAFP).....	144
3.5.1. Objetivos del Departamento Administrativo de la Función Pública	144
3.5.2. Principales normas que regulan su actividad	145
3.5.3. Ejemplos de contratos nominados y/o típicos usados por el Sector Administrativo de la Función Pública.....	145
3.6. Departamento Administrativo Nacional de Estadística (DANE)	146
3.6.1. Objetivos del Departamento Administrativo Nacional de Estadística (DANE).....	146
3.6.2. Principales normas que regulan su actividad	146
3.6.3. Ejemplos de contratos nominados y/o típicos usados por el Sector Administrativo de Información Estadística.....	146
3.7. Departamento Administrativo de Ciencia, Tecnología e Innovación (COLCIENCIAS).....	147
3.7.1. Objetivos del Departamento Administrativo de Ciencia, Tecnología e Innovación (COLCIENCIAS).....	147
3.7.2. Principales normas que regulan su actividad	147
3.7.3. Ejemplos de contratos nominados y/o típicos usados por el Sector Administrativo de Ciencia, Tecnología e Innovación.....	148
4. Contratos atípicos celebrados por el Sector Central de la administración pública colombiana (Ministerios y Departamentos Administrativos) en el	

periodo 1 de enero de 2011 al 31 de diciembre de 2012.....	149
4.1 Metodología de revisión.....	149
4.2. Procesos contractuales llevados a cabo por las entidades estudiadas durante el año 2011.....	149
4.3. Procesos contractuales llevados a cabo por las entidades estudiadas durante el año 2012.....	150
4.4. Tipologías de contratos atípicos encontradas.....	154
4.4.1. Contratos de apoyo logístico	160
4.4.2. Contratos de bienestar	161
4.4.3. Contratos de medios	162
4.4.3.1. El contrato de publicidad.....	163
4.4.3.2. Contrato de producción audiovisual.....	164
4.4.3.3. Contratos de radiodifusión:	164
4.4.4. Contratos Misionales.....	165
4.4.5. Contratos de Outsourcing.....	169
4.4.6. Convenios o Contratos Interadministrativos	170
4.4.7. Contratos de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones.....	173
4.4.7.1. Contrato de licencia.....	174
4.4.7.2. Contrato de Hosting	174
4.4.7.3. Contrato de streaming	175
4.4.7.4. Contratos de mantenimiento informático	175
4.4.7.5. Contratos de suministro de soluciones integrales (Contrato llave en mano o turn key package).....	175
4.4.8. Contratos de Archivo y Gestión Documental.....	176
4.4.9. Contratos con Entidades sin Ánimo de Lucro.....	176
4.4.10. Contratos de Servicio al Cliente.....	179
4.4.11. Contratos de Gerencia	180
4.5. Incidencia de la celebración de contratos atípicos en las entidades estudiadas	180

4.5.1. Indicación cuantitativa de los contratos atípicos celebrados por los Ministerios durante el periodo estudiado	180
4.5.2. Indicación cuantitativa de los contratos atípicos celebrados por los Departamentos Administrativos durante el periodo estudiado.....	181
CONCLUSIONES.....	183
BIBLIOGRAFÍA.....	188

INTRODUCCIÓN

Desde el decenio de 1980 se hizo patente que para superar el atraso y la delicada situación de orden público que afrontaba Colombia era necesario reformular el modelo de desarrollo y correlativamente el modelo de Estado. En ese estado de cosas, para abordar el problema del subdesarrollo y la paz, desacreditados los modelos socialistas y comunistas por el colapso de las economías de Europa Oriental, que tuvo como símbolo la caída del muro de Berlín y las protestas en China que llevaron a la revisión del maoísmo y la adopción de un capitalismo de Estado, prevalece por sustracción de materia el modelo capitalista liberal y con él su concepción del Estado democrático, la cual será adoptada con mayor o menor éxito por la mayoría de los países de América Latina.

Sin embargo, el contexto de prevalencia del modelo capitalista liberal derivado del colapso de la Unión Soviética y las reformas adoptadas por China, adquiere en Colombia unos caracteres especiales por los compromisos adquiridos con la desmovilización, en 1990, del movimiento guerrillero M-19 y la necesidad de enfrentar la amenaza del narcotráfico y otros grupos armados aún opuestos al Estado. En este contexto la Constitución de 1991, no obstante adoptar en su parte económica un modelo liberal de libre mercado, consagra también un Estado Social de Derecho que reconoce una serie de derechos fundamentales, brindándoles a los ciudadanos tutela judicial efectiva a través de las acciones constitucionales; y por último busca la modernización de la administración a través de figuras como la descentralización territorial o la consagración de unos principios que rigen la función administrativa.

Respecto a la función administrativa, la Constitución Política de 1991, en su artículo 209, consagra que esta debe ejercerse en desarrollo de los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones, los cuales influirán en el desarrollo legislativo posterior a la Constitución, incluido el régimen de contratación

estatal que se adoptaría con la expedición de la Ley 80 de 1993 y que, no obstante haber sido objeto de una ingente reglamentación, no ha sufrido en lo esencial mayores reformas¹.

Es dentro de este marco que corresponde determinar en qué medida los principios de la función administrativa, plasmados en el artículo 209 de la Constitución, son recogidos por el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública y sí basándose en ellos los Ministerios y Departamentos Administrativos, como entidades que forman parte del sector central de la administración pública colombiana, celebran contratos atípicos; y si lo hacen, con fundamento en qué conceptos políticos y jurídicos, con qué tipología y cuáles son sus caracteres específicos.

Como punto de partida, en términos generales y reducido a la mayor simplificación posible el concepto, el contrato atípico es aquel que no tiene un régimen jurídico definido por la ley; es decir, aquel negocio que surge de la voluntad de las partes, siempre y cuando no vaya en contra del orden público y las buenas costumbres² y que, de otro lado, cumpla con el lleno de los requisitos de existencia y validez exigidos por la ley³.

¹ Las leyes 1150 de 2007 y 1474 de 2011 se han concentrado más en refinar aspectos funcionales de la ley como los procedimientos de selección sin modificar radicalmente los principios consagrados en la Ley 80 de 1993.

² Los conceptos de orden público y buenas costumbres se encuadran dentro de lo que la doctrina llama conceptos jurídicos indeterminados, es decir nociones que se expresan en normas jurídicas que son vagas e imprecisas, que dejan al intérprete en libertad de determinar su alcance a excepción del Derecho sancionatorio donde en defensa de la tipicidad se exige una absoluta determinación de la conducta (Ver sentencia C-350 de 2009, Corte Constitucional de Colombia, Magistrada Ponente María Victoria Calle Correa). En el caso del Derecho administrativo se relaciona con la discrecionalidad con que cuenta la administración pública para definir la manera y el momento para ejecutar los actos encaminados a la satisfacción de un interés colectivo.

³ Para el Derecho colombiano, los requisitos de existencia y validez están contenidos en el Art. 1502 del Código Civil, que dispone:

“Art. 1502.- Para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad, es necesario:

1o.) que sea legalmente capaz.

2o.) que consienta en dicho acto o declaración y su consentimiento no adolezca de vicio.

3o.) que recaiga sobre un objeto lícito

4o.) que tenga una causa lícita.

La capacidad legal de una persona consiste en poderse obligar por sí misma, sin el ministerio o la autorización de otra”.

Asimismo, al hablar de los contratos estatales se debe tener en cuenta que tienen una doble naturaleza: por un lado, una de Derecho privado en lo que tiene que ver con las reglas de formación de la voluntad, los requisitos de validez y eficacia, el alcance de las prestaciones y las reglas específicas que establezca la ley o las partes para su configuración, ejecución y cumplimiento; de otro lado, de Derecho público que se manifiesta en el interés general que se busca satisfacer con el contrato y, derivado de ello una serie de normas específicas sobre las reglas de selección objetiva del contratista, garantías, causales de nulidad y el particular régimen de responsabilidad de los contratantes.

JUSTIFICACIÓN

Con este trabajo de investigación se pretende estudiar el alcance práctico que han tenido en la actividad contractual de los Ministerios y Departamentos Administrativos, como principales entidades que conforman el sector central de la administración pública colombiana, los artículos 209 de la Constitución Política, que determina los principios de la función pública, y los artículos 13, 32, 40 y 76 de la Ley 80 de 1993 que permiten la utilización de normas de Derecho privado en la contratación pública.

La problemática que justifica este estudio es que si bien los citados artículos 209 de la Constitución Política y 13, 32, 40 y 76 de la Ley 80 de 1993, cuando no existe norma especial de derecho público⁴, habilitan a las entidades sujetas a su régimen a la utilización de normas de derecho privado y a hacer uso de la autonomía de la voluntad⁵, no existen estudios sistemáticos y profundos sobre el marco teórico detrás de esta habilitación y la misma tiene consecuencias en la práctica contractual de los Ministerios y Departamentos Administrativos.

⁴ Colombia, Congreso de la República, Ley 80 de 1993, DIARIO OFICIAL. AÑO CXXIX. N. 41094. 28, OCTUBRE, 1993. PAG. 1, artículo 13

⁵ Colombia, Congreso de la República, Ley 80 de 1993, DIARIO OFICIAL. AÑO CXXIX. N. 41094. 28, OCTUBRE, 1993. PAG. 1, artículos 32, 40 y 76

La pertinencia de este trabajo deriva de la ausencia de estudios o trabajos de campo que permitan establecer hasta qué punto las normas que autorizan la aplicación de reglas de Derecho privado dentro de la contratación pública están siendo aplicadas y de qué manera.

HIPÓTESIS

La premisa a partir de la cual se emprendió esta investigación es la siguiente:

El Estatuto General de Contratación colombiano (Ley 80 de 1993 y normas que lo aclaran, complementan y desarrollan), como desarrollo de los artículos 4 y 209 de la Constitución Política y como ejemplo de la implantación de nuevas maneras de entender el derecho administrativo, habilita a las entidades estatales sujetas al estatuto general de contratación, en aras de alcanzar sus fines constitucionales y legales, para acudir a contratos del derecho privado, plasmados en normas especiales y aquellos derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad, sin que ello se oponga al principio de legalidad, piedra angular del derecho público. No obstante esta autorización legal expresa, el uso de contratos atípicos es muy limitado.

OBJETIVOS GENERALES Y ESPECÍFICOS

OBJETIVO GENERAL

Estudiar la aplicación de figuras contractuales atípicas en las siguientes entidades del sector central de la administración pública colombiana: Ministerios y Departamentos Administrativos.

OBJETIVOS ESPECÍFICOS

1. Reflexionar sobre el papel del Estado moderno.

2. Revisar el alcance del postulado de la autonomía de la voluntad en el Derecho colombiano, a la luz del Derecho privado y el Derecho público.
3. Hacer un estado del arte de los contratos típicos y nominados en la legislación colombiana.
4. Diagnosticar la situación actual de los contratos atípicos en la legislación y la práctica administrativa colombiana.
5. Establecer cuáles son los tipos contractuales utilizados por los ministerios y departamentos administrativos en Colombia.
6. Establecidos los tipos contractuales atípicos usados por ministerios y departamentos administrativos, determinar sus caracteres más importantes y cuantificar su incidencia.

METODOLOGÍA

El presente trabajo de investigación hace parte del proyecto de la línea de investigación en contratación atípica en las diferentes entidades de la Administración Pública colombiana. Los distintos trabajos que forman parte de dicha línea de investigación fueron agrupados por la naturaleza de las entidades objeto de estudio, correspondiendo en este caso ocuparse de los Ministerios y Departamentos Administrativos.

Dentro de esta línea de investigación ya han sido publicados los siguientes trabajos de investigación:

1. “Contratos atípicos de las entidades descentralizadas del orden nacional sometidas al estatuto general de contratación de la administración pública”⁶.

⁶ Ver Ronderos Botero, Jorge Arturo, Contratos atípicos de las entidades descentralizadas del orden nacional sujetas al estatuto de contratación administrativa, Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, Tesis de Maestría en Derecho Administrativo, 2011. <http://repository.urosario.edu.co/handle/10336/2752>

2. “Procedencia en la configuración de contratos atípicos en la nación – superintendencias sin personería jurídica y la nación – unidades administrativas especiales sin personería jurídica sujetas al estatuto de contratación estatal”⁷.

No obstante este trabajo se deriva de una línea de investigación previamente establecida por la Universidad, mi vinculación a la misma parte del interés de estudiar los muchos fenómenos e ideas, tales como la constitucionalización del derecho, las distintas ideas sobre el rol de los Estados modernos y las teorías revisionistas del modelo jerárquico de las fuentes del derecho, que en la práctica van en contravía de los paradigmas establecidos del derecho en general y del derecho administrativo en particular.

En cuanto a la metodología que se utilizará para adelantar este trabajo de investigación, a través del método deductivo se acometerá la tarea de determinar si los Ministerios y Departamentos Administrativos celebran contratos atípicos, con base en la doctrina nacional y extranjera sobre la materia, la Constitución, la ley, la jurisprudencia y los procesos contractuales publicados en la base de datos “Sistema Electrónico de Contratación Pública – SECOP”.

Para ello, en la primera parte de este trabajo se demarcarán los conceptos básicos sobre el Estado, la contratación estatal, la autonomía de la voluntad y la tipicidad y atipicidad contractual, de esta manera:

- Se reflexionará sobre el papel del Estado contemporáneo a la luz de la preponderancia que ha adquirido el Derecho Constitucional y el contexto económico y político en que este se desenvuelve.
- Hecha esta previa reflexión sobre el contexto que influyó en la expedición de la Ley 80 de 1993, los caracteres del contrato estatal y los diferentes elementos que conforman la noción de autonomía de la voluntad en el Derecho colombiano, se pasa a exponer la teoría de los contratos típicos y atípicos, y las

⁷ Ver Yucuma Carvajal, Catalina María, *Procedencia en la configuración de contratos atípicos en la nación – superintendencias sin personería jurídica y la nación – unidades administrativas especiales sin personería jurídica sujetas al estatuto de contratación estatal*, Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, Tesis de Maestría en Derecho Administrativo, 2012. <http://repository.urosario.edu.co/handle/10336/3578>

relaciones que este tiene con las tipologías contractuales a utilizarse por parte del Estado.

- Una vez hecha la revisión de la noción de contrato estatal y de las normas de la Ley 80 de 1993 que hacen referencia a la aplicación de las disposiciones civiles y comerciales pertinentes y el reconocimiento de la autonomía de la voluntad, se pasa a abordar el estudio de los contratos de Derecho privado, la clasificación de los contratos como típicos o atípicos y su caracterización, para terminar exponiendo una serie de factores que excluyen o limitan la atipicidad contractual.
- Definido el contrato estatal y cuál es su alcance, se contrastarán los conceptos de contrato típico y atípico, haciendo una aproximación al postulado de la autonomía de la voluntad, desde la idea de que este ocupa un importante lugar dentro de las fuentes del Derecho y debe ser entendido desde las distintas teorías que han influido en el Derecho occidental contemporáneo; examinando también cómo se contrapone esta prerrogativa individual con el principio de legalidad.
- Definida la tipicidad y la atipicidad, se hará un estado del arte de los contratos nominados y típicos de Derecho público y privado en el ordenamiento jurídico colombiano, con el fin de determinar, a la luz de nuestro Derecho, cuáles contratos efectivamente pertenecen a la categoría de atípicos.

En la segunda parte de este trabajo, luego de determinar el alcance de los conceptos de tipicidad y atipicidad contractual, se hará una revisión de los contratos atípicos de que hacen uso los Ministerios y Departamentos Administrativos en Colombia. Para ello se definirá:

- Qué son, de acuerdo con la ley colombiana, los Ministerios y Departamentos Administrativos, cuál es su nomenclatura y objeto, así como su régimen contractual específico.
- Como conclusión del estado del arte de la contratación típica, tanto en Derecho privado como Derecho público, y hecha la revisión de los procesos contractuales que las entidades objeto de estudio han publicado en el Sistema

Electrónico de Contratación Pública, en el periodo comprendido entre el 1 de enero de 2011 y el 31 de diciembre de 2012, se extractarán los procesos contractuales cuyo objeto y prestaciones corresponda a contratos atípicos.

- De esta lista se hará, si existe, una definición de los contratos dada por la doctrina. Luego, se pasará a analizar algunos contratos celebrados por las entidades y sus caracteres particulares, y se harán unas observaciones generales a la tipología encontrada. Dichas observaciones se derivan de los caracteres específicos de cada contrato encontrado que están establecidos en el anexo de este trabajo.

PRIMERA PARTE. MARCO TEÓRICO

1. Consideraciones preliminares en torno a las categorías de Derecho público y privado y la constitucionalización del Derecho administrativo

Como ya se ha dicho, en Colombia, con la Constitución de 1991 y la adopción de nuevas formas y tendencias del Derecho administrativo surge la necesidad de modernizar el régimen de contratación estatal, esfuerzo que se concreta con la expedición de la Ley 80 de 1993. Tal norma se puede considerar revolucionaria al ser concebida como un estatuto de principios que lo hace flexible, que es aplicable a toda la administración pública, que adopta los que estableció como principios de la función administrativa: la igualdad, la moralidad, la eficacia, la economía, la celeridad, la imparcialidad y la publicidad, todas contenidas en el Artículo 209 de la Constitución Política⁸.

En este punto cabe destacar que la existencia de una norma, como lo es el artículo 209 de la Constitución Política, ejemplifica la adopción por el ordenamiento jurídico colombiano de los nuevos paradigmas del Derecho administrativo ya mencionados, trayendo consigo la referencia y la adopción en el lenguaje diario de expresiones como *“Adopción de un gobierno corporativo”*, *“Nueva Gerencia Pública”*, *“Gobernanza”*, *“Eficiencia y Eficacia”*, *“Sostenibilidad Fiscal”*, por solo citar algunas, conceptos concebidos para alcanzar la concreción de los precitados principios de la función administrativa, que provienen tanto del Derecho administrativo como de otras ramas del Derecho o del conocimiento (Economía, Administración o Ciencias Políticas), y que ya no son extrañas a quienes estudian el Derecho público y ponen en entredicho la dualidad entre Derecho público y privado, defendida por algunos y que en términos prácticos no es posible, así existan justificaciones doctrinarias y políticas para defender la citada dicotomía. Al respecto, Eduardo García Máynez observa:

⁸ Dice el mencionado artículo: “La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones”.

Las autoridades administrativas deben coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado. La administración pública, en todos sus órdenes, tendrá un control interno que se ejercerá en los términos que señale la ley”.

Uno de los temas más discutidos por los juristas es el de la distinción entre Derecho privado y Derecho público. Mientras ciertos autores, como Radbruch, estiman que dichos conceptos son categorías apriorísticas de la ciencia del Derecho, otros afirman que se trata de una dicotomía de índole política y no pocos niegan enfáticamente la existencia de un criterio válido de diferenciación. Duguit, por ejemplo, cree que tal criterio posee únicamente interés práctico; Gurvitch niega la posibilidad de establecerlo de acuerdo con notas de naturaleza material, y Kelsen declara que todo Derecho constituye una formulación del Estado y es, por ende, Derecho público⁹.

Se encuentra, entonces, que el fondo del debate respecto a la adopción de términos propios del Derecho privado o de otras disciplinas pasa por la cuestión de si existe un solo Derecho, continente de las nociones de Derecho público y privado (postura monista), o dos Derechos, uno público y otro privado, excluyente uno de otro.

1.1. El debate en torno a la existencia de un Derecho público y otro privado

Si bien muchos autores han tratado de defender una postura dualista del Derecho (público y privado), existen argumentos y ejemplos muy sólidos para considerar la unidad¹⁰. Sin embargo, esto no obsta para explicar, según una óptica dualista, los fenómenos de la “*Publificación del Derecho privado*” y el de “*Huida del Derecho público al Derecho privado*”, y estos en relación con la contratación pública. En torno a dicho debate, es lícito afirmar que ambos fenómenos se pueden explicar desde las tendencias actuales de interdisciplinariedad, liberalización y colaboración armónica entre ciudadanos y administración, como requisito esencial para construir una sociedad funcional.

⁹ Ver García Máynez, *Introducción al Estudio del Derecho*, p. 131.

¹⁰ Como ejemplo de la mencionada unidad del Derecho en contravía de la postura dualista se encuentra el Código Civil Italiano de 1942 que funde el Código de Comercio y el Código Civil en uno sólo y los estatutos contractuales de la administración pública que inevitablemente hacen referencia a los contratos de Derecho privado.

No obstante que Derecho público y Derecho privado son dos concepciones que durante mucho tiempo se han entendido de manera separada, hoy se acepta, si no la unidad del Derecho, por lo menos la simbiosis entre el Derecho privado y el Derecho público. Es un hecho que, en muchos aspectos, ambas disciplinas se confunden o convergen, como sucede en el caso de la contratación administrativa, donde coexisten figuras propias del Derecho público y del Derecho privado. Así, la aplicación de cláusulas exorbitantes, la selección objetiva del contratista o la teoría del equilibrio económico del contrato, conviven con la aceptación de la autonomía de la voluntad y la remisión a los códigos Civil y de Comercio, en cuanto a la interpretación y aplicación de los tipos contractuales no contenidos en el Estatuto General de Contratación y otras leyes específicas.

En primer lugar, la idea de publicación del Derecho privado se defiende desde el reconocimiento de la Constitución como texto de carácter jurídico, que consagra a la par derechos y obligaciones, en vez de un texto de contenido político que bien podía cumplirse o no; así en el Derecho contemporáneo la idea de normatividad de la Constitución se convierte en la regla y no la excepción. Entonces, la Constitución, si bien se considera la cúspide del Derecho público, tiene efectos en el Derecho privado, pues los derechos y obligaciones en ella plasmados se refieren por igual al Estado y a los individuos; lo que en la práctica sugeriría una simbiosis entre el Derecho público y el Derecho privado, toda vez que tanto la administración como los particulares están sujetos a sus normas.

De otro lado, la huida del Derecho público hacia el Derecho privado es una idea que surge para explicar y justificar la adopción de políticas de reducción del papel del Estado, la privatización de empresas estatales y la creación de empresas de capital mixto¹¹, pero que, sin lugar a dudas, puede hacerse extensiva a la contratación estatal, cuando se establece que los contratos como tal están ya regulados por la ley civil y comercial, dejando al Derecho administrativo la fijación de reglas relativas a la aplicación de cláusulas exorbitantes, los procesos de selección objetiva del contratista y el establecimiento de reglas precontractuales (principio de planeación), contractuales (supervisión) y poscontractuales (liquidación). Se reconoce el principio de la autonomía de la voluntad respecto a la decisión de si se contrata o no y el tipo contractual a aplicar con el propósito de satisfacer los fines

¹¹ Ver Rodríguez Rodríguez, *Las vicisitudes del Derecho administrativo y sus desafíos para el siglo XXI*, [online], fecha de consulta, 1 de noviembre de 2011.

del Estado, siempre y cuando no esté dentro de los tipos contractuales establecidos en el Artículo 32 de la Ley 80 de 1993 u otras normas imperativas de Derecho público, como por ejemplo la Ley 1 de 1991, que regula todo lo concerniente a las concesiones portuarias y, en general, a la ley.

El fenómeno de huida del Derecho administrativo, que en los términos del Consenso de Washington se relacionaría con el concepto de Gobierno Corporativo, se manifiesta dentro de la doctrina del Derecho administrativo en movimientos como la descentralización en Francia, el New Public Management en Reino Unido, las autonomías en España o la lucha entre las concepciones estatistas y desreguladoras que han marcado el debate político y económico en los Estados que han adoptado un modelo de economía de mercado, principalmente los Estados Unidos; todos ellos como respuesta a la complejización de las sociedades democráticas. Finalmente, todos estos modelos coinciden en la búsqueda de mejores maneras de servir a sus ciudadanos y así legitimarse frente a ellos, no importa que se le denomine noción de servicio público¹², gobernanza¹³, gobierno corporativo o New Public Management¹⁴, todas ellas propenden por la creación de una relación constructiva entre administración y administrado que conduzca a la sociedad hacia el desarrollo y la prosperidad.

En palabras de Hermann Heller, el Estado es *“la organización, la estructura de efectividad organizada en forma planeada para la unidad de decisión y acción”*¹⁵, con lo

12 Vidal Perdomo define la noción clásica de servicio público como “... una actividad destinada a satisfacer una necesidad de interés general, bajo autoridad de la administración, y que implicaba la sujeción a un régimen de Derecho público”. Valga aclarar que este concepto ha sido fuertemente atacado, pero lo considero útil en lo que se refiere a la satisfacción de necesidades de interés general. (ver Perdomo, *Derecho Administrativo*, p. 351)

13 El debate sobre la gobernanza europea, puesto en marcha por la Comisión en su Libro Blanco de julio de 2001, abarca el conjunto de normas, procedimientos y prácticas relativos a la manera en que se ejercen los poderes en la Unión Europea. El objetivo consiste en adoptar nuevas formas de gobernanza que acerquen más la Unión a los ciudadanos europeos, la hagan más eficaz, refuercen la democracia en Europa y consoliden la legitimidad de sus instituciones (El subrayado es mío). La Unión debe emprender una reforma a fin de colmar el déficit democrático de sus instituciones. Esta gobernanza debería residir en la formulación y aplicación de políticas públicas más eficaces y coherentes que establezcan vínculos entre las organizaciones de la sociedad civil y las instituciones europeas. Supone igualmente una mejora de la calidad de la legislación europea, su eficacia y su simplicidad. Por otra parte, la Unión Europea debe contribuir al debate sobre la gobernanza mundial y desempeñar un papel importante a fin de mejorar el funcionamiento de las instituciones internacionales. http://europa.eu/legislation_summaries/institutional_affairs/decisionmaking_process/110109_es.htm Fecha de consulta, 23 de noviembre de 2008.

14 (Elmikawi, Handusa y Koling) Capacidad del Gobierno para diseñar e implementar políticas públicas adecuadas, incluyendo la organización, el manejo y control de instituciones asociadas al financiamiento y la provisión de bienes y servicios públicos. En otras palabras la gobernanza pública no se refiere a lo que el gobierno hace sino a cómo lo debe hacer. (Tomado de Bernal Castillo, *Gobernanza Pública, violencia y políticas de alivio a la pobreza. La ampliación del marco conceptual del programa familias en acción*, [online], fecha de consulta, 23 de Noviembre de 2008.

15 Ver Heller, *Teoría del Estado*, p. 255.

que quiere significar la manera en que el Estado se conforma y organiza, donde debe primar la coordinación entre sus entes como idea rectora de una relación medio–fin, para alcanzar unos fines determinados por la Constitución y las leyes. Todo ello debe estar encaminado a servir a la ciudadanía, para lo cual debe contar con unos medios físicos, económicos y humanos que, al conjugarse con el ordenamiento jurídico, legitiman su actuar.

En este orden de ideas, las políticas del Consenso de Washington, al promover la idea de la reducción del Estado y la liberalización de los mercados, son una manera de concebir la estructura de decisión y acción formulada por Heller, aludiendo a la idea de la adopción de un “gobierno corporativo”, tanto para las empresas privadas como para el gobierno, entendido este como:

La manera como los accionistas de una corporación se relacionan unos con otros. El gobierno corporativo tiene una connotación positiva, y una compañía con un “buen” gobierno corporativo es aquella donde los participantes se relacionan unos con otros de una manera positiva. Un buen gobierno corporativo es considerado una cualidad importante para el crecimiento sostenido de una compañía; si los accionistas, la gerencia y los trabajadores satisfacen sus responsabilidades fiduciarias para con los otros, se piensa que se tiene mayor posibilidad de éxito. El gobierno corporativo se deposita en los estatutos de la compañía y los demás documentos aplicables¹⁶.

Surge entonces la pregunta: ¿cómo puede un concepto propio de la administración de empresas privadas aplicarse a las entidades estatales? Esta pregunta puede responderse modificando algunos elementos de la definición transcrita donde accionistas, gerencia y trabajadores pueden sustituirse por ciudadanía, gobierno y servidores públicos (bien sea con vinculación permanente o temporal); en que sus responsabilidades se asimilan al contrato

16 “Corporate Governance: The manner in which the stakeholders in a corporation relate to one another. Corporate governance has a positive connotation and a company with “good” corporate governance is said to be a company in which all stakeholders relate to each other in a positive way. Good corporate governance is considered an important quality of sustainable growth for a company; that is, if the shareholders, management, and employees all fulfill their fiduciary responsibilities to one another, the corporation is thought to have a greater likelihood of success. Corporate governance is laid out in the corporation’s charter and other applicable documents. Tomado de: <http://financialdictionary.thefreedictionary.com/Corporate+Governance>.” fecha de consulta, 5 de Julio de 2010.

de fiducia¹⁷ y donde el marco de lo que debe ser el buen gobierno sea entendido como los derechos y obligaciones conferidos expresamente por la Constitución y la Ley a los ciudadanos y la administración. Sin embargo, la práctica ha demostrado que el Estado es mucho más complejo y está sometido a presiones mucho mayores que las de una corporación privada, lo cual justifica la existencia de una reglamentación especial encaminada a proteger los intereses públicos de los intereses individuales.

En el caso específico, el estatuto contractual de la administración pública, (Ley 80 de 1993, Ley 1150 de 2007 y decretos reglamentarios) hay un claro ejemplo de lo que se denominaría la huida del Derecho administrativo hacia el Derecho privado, pues establece como normas supletorias a la Ley los códigos Civil y de Comercio (Art. 13 ley 80 de 1993) y le reconoce validez a la autonomía de la voluntad, figura fundamental del Derecho privado (Art. 40 Ley 80 de 1993), en contraposición al principio de legalidad que es la base del Derecho administrativo. No obstante, el Estatuto Contractual de la Administración Pública Colombiana está sustentado sobre los principios de transparencia, economía, responsabilidad, ecuación contractual y selección objetiva, así como el reconocimiento de la autonomía de la voluntad, siempre y cuando esta se aplique en cumplimiento de los fines estatales. En la práctica, las reformas a la Ley 80 de 1993, como la que se dio con la Ley 1150 de 2007 y su reglamentación, a través de una gran cantidad de decretos que primero se compilaron en el Decreto 734 de 2012, y luego en un cambio de enfoque sobre la regulación de aspectos específicos del estatuto general de contratación, concluye en la reciente expedición del Decreto 1510 de 2013, que derogó el citado Decreto 734 de 2012 y una serie de manuales, llamados “documentos estandarizados”, que versan sobre asuntos puntuales donde se considera que debe haber una mayor flexibilidad para su ajuste y reforma¹⁸. De igual forma, la implementación de manuales de contratación por buena parte

17 Sobre el alcance de la idea de función fiduciaria, García Enterria; Fernández, refiriéndose a la filosofía liberal de John Locke dicen: “Es esta circunstancia (legalidad y fines del Estado) la que determina la calificación de las potestades administrativas como poderes fiduciarios, esto es, poderes en los que se disocia la titularidad formal del ejercicio y el beneficiario último del mismo. El constitucionalismo anglosajón ha calificado por ello con la técnica del trust los poderes ejercidos por el Ejecutivo; éste sería un simple *trustee* del pueblo, al que vendría a corresponder la posición de *cestui qui trust*. Ya LOCKE observó que el poder es *entrusted*, *power given with trust*, de donde se trataría siempre de a *fiduciary power to act for certain ends*, y no de un poder absoluto.” (ver García Enterria; Fernández, *Curso de Derecho Administrativo*, p.454)

18 Como desarrollo del Decreto 1510 de 2013, la Agencia Colombiana de Contratación -Colombia Compra Eficiente- le corresponde la elaboración de los siguientes documentos estandarizados:

Manuales para el uso de los Acuerdos Marco de precios. Dentro de los 2 meses siguientes a la expedición del Decreto.

de las entidades sujetas a esta Ley, por un lado limita la autonomía de la voluntad y por otro conduce a pensar en una regresión a la excesiva reglamentación y dispersión normativa que caracterizaron el Decreto-Ley 222 de 1983.

Frente al debate explicado en las líneas precedentes, se trae a colación la posición de Santofimio Gamboa, quien sostiene que la dicotomía entre Derecho público y privado es una distinción excluyente heredada del Derecho romano y que, de acuerdo con el positivismo moderno, se resuelve considerando que:

*El Derecho tan solo puede ser uno: el positivo o el “sistema de Derecho positivo”, integrado por el más amplio esquema de subsistemas jurídicos interrelacionados con el objetivo de satisfacer los intereses generales*¹⁹.

Por su parte, en cuanto a la relación entre derecho público y privado dentro de la institución de los contratos, García de Enterría y Ramón-Fernández opinan que:

“La primera objeción a la doctrina sustantivadora del contrato administrativo es que parte de una idea convencional de lo que la «autonomía» científica e institucional del Derecho Administrativo ha de pretender. Tal autonomía no necesita expresarse en una singularidad radical de sus instituciones sobre las que son propias del derecho civil. Por un tradición histórica bien conocida, las instituciones básicas del Derecho han sido formadas en el Derecho Civil, lo que no implica que no sea posible la aplicación de las mismas a otros sectores del ordenamiento no que esta aplicación tenga que comportar un régimen institucional radicalmente diferente. En el Derecho Administrativo, como derecho propio de las Administraciones Públicas en cuanto sujetos, se modulan las instituciones jurídicas generales conforme a las exigencias de desenvolvimiento propias de tales sujetos, como ya nos consta. El caso del contrato no es el único supuesto. El problema no ha de

Manuales y guías, dentro de los 2 meses siguientes a la expedición del Decreto, para:

La identificación y cobertura del Riesgo.

La determinación de la Capacidad Residual para los contratos de obra pública dependiendo del valor de los mismos.

La elaboración y actualización del Plan Anual de Adquisiciones

El uso del Clasificador de Bienes y Servicios.

Pliegos de condiciones tipo y minutas tipo de contratos para la contratación dentro de los 6 meses siguientes a la expedición del Decreto.

¹⁹ Ver Santofimio Gamboa, *Tratado de Derecho Administrativo, Tomo IV Contratación Indebida* p. 49.

*plantearse en términos de singularidad, sustantividad o exorbitancia, sino, más sencillamente, sin dramatismos, inquiriendo cuáles son esas modulaciones o variantes que introduce la presencia subjetiva de la Administración sobre la abstracta institución contractual”.*²⁰

En este orden de ideas, superada la discusión sobre Derecho público y privado, aceptando la unidad del Derecho, pero sin desconocer las diferencias teóricas y prácticas que se presentan entre las diferentes disciplinas jurídicas, se han de reemplazar estos conceptos por la acepción *Subsistemas Jurídicos*, que operan superpuestos unos con otros, como parte de un todo que es el ordenamiento jurídico.

Dicho esto, si ha de existir una distinción entre Derecho público y privado, esta se daría por motivos prácticos, pues debe entenderse el Derecho como uno solo, donde si bien por la variedad de temas regulados y el interés del Estado y los particulares en ellos se generan una serie de subdisciplinas jurídicas, sin que esto signifique que sean excluyentes entre sí. Así las cosas, una figura como el contrato, obviamente con los matices propios de cada subdisciplina jurídica, es común a todo el Derecho.

En conclusión, el régimen de contratación estatal debe verse no como un “enfrentamiento” entre normas de Derecho público y privado, sino más bien como una norma de Derecho positivo que regula las actuaciones de la administración, a través de la imbricación del Derecho público y privado, y cuya finalidad es la realización de los fines estatales establecidos por la Constitución y las leyes.

1.2. Constitucionalización del Derecho administrativo

La Constitución puede considerarse como la concreción de un movimiento histórico-social que propugna por un cambio y por el establecimiento de una carta de navegación para una sociedad y un momento determinados. De nada sirve reconocerle, como antes se hacía, un carácter estrictamente político: esto sería dejarla incompleta, fútil e

²⁰ ver García Enterria; Fernández, *Curso de Derecho Administrativo*, p.694

inane, pues no obliga a los gobernantes a tomar las medidas conducentes para hacerla efectiva.

En el caso colombiano, desde la Independencia, la violencia política ha sido un común denominador de nuestra historia. En el decenio de 1980, el país se enfrentaba a una situación de conflicto que enfrentaba al Estado a guerrillas comunistas y narcotraficantes, cuyas causas estructurales podrían explicarse de manera general por el subdesarrollo económico y la debilidad institucional. Respondiendo a este orden de cosas, en 1988 se gesta un movimiento estudiantil que fue conocido como el de “la séptima papeleta”, que buscaba la convocatoria a una asamblea constituyente con el fin de sustituir la constitución de 1886²¹, obrando por la creencia de que una Constitución moderna, que incluyera los principios propios del constitucionalismo contemporáneo, cambiaría el rumbo de una nación que algunos consideraban no solo un estado débil, sino fallido; bien por la pérdida de dominio territorial frente a las guerrillas izquierdistas, del monopolio de las armas que deriva en las presiones desestabilizadoras de grupos paraestatales, como el narcotráfico y los paramilitares²².

El éxito de este movimiento estudiantil lleva a la convocatoria de una Asamblea Constituyente y, luego, a la promulgación de la Constitución de 1991, cuyas principales características son la implantación de un Estado Social de Derecho, la proclamación de una serie de derechos fundamentales, acompañados de las acciones para su tutela judicial efectiva (tutela popular, de grupo y de cumplimiento); se avanzó en la descentralización, confiriendo poderes a las entidades territoriales; y se cambió el modelo económico del país, pasando de una economía proteccionista a la adopción del libre mercado.

Como texto jurídico, la Constitución colombiana se compone de un preámbulo, que obra como una suerte de prólogo donde se expone a grandes rasgos el ideal de la misma; una parte dogmática que contiene los principios que la inspiran y, por último, una parte

21 Ver Cepeda, *Introducción a la Constitución de 1991 (Hacia un Nuevo Constitucionalismo)*, p. 11.

22 Dentro de la obra *Los Estados Fallidos o Fracasados* en el estudio llamado “El Fenómeno de la Debilidad y el Fracaso del Estado: Un Debate Inconcluso y Sospechoso”, Patricia Moncada Roa trae a una definición de Estado fracasado dada por Sebastián Von Einsiedel: “un continuo de circunstancias que afligen a los Estados con instituciones débiles, debilidad que cobija la falta de prestación de los servicios públicos básicos hasta el colapso completo de la gobernabilidad...”(p. 47), el colapso de gobernabilidad se presenta por darse pérdida de control territorial y pérdida del monopolio de la fuerza. En el mismo artículo y como complemento de la definición de Einsiedel, Moncada Roa cita a Ann Mason, quien afirma que “... el Estado fallido es aquel que no está en condiciones de mantener y hacer valer a lo largo de su territorio el monopolio de la fuerza, un sistema de tributación y el poder de crear Derecho y hacerlo cumplir” (p. 50). (ver Moncada Roa, *Los Estados Fallidos o Fracasados: Un Debate Inconcluso y Sospechoso*, p. 21-150)

orgánica que se refiere a la organización del Estado. La Corte Constitucional, en sentencia C-836 de 2001, al referirse a la parte dogmática de la Constitución, ha dicho:

Si bien la Constitución debe considerarse como una unidad de regulación, está compuesta por una parte dogmática, que comprende los valores, principios y derechos fundamentales, y por una parte orgánica en la cual se establecen, entre otras, la estructura fundamental del Estado y las atribuciones y potestades básicas otorgadas a los órganos y autoridades estatales para permitirles cumplir con sus funciones. En la parte dogmática de la Constitución, a su vez, se encuentra el artículo 2º, que establece que el Estado está estructurado para cumplir determinadas finalidades y que sus autoridades –entre ellas las que componen la jurisdicción ordinaria– están instituidas para proteger los derechos, deberes y libertades de las personas residentes en Colombia²³. (Subrayado fuera de texto)

Siguiendo el fallo citado, en cuanto a la parte dogmática y orgánica, como fundamento primario de la acción estatal y, por ende, de su contratación, vale la pena traer a colación la síntesis hecha por el constitucionalista Ernesto Saá Velasco, quien establece como características y funciones conferidas al Estado colombiano por la Constitución Política, las siguientes²⁴:

1. Estado servidor y promotor de la prosperidad pública: La función primaria del Estado es el servicio público; el servicio público debe caracterizarse por ser útil, eficaz, programado y estar dirigido a la satisfacción de los propósitos nacionales. Haciendo referencia al Artículo 2 de la Constitución Política, el autor define la prosperidad como “(...) *mirar el progreso, el adelanto en todas las direcciones, aboliendo la unilateralidad, la preferencia y la discrecionalidad, siempre la meta del bienestar común*”²⁵.

²³ Corte Constitucional, Sentencia C-836 de 2001, Magistrado Ponente Rodrigo Escobar Gil.

²⁴ Ver Saá Velasco, *Teoría Constitucional Colombiana*, p. 57 y ss.

²⁵ Ver Saá Velasco, *Teoría Constitucional Colombiana*, p. 57 y ss.

2. Estado realizador, protector y guardián de los derechos humanos: esta función comprende la protección preventiva de estos derechos y, en caso de vulneración, su restablecimiento.
3. Estado asegurador de la participación: La actividad del Estado debe estar encaminada a la intervención activa de la ciudadanía en asuntos políticos, económicos, administrativos y culturales.
4. Estado responsable: la Nación y sus agentes son responsables por sus acciones u omisiones.
5. Estado fundado en una sociedad pluricultural y pluriétnica: como reconocimiento de esta característica, de conformidad con los artículos 7 y 10 de la Constitución Política, la enseñanza en los territorios indígenas será bilingüe.
6. Estado protector de las riquezas culturales y naturales (artículo 8 de la Constitución Política): atendiendo a las preocupaciones contemporáneas sobre defensa y conservación del patrimonio cultural y el medioambiente, se crearon los ministerios de Ambiente y Desarrollo Sostenible y de Cultura.
7. Estado promotor de la convivencia y solidaridad ciudadana: como consecuencia del Estado Social de Derecho, garante de la vida e integridad de sus ciudadanos, así como partícipe de su integración económica y social.
8. Estado con compromisos internacionales y de integración: aceptando la realidad de la globalización y el multilateralismo, desde el preámbulo se establece como finalidad del Estado la integración con Latinoamérica y el Caribe (artículo 9 de la Constitución Política), reconociendo los principios del Derecho internacional aceptados por Colombia.
9. Estado Social de Derecho: respecto a esta característica, la Corte Constitucional, en sentencia C-566 de 1995, con ponencia del magistrado Eduardo Cifuentes Muñoz, lo define como:

El Estado social de Derecho se erige sobre los valores tradicionales de la libertad, la igualdad y la seguridad, pero su propósito principal es procurar las condiciones materiales generales para lograr su efectividad y la adecuada integración social. A

la luz de esta finalidad, no puede reducirse el Estado social de Derecho a mera instancia prodigadora de bienes y servicios materiales. Por esta vía, el excesivo asistencialismo, corre el riesgo de anular la libertad y el sano y necesario desarrollo personal.

Continúa el fallo citado

(...) El Estado social de derecho, se proyecta en la Constitución, en primer término, en la consagración del principio de igualdad y en su consecuencia obligada: los derechos sociales y económicos y en la prestación de los servicios públicos. En segundo término, a través de los derechos de participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la nación, que se compendian en el principio democrático y gracias al cual se socializa el Estado y las diferentes instancias de poder dentro de la comunidad. El avance del Estado social de derecho, postulado en la Constitución, no responde al inesperado triunfo de ninguna virtud filantrópica, sino a la actualización histórica de sus exigencias, las cuales no son ajenas al crecimiento de la economía y a la activa participación de los ciudadanos y de sus organizaciones en el proceso democrático.

La jurisprudencia citada traza las diferencias entre el Estado Social de Derecho y el Estado Asistencialista, tratando de conciliar los principios del liberalismo económico con las atribuciones del Estado como garante de la democracia y los derechos ciudadanos, y como proveedor de bienes y servicios.

10. Estado unitario, descentralizado administrativamente, con gobierno democrático pluralista: sobre este particular, la Corte Constitucional, en sentencia C-216 de 1994, con ponencia del magistrado Vladimiro Naranjo Mesa, dijo:

El Estado unitario supone el principio de la centralización política, que se traduce en unidad de mando supremo, unidad en todos los ramos de la legislación, unidad en la administración de justicia y, en general, unidad en las decisiones de carácter político que tienen vigencia para todo el espacio geográfico nacional. La centralización política no es otra cosa que una jerarquía constitucional reconocida

dentro de la organización jurídica del Estado. Pero la centralización política no es incompatible con la descentralización administrativa, ni con la autonomía de las entidades regionales. Por el contrario, la tendencia en los Estados unitarios en el mundo contemporáneo ha sido la de vigorizar estos principios. La descentralización se ha entendido como la facultad que se le atribuye a determinadas entidades públicas para gobernarse por sí mismas, mediante el otorgamiento de funciones específicas que son ejercidas autónomamente.

El hecho de tener un gobierno democrático y pluralista implica que el régimen jurídico se fundamenta en la posibilidad del disenso, donde la discusión y la reforma propenden por la protección de la diversidad.

11. Estado intervencionista: si bien se garantiza la iniciativa privada y la libre empresa (artículo 333 de la Constitución Política), esto no obsta para que el Estado vigile y controle ciertas actividades como la prestación de servicios financieros, de telecomunicaciones y transporte, función que ejercen las superintendencias.

Así es como, con la derogatoria de la Constitución de 1886, se adopta un sistema donde la Constitución y sus postulados se erigen como la cúspide del ordenamiento jurídico nacional, proceso no exento de traumatismos²⁶ en cuanto al cambio de los paradigmas jurídicos y la lectura del papel del Estado y los ciudadanos en la sociedad.

En este punto, vale la pena hacer una breve y tangencial reflexión respecto al papel del Estado en los tiempos que corren: el colapso del modelo soviético, de carácter estatista y policivo, dio argumentos a los defensores de un Estado mínimo, o incluso de un No Estado, para implantar sus ideas. De hecho, en muchos países, sobre todo de América Latina, se experimentó un retroceso del Estado de bienestar y empresario, en otras palabras una desestatización en favor del libre mercado. Pero, veinte años después, los excesos del libre mercado, que condujeron a una crisis de endeudamiento público y privado en Europa y los Estados Unidos, demostrarían que las ideas de reducción del Estado y desregulación

26 Al respecto afirma Alejandro Martínez Caballero: "La estructura de la carta cambió a partir de su consideración en general, como norma con fuerza vinculante, es de

cir su aplicación directa no guarda dependencia con la intermediación del legislador en su desarrollo, pues las condiciones de eficacia de sus preceptos ya estaban dadas en ella misma". (ver Varios autores, *El Derecho Administrativo en los albores del siglo XXI*, p. 62)

de la economía, llevadas al exceso, podían ser tan nocivas como el Megaestado, definido así en el decenio de 1980 por Drucker, quien, citando a Hayek, define como Megaestado o Estado superpotente a aquel que pierde su función económica para obrar bajo consideraciones morales y políticas²⁷. Estado que, con su retroceso en favor del libre mercado, pasa a convertirse, con el paso de los años, en lo que Robert Reich denomina “Supercapitalismo”: un modelo donde el sector privado captura al sector público, removiendo las regulaciones administrativas que considera “contrarias al libre mercado”, manipula al poder legislativo para que expida leyes a su medida y donde los intereses de las corporaciones y los consumidores van minando la ciudadanía y la democracia²⁸.

Por otra parte el autor francés Jacques Chevallier en su obra *El Estado Posmoderno*, plantea que ante las ideas de reducción del Estado propuestas por los anglosajones es mejor referirse a la redefinición de las funciones del mismo partiendo de la base que este es marco de la identidad colectiva y un dispositivo fundamental de cohesión social; garante de la seguridad interior y exterior; que pasa de ser operador y prestador de servicios públicos para convertirse en regulador para evitar los excesos de los actores privados; que abandona el dirigismo económico para ser, en colaboración con el sector privado un estrategia del mismo, y, por último, para evitar presiones excesivas sobre el fisco, que debe redefinir el alcance de la seguridad social en cuanto a las obligaciones asumidas por él y las que deben asumir el sector privado y los ciudadanos.²⁹

Sin pretender abordar con profundidad dichos temas, es pertinente precisar que los objetivos y funciones dados por la Constitución y la Ley al Estado son fuente primaria del Derecho administrativo y, como tales, determinan el alcance de su potestad contractual y que una sociedad democrática liberal requiere, a través de la abierta discusión y compromiso del Estado y la ciudadanía, explorar constantemente la posibilidad de cambio para alcanzar lo que George Soros, siguiendo las ideas de Karl Popper, denomina una “sociedad abierta”. Allí se acepta la falibilidad derivada de las diferencias que se dan entre las percepciones y la realidad, como fuente de continua revisión y mejora, alejándose de los

²⁷ Ver Drucker, *Las Nuevas Realidades (En el gobierno y la política... En la economía y los Negocios... En la sociedad y en la perspectiva mundial)*, p. 56 y ss.

²⁸ Ver Reich, *Supercapitalism*, p. 1482.

²⁹ Ver Chevallier, *El Estado Posmoderno*, p. 92 y ss.

extremismos políticos que surgen en momentos de crisis y, por ello, encontrándose cercana al equilibrio³⁰.

Cuando se escriben estas líneas, los hechos han demostrado que el Megaestado y el libre mercado desregulado son, cada uno a su manera, concepciones del Estado, la economía y la sociedad que amenazan el sano equilibrio que se presupone y se requiere en una sociedad democrática, siendo la Constitución la primera herramienta jurídica para buscar el deseado pero esquivo equilibrio. De tal manera, en un difícilísimo equilibrismo, corresponde a cada Estado, por un lado partiendo de su modelo constitucional que delimita los principios del juego democrático interno y por otro lado de la valoración de sus decisiones en el contexto de un mundo globalizado, tomar las decisiones que propendan por la mejora de las condiciones de toda la sociedad, defendiendo por igual los derechos y expectativas de las empresas y los ciudadanos. Junto a los referidos derechos también le corresponde garantizar la coercibilidad de las obligaciones en cabeza de cada uno de los miembros de la sociedad. Dentro de este marco debe operar la figura de la contratación como uno de los mecanismos más importantes del Estado para cumplir las funciones y objetivos propios de su papel en de la sociedad.

Durante los siglos XIX y XX, la cultura jurídica colombiana se nutría principalmente del Derecho francés. De esta influencia se deriva la adopción del Código Civil napoleónico, la creación de un Consejo de Estado o el modelo de división territorial basada en departamentos. Pero, de todas estas influencias, la más importante fue la adopción del Código Civil francés, que vino aparejada con la doctrina sobre la materia, calando profundamente la escuela de la exégesis en el ejercicio del Derecho. Pero un modelo literalista como la exégesis, por sus limitaciones inherentes, forzosamente se vio sacudido hasta sus más profundos cimientos con la expedición de la Carta de 1991. Sin embargo, sería ingenuo pensar que el cambio de la regla haya generado automáticamente

30 Para estudiar las sociedades y definir la democracia, a partir de la noción de reflexividad que es la relación entre el pensamiento y la realidad, Soros propone un marco teórico donde existen: i) La sociedad abierta, cercana al equilibrio pues a través de la crítica constante y la abierta discusión está en la capacidad de adoptar los cambios necesarios. Ejemplo de estas sociedades son las democracias occidentales. ii) La sociedad cerrada, se sostiene sobre dogmas inamovibles y por lo tanto no tolera la incertidumbre, se mantiene en un estado de desequilibrio estático viendo amenazada su estabilidad una vez los dogmas que la sostienen sean puestos en duda o atacados frontalmente, ejemplo de estas sociedades es la Unión Soviética; iii) El caos o la revolución, estado de desequilibrio dinámico propio de los Estados fallidos bien sea por una situación de guerra civil o como se ha visto en tiempos recientes por la desregulación de la actividad financiera y los efectos que ciertas conductas especulativas han tenido sobre los mercados. (ver Soros, *Open Society (Reforming Global Capitalism) Public Affairs*, posiciones 1638 y ss.)

un cambio en la cultura, como sostiene García de Enterría, al referirse a la justicia administrativa³¹, un cambio de paradigma en la concepción de lo jurídico no puede ser asimilado inmediatamente por jueces, funcionarios públicos, abogados y la comunidad, puesto que aún hay sectores que se resisten a reconocerle fuerza normativa a la Constitución y, por otro lado, la marca del literalismo será difícil de borrar en un país que ha enseñado, creado y practicado su Derecho bajo esta concepción.

En síntesis, la constitucionalización del Derecho administrativo tuvo como consecuencia la ampliación de su campo de acción, no solo como una normatividad para la gestión de los recursos físicos y humanos de las entidades estatales, sino también como una herramienta para la realización de los derechos del ciudadano. La idea de constitucionalización del Derecho administrativo ha acarreado un cambio en el estado de cosas, donde este debe ajustarse al espíritu de la Constitución en cuanto al papel del Estado en la sociedad, no solo como prestador de servicios públicos, sino también como instrumentalizador y garante del desarrollo y realización de los derechos fundamentales.

2. El contexto del Régimen de Contratación Estatal colombiano

En Colombia, la Constitución de 1991 y el advenimiento de nuevas maneras de pensar el Derecho administrativo y el papel del Estado, representaron un cambio significativo en la forma de concebir la administración pública y el Derecho público. Ello implicó, en esos primeros momentos, reformar y modernizar el régimen de contratación pública, esfuerzo que se concretó con la expedición de la Ley 80 de 1993. Esta Ley fue concebida como un cuerpo normativo basado en principios (transparencia, economía y responsabilidad, Art. 23 Ley 80 de 1993), concepción novedosa en contraposición a un sistema formalista y taxativo, defectos que se achacaban a la excesiva reglamentación, dispersión normativa y dilución de responsabilidad por la existencia de múltiples instancias de control y revisión en el proceso de contratación de los criticados Decretos Ley 150 de 1.976 y 222 de 1983³², régimen que antecedió a la Ley 80 de 1993³³.

31 Ver García de Enterría, *Las transformaciones de la Justicia Administrativa: De excepción singular a la plenitud jurisdiccional. ¿Un Cambio de Paradigma?*, p. 129 y ss.

32 Ver Gaviria Trujillo, *Paso al futuro: Informe al congreso del Presidente de la República César Gaviria Trujillo*, p. 142.

El haber recurrido a los principios mencionados demuestra cómo, al momento de diseñar el estatuto general de contratación, el legislador tuvo en cuenta el hecho de que no podía anticiparse en su totalidad a todas las hipótesis que podían derivarse de la aplicación de la Ley y, asimismo, que el funcionario que lo aplicara debía contar con un marco flexible que determinara su acción en contraposición a reglas inamovibles que lo condujeran a la inactividad o la elusión de sus responsabilidades.

En este orden de ideas, además de girar en torno a principios, una de las novedades más importantes introducidas por la Ley 80 de 1993, en contravía del legalismo a ultranza del fallido Decreto Ley 222 de 1983³⁴, fue la consagración general de la posibilidad de acudir a cualquier figura contractual, incluidas las atípicas. Situación que a todas luces difería del concepto restringido o estricto de legalidad que ataba la administración a solo lo dispuesto en las normas (taxatividad), que cerraba la puerta a la autonomía de la voluntad por considerarse esta incompatible con el Derecho público, pues se asimilaba a conceptos negativos de gestión como la arbitrariedad, venalidad y antijuridicidad

33 Sobre los principios generales del Derecho como fuente primaria para la creación, aplicación e interpretación de los contratos se hace necesario hacer una breve reflexión sobre su importancia; así, CARLOS SANTIAGO NINO los presenta como una herramienta argumentativa que permite reformular el derecho legislado, salvándolo de sus imperfecciones formales y adecuándolo a los estándares valorativos vigentes (ver Nino, *Introducción al Análisis del Derecho*, p. 333). Los principios se muestran como unos postulados generales con unas consecuencias claras que hacen al Derecho más fácil de determinar y predecir, trayendo economía al sistema (ver Nino, *Introducción al Análisis del Derecho*, p. 333).

Por su parte, ROBERT ALEXY define los principios como “mandatos de optimización del ordenamiento jurídico”, que pueden ser cumplidos en distinta medida de acuerdo a las necesidades, mientras que las reglas por su contenido solo dejan la posibilidad de ser cumplidas o no (ver Alexy, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, p. 81 y ss.). De otro lado, para KAUFMANN la concepción de la legislación parte de una idea de derecho y de los principios que de ella emanan, que conforman el deber ser, siendo los hechos (el ser) anticipados por el legislador, así la correspondencia entre la idea de derecho y las situaciones fácticas contenidas en la norma son el ideal a alcanzar por parte del legislador (ver Kaufmann, *Filosofía del Derecho*, p. 56 y 57).

Siguiendo la idea de KAUFMANN, el profesor colombiano HERNÁN VALENCIA RESTREPO, refiere cómo en Colombia, con el Art. 8 de la Ley 153 de 1887, se dio pie al intérprete para hacer analogía o acudir a los principios generales del Derecho en caso de no existir una norma exactamente aplicable a un caso concreto; con esta norma se positivizó la posibilidad de acudir a los principios, pero no fue a partir de la Constitución de 1991 que estos adquirieron fuerza vinculante, dejando de ser meros enunciados jurídicos sin ningún contenido deóntico u objeto de estudio académico con pocas implicaciones prácticas. En el caso de la contratación estatal y en lo tocante con los contratos atípicos de la administración, se tiene como fuente primaria de los principios el Artículo 209 de la Constitución Política colombiana y lo dicho al respecto por el estatuto de contratación estatal (Ley 80 de 1993) y la ley sobre función administrativa (Ley 489 de 1998) (ver Valencia Restrepo, *Nomódrquica, principalística jurídica o filosofía y ciencia de los principios generales del derecho*, p. 57 – 58).

³⁴ Entre otros, los artículos 1º, 16 y 17 del Decreto 222 de 1983, permitían la aplicación del Derecho privado para ciertas entidades y para ciertos contratos, pero no era una consagración general, como sí ocurre con la Ley 80 de 1993.

Así es como el régimen general de contratación de la administración pública colombiana prevé desde su exposición de motivos, y de manera explícita -entre otros, en sus artículos 13 y 32-, la posibilidad que tienen las entidades sujetas al mismo de acudir a cualquier figura contractual que les asegure el cumplimiento de sus fines y funciones³⁵; en otras palabras, la posibilidad de acudir a figuras contractuales típicas y atípicas.

Empero, la consagración de la posibilidad de hacer uso de contratos atípicos por parte de la administración pública colombiana no fue gratuita ni de generación espontánea pues tras la determinación del legislador colombiano de crear un régimen de contratación flexible basado en principios, existe un contexto histórico, político y económico que influyó en la manera como fue concebida la Ley 80 de 1993 y que vale la pena sea tenido en cuenta como un elemento para su interpretación y aplicación.

Una primera razón de esta apertura en el diseño del estatuto de contratación es la aparición de nuevas formas en la manera de concebir el papel del Estado y, por ende, del Derecho administrativo que lo regula. Algunas de estas tendencias son: i) el *Corporate Governance*; ii) el *New Public Management* o gerencia pública y, iii) la gobernanza. El primero es una concepción propia de la gerencia de entidades privadas y hace referencia a la eficiencia y las relaciones públicas como mecanismos para acercar la empresa al consumidor y al accionista; el segundo hace referencia a la adopción de técnicas administrativas del sector privado en el sector público y la tercera a la manera que tiene el Estado de acercarse a los ciudadanos desde el punto de vista de la eficacia, que da legitimidad al Estado y correlativamente fortalecimiento a la democracia.

Estas tendencias se hacen pertinentes a partir de 1989 con el colapso del comunismo, el cual trajo aparejado la desaparición del modelo bipolar que había regido las relaciones internacionales desde el final de la Segunda Guerra Mundial.

Con la victoria de Estados Unidos en la Guerra Fría, debían prevalecer sus valores e ideales, es decir, la democracia y el libre mercado. Sin embargo, la crisis asiática de 1997 y

35ARTICULO 32. LEY 80 DE 1993 "DE LOS CONTRATOS ESTATALES. Son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el Derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad...". El aparte transcrito al referirse a los negocios jurídicos que puede celebrar la administración pública colombiana consagra dos hipótesis: a) Contratos típicos que bien pueden ser regulados por la ley o disposiciones de otro tipo como decretos, resoluciones, circulares conceptos por solo citar algunas. b) Los negocios jurídicos derivados de la autonomía de la voluntad, siempre y cuando se respete el orden público y las buenas costumbres, es decir, contratos atípicos en su definición más amplia o sea, aquellos que no tienen su régimen jurídico definido por la Ley.

el estallido de la burbuja inmobiliaria estadounidense en 2008 demostrarían que los extremos -el estatismo soviético y la desestatalización en favor del libre mercado- son, en esencia, desequilibrios que amenazan la democracia al trastornar el ideal de Estado Democrático, que desde un difícil pero no imposible medio, debería intermediar entre los intereses capitalistas y los de la sociedad representada por el Estado. En palabras de Robert Reich, la obligación de los capitalistas es aumentar la riqueza mientras que la obligación del Estado es repartirla³⁶.

América Latina formaba parte de la esfera de influencia de Estados Unidos y se encontraba en trance de superar las dictaduras militares, los conflictos sociales y desequilibrios económicos, como la moratoria de la deuda exterior, que hicieron referirse al decenio de 1980 como la “Década perdida de América Latina”. En este contexto, necesitaba corregir el rumbo que la había llevado a la crisis. El repentino y brutal colapso del modelo socialista soviético dio a entender que la única alternativa viable para superar la pobreza y el atraso, era la reformulación del papel del Estado y la adopción sin reparos de la economía de libre mercado.

Con el debilitamiento del Imperio soviético y la reversión de muchas políticas de corte socialista en Occidente surge, en la década de 1980, un conjunto de recomendaciones respecto a política fiscal y económica, tales como disciplina fiscal, privatizaciones, modernización de la administración, liberación de las tasas de interés y de cambio, así como desregulación de la actividad privada, sobre todo la bancaria. Tales orientaciones económicas específicas son conocidas como el Consenso de Washington³⁷. Todas estas políticas iban encaminadas a cambiar el modelo de desarrollo propuesto por la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL) de sustitución de importaciones y regulación estatal de la actividad económica que en América Latina habían fracasado en su meta de eliminar la pobreza y lograr el desarrollo³⁸.

La implementación de las políticas del Consenso de Washington se da en dos etapas:

³⁶ Ver Reich, *Supercapitalism*, p. 47-54.

³⁷ <http://www.cid.harvard.edu/cidtrade/issues/washington.html> fecha de consulta, 5 de julio de 2010.

³⁸ ver Casilda Bejar. *América Latina y el Consenso de Washington* [online], fecha de consulta, julio 2 de 2010.

La primera, desarrollada por John Williamson, propone como políticas a instrumentarse: la disciplina fiscal; el redireccionamiento del gasto público a la educación, la salud y la infraestructura, con el fin de generar altos retornos económicos y un mayor impacto social; la implementación de un sistema tributario progresivo; liberalización y desregulación de las tasas de cambio, los tipos de interés, el comercio internacional e inversión extranjera; la privatización de empresas estatales que operan en ramos que se suponen ajenos a la actividad de los Estados, “Estado empresario” (bancos, comercio, transporte, servicios públicos, etc.) y el respeto al derecho de propiedad³⁹.

Pero, con el paso del tiempo, los pobres resultados económicos de América Latina y la crisis asiática de 1997, se comenzó a hablar de un Consenso de Washington “aumentado”, en el cual las reformas graduales, la buena administración y la inclusión de un componente social corregirían las fallas detectadas en la aplicación del modelo original. Según Rodrik, al planteamiento original de Williamson se debían adicionar: reformas a los modelos políticos y legales, es decir, gobierno corporativo; la creación de instituciones regulatorias; lucha contra la corrupción; flexibilización del mercado laboral; la adopción de estándares financieros para hacer estos mercados más transparentes y competitivos; la eliminación de las restricciones cambiarias para permitir la libre fluctuación de las tasas de cambio; la creación de redes de seguridad social en salud y pensiones y, por último, la reducción de la pobreza⁴⁰. Hoy se ve que el debate político se centra en el alcance de las redes de seguridad social y los remedios contra la pobreza, en un contexto donde la iniquidad en la distribución de la riqueza constituye la mayor amenaza a la democracia.

A diferencia de sus pares en América Latina, para Colombia la meta no solo es eliminar la pobreza y alcanzar el desarrollo, sino también la superación del conflicto interno que ha enfrentado al Estado con guerrilleros, paramilitares y narcotraficantes. Desafíos que no han enfrentado sus vecinos y que obligan no solo a efectuar reformas del modelo económico, sino también a los fundamentos del régimen político y de reconocimiento de derechos sociales, tarea que se afrontó primero con la Constitución de 1991, la cual establecía de manera abstracta los principios básicos que, por la vía de la consagración de

39 <http://www.cid.harvard.edu/cidtrade/issues/washington.html>, fecha de consulta, julio 2 de 2010.

40 Ver Rodrik, *The Global Governance of Trade as if Development Really Mattered*, [online], fecha de consulta, Agosto 7 de 2010.

una serie de derechos fundamentales, orientaban al Estado al modelo de social de derecho⁴¹; así como la organización del mismo para realizar sus funciones y objetivos. En este orden de ideas, amén del conflicto interno, en Colombia el discurso político se ha presentado como una amalgama entre los derechos fundamentales (vida, educación, libertad, dignidad por solo citar algunos); un ideal de desarrollo económico que sigue las directrices de la ortodoxia liberal-capitalista (reducción de la intervención estatal en la actividad económica mediante la liberalización de mercados), y un discurso de seguridad con el Estado como garante de los derechos a la vida, la integridad personal y la libertad.

Por otro lado, haciendo una observación desprevenida y somera del desarrollo de la legislación colombiana desde la Constitución de 1991, incluido el régimen de contratación estatal y de la manera como se ha organizado el Estado, demuestra la marcada influencia de las nuevas tendencias del Derecho administrativo y los postulados del Consenso de Washington. Eventos como la apertura económica, la creación de las comisiones reguladoras de telecomunicaciones, agua y energía; la eliminación de la banda cambiaria en 1999, la creación del régimen de seguridad en salud, pensiones y riesgos profesionales; reforma al código penal y adopción de la oralidad en el procedimiento penal, o la adopción en la administración pública de la figura de la “Agencia” como parte de la administración pública junto a los Departamentos Administrativos e Institutos, por solo citar algunos, demuestran además la pérdida de influencia del Derecho francés en lo atinente a la organización estatal.

3. Régimen general de la contratación estatal en Colombia

3.1. Definición de contrato estatal y régimen legal de las tipologías contractuales aplicables por parte de la administración pública.

41 Sentencia T-406 de 1992 Corte Constitucional, respecto al Estado Social de Derecho afirma: “Estado constitucional democrático [...] se manifiesta institucionalmente a través de la creación de mecanismos de democracia participativa, de control político y jurídico en el ejercicio del poder y sobre todo, a través de la consagración de un catálogo de principios y de derechos fundamentales que inspiran toda la interpretación y el funcionamiento de la organización política”. Simplificando en exceso, el Estado Social de Derecho puede definirse como la consagración de la legalidad morigerada esta por la prevalencia y el respeto de los derechos fundamentales.

La columna vertebral de la contratación estatal del Estado Colombiano es la Ley 80 de 1993, estatuto que nace de la necesidad de dotar a la administración pública de un cuerpo normativo acorde con la Constitución de 1991 y que corrigiera los defectos su antecesor, el Decreto Ley 222⁴².

En primer lugar, se debe hacer una breve referencia a la adopción de la acepción de “Contrato Estatal”, que deja de lado la distinción entre contratos de la administración y de Derecho privado de la administración, propia del Derecho francés y recogida por el Decreto Ley 222 de 1983⁴³. Para el tratadista Juan Ángel Palacio Hincapié, el deber ser del ámbito de la contratación respecto a la homogeneidad y claridad negocial del Estado se traduce en lo expresado por el siguiente párrafo:

*Frente a la dificultad de los diferentes criterios que la doctrina manejó para establecer una distinción clara entre los contratos administrativos y de Derecho privado de la administración, se aspiraba al establecimiento de un régimen jurídico único al que estuvieran sometidos todos los contratos de la administración pública, misión que se propuso el estatuto actual, señalando una sola especie de contrato para englobar todos los que celebre la administración pública y que aunque tenga en su contenido un soporte de regulación privada, sigue conservando un régimen excepcional o de potestades exorbitantes que lo hacen de naturaleza diferente a aquellos que celebran los particulares, pudiendo decir que están dotados de una verdadera cobertura administrativa. Ese nuevo concepto que cubre todos los acuerdos que vinculen a una Entidad estatal, en los términos del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, es el de **contrato estatal**⁴⁴.*

42 La exposición de motivos de la Ley 80 de 1993, resume las críticas hechas al Decreto Ley 222 de 1983, dentro de las cuales se pueden resaltar las siguientes: Una normatividad estática que no dejaba campo a la interpretación por entenderse en ese momento como un acto que debía atarse exclusivamente al Derecho público dejando por fuera la autonomía de la voluntad y la autorregulación de intereses propias del Derecho privado. En la práctica administrativa, por, valga la redundancia no dejarse espacio a las prácticas administrativas y la interpretación normativa las entidades estatales evitaban la contratación, contrataban de manera directa y en la mayoría de los casos creaban sus propias normas de contratación generándose una dispersión normativa opuesta a los postulados de la eficiencia y economía.

43 En este sentido, Vidal Perdomo, *Derecho Administrativo* y García de Enterría; Fernández, *Curso de Derecho Administrativo*.

44 Ver Palacio Hincapié, *La contratación de las entidades estatales*, p. 31.

Teniendo en cuenta el régimen de potestades exorbitantes, Ayala Caldas define el contrato estatal así:

*Contrato estatal es aquel que celebra la administración central o descentralizada, para la mejor prestación de los servicios públicos, y que obligatoriamente se deben pactar cláusulas excepcionales, favorables a la misma administración*⁴⁵.

Y continúa,

*“El contrato estatal presupone conceptos de unilateralidad, de interés público y de primacía de lo general sobre lo particular, en contraposición total a los postulados de los contratos civiles”*⁴⁶.

Respecto a esta definición cabe hacer las siguientes precisiones: a) la inclusión de cláusulas exorbitantes no es obligatoria para todos los contratos estatales; por lo tanto, este elemento no es esencial, y b) la contraposición a los contratos civiles no es total, existe autonomía de la voluntad para determinar la necesidad y el objeto a contratar. El régimen de los contratos, a falta de legislación especial, está regulado por los códigos Civil y de Comercio; y más que intervenir en el régimen jurídico sustancial de los negocios celebrados por la administración, lo que busca el estatuto general de contratación es establecer la forma de contratar y unas reglas especiales cuando interviene la administración.

Tomando como punto de partida esta definición y hechas las salvedades pertinentes, existe contrato estatal, no importa que este sea típico o atípico, desde que reúna⁴⁷ por lo menos dos de estas tres condiciones:

45 Ver Ayala Caldas, *Aplicación del Derecho Administrativo en Colombia – Su Proyección para el presente milenio*, p. 860.

46 Ver Ayala Caldas, *Aplicación del Derecho Administrativo en Colombia – Su Proyección para el presente milenio*, p. 860.

47 Ver Rodríguez Rodríguez, *Derecho Administrativo – General y colombiano*, p. 405.

- a) Que la administración sea una de las partes y es la parte que impone el contenido de la relación contractual, siendo la facultad de negociación del proponente-eventual contratista limitada a no presentar propuesta o solicitar aclaración y complementación del pliego de condiciones.
- b) Que el objeto sea la prestación de un servicio público.
- c) La presencia de cláusulas exorbitantes⁴⁸. Sin embargo, en este aparte debe tenerse en cuenta que no todo contrato estatal debe obligatoriamente tenerlas; al respecto, el numeral 2º del Artículo 14 de la Ley 80 de 1993, dispone:

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

Las entidades estatales podrán pactar estas cláusulas en los contratos de suministro y de prestación de servicios. (Subrayado fuera de texto)

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

Parágrafo.- En los contratos que se celebren con personas públicas internacionales, o de cooperación, ayuda o asistencia; en los interadministrativos; en los de empréstito, donación y arrendamiento y en los contratos que tengan por objeto actividades comerciales o industriales

48 Aclaración de voto del magistrado Ramiro Saavedra Becerra al fallo del Consejo de Estado – Sección Tercera (30832) 30 de noviembre de 2006, Consejero Ponente Alier Eduardo Hernández.

de las entidades estatales que no correspondan a las señaladas en el numeral 2o. de este artículo, o que tengan por objeto el desarrollo directo de actividades científicas o tecnológicas, así como en los contratos de seguro tomados por las entidades estatales, se prescindirá de la utilización de las cláusulas o estipulaciones excepcionales. (Subrayado fuera de texto)

En este orden de ideas, en cuanto a las cláusulas excepcionales, la Sección Tercera del Consejo de Estado, en fallo del 30 de noviembre de 2006, con ponencia del Consejero de Estado Alier Eduardo Hernández, dijo:

El artículo 14 de la ley 80 de 1993 consagra 3 grupos de contratos: i) los contratos en los que las cláusulas exorbitantes son obligatorias, ii) los contratos en que las cláusulas exorbitantes son potestativas y iii) los contratos en los que las cláusulas exorbitantes están prohibidas.

Con lo dicho en el Artículo 14 de la Ley 80 de 1993 y en la sentencia del Consejo de Estado citada, se demuestra que la existencia de cláusulas exorbitantes no es connatural al contrato estatal y, por ende, no es una herramienta para diferenciarlo del contrato de Derecho privado.

Hasta este punto, de las condiciones que debe cumplir un contrato para ser considerado estatal, se encuentra que la tipología contractual no es un elemento esencial de la noción de contrato estatal. Respecto a la determinación de la tipología contractual, se encuentran en la Ley 80 de 1993 las siguientes disposiciones:

ARTÍCULO 13. DE LA NORMATIVIDAD APLICABLE A LOS CONTRATOS ESTATALES. Los contratos que celebren las entidades a que se refiere el artículo 2o.⁴⁹ del presente estatuto **se regirán por las disposiciones comerciales y civiles**

49 El citado artículo dispone:

ARTÍCULO 2o. DE LA DEFINICIÓN DE ENTIDADES, SERVIDORES Y SERVICIOS PÚBLICOS. Para los solos efectos de esta ley:

1o. Se denominan entidades estatales:

pertinentes, salvo en las materias particularmente reguladas en esta ley.

(Subrayado fuera de texto)

Por otra parte, el Artículo 28 de la Ley 80 de 1993 combina los elementos de Derecho público y privado del contrato estatal cuando dispone:

ARTÍCULO 28. DE LA INTERPRETACIÓN DE LAS REGLAS CONTRACTUALES.

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

Estos artículos establecen las reglas básicas para la creación e interpretación de los contratos estatales. Al respecto, la Corte Constitucional colombiana, en sentencia C-294 del 2004⁵⁰, se pronunció de la siguiente manera:

2.3.1. En consonancia con el libre ejercicio de la actividad económica y la iniciativa privada el primer inciso del artículo 13 de la ley 80 establece un orden de precedencia normativo para la celebración de los contratos por parte de las

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

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

2o. Se denominan servidores públicos:

a) Las personas naturales que prestan sus servicios dependientes a los organismos y entidades de que trata este artículo, con excepción de las asociaciones y fundaciones de participación mixta en las cuales dicha denominación se predicará exclusivamente de sus representantes legales y de los funcionarios de los niveles directivo, asesor o ejecutivo o sus equivalentes en quienes se delegue la celebración de contratos en representación de aquellas.

⁵⁰ Corte Constitucional, Colombia, Sentencia C-294 del 2004, Magistrado Ponente Jaime Araujo Rentería.

entidades estatales, fijando al efecto la regla general según la cual los contratos estatales se rigen por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, salvo en las materias particularmente reguladas en esa ley. De lo cual se sigue que en cada hipótesis contractual el ordenador del gasto deberá indagar primero sobre la eventual existencia de reglas especialmente previstas en el Estatuto de Contratación Pública para el mejor desarrollo de su gestión, para luego sí, en caso positivo, aplicar los respectivos dispositivos de este Estatuto, y solo de manera subsidiaria y residual, las normas comerciales y civiles. De este modo el Legislador estableció un Estatuto mixto que a un tiempo le da cabida tanto a principios y reglas protectoras de la gestión estatal como a dispositivos abiertos a la iniciativa privada y la libre empresa. Así, nos encontramos con que nuestro ordenamiento jurídico provee a un mismo tiempo disposiciones de Derecho público y de Derecho privado a la contratación estatal, a cuyos efectos deben articularse adecuadamente los respectivos contenidos normativos, en la perspectiva de la legalidad, oportunidad y conveniencia del gasto". (Subrayado fuera de texto)

Aplicando las reglas básicas de la hermenéutica, se encuentra que el estatuto contractual de la administración pública colombiana es una norma especial, de Derecho público, que se sobrepone a la ley general (los códigos Civil y de Comercio), con un ingrediente adicional, debido al especial carácter de la administración y su sujeción al principio de legalidad. En caso de vacío, se debería acudir a los dispositivos de Derecho público a que hace referencia la sentencia citada anteriormente, que son: i) la aplicación de los principios propios de la contratación estatal como el de transparencia, economía y responsabilidad; ii) la inclusión, cuando se requiera, de cláusulas exorbitantes; iii) en consonancia con el principio de transparencia, la aplicación de las reglas de selección objetiva del contratista. Para concluir, en la misma sentencia C-294 de 2004, la Corte Constitucional colombiana dijo:

*Por lo tanto, conforme al primer inciso del artículo acusado le corresponde al operador jurídico realizar una labor de interpretación sistemática en orden a la aplicación de las reglas pertinentes, que bien pueden corresponder simultáneamente a las de la ley 80 de 1993 y a las de los códigos de comercio y civil; sin que por otra parte ello pueda llegar a propiciar algún tipo de intangibilidad o dispensa frente a los controles estatales que la Constitución y la ley estipulan en torno al gasto público. **Consecuentemente, cada hipótesis contractual del Estado es susceptible de gobernarse por principios y reglas tanto de orden público como de orden privado, donde la intensidad de la preeminencia del primero sobre el segundo dependerá del grado de regulación normativa que el Estatuto Contractual Estatal establezca para el respectivo caso. Y al decir Estatuto Contractual Estatal debe entenderse la ley 80 de 1993 junto con todas las demás disposiciones que válidamente la complementan, modifican y derogan.***

Como reafirmación de lo dicho por la sentencia C-294 de 2004, el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, en cuanto a la definición de lo que son contratos estatales, la utilización de tipologías contractuales del Derecho privado y la aceptación de la autonomía de la voluntad como fuente del contrato estatal, dispone lo siguiente:

*ARTÍCULO 32. DE LOS CONTRATOS ESTATALES. Son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, **previstos en el Derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad, así como los que, a título enunciativo, se definen a continuación...**⁵¹”. (Subrayado fuera de texto)*

51 El mencionado artículo 32 de la Ley 80 de 1993 establece como contratos típicos estatales de la administración los siguientes: Obra, consultoría, prestación de servicios, concesión y fiducia pública. De otro lado los Artículos 33 y 38 se refieren a la concesión de servicios de telecomunicaciones y postales. Más adelante se hará un estudio más detenido de la normatividad que regula a los distintos sectores administrativos encabezados por los Ministerios y Departamentos Administrativos, entidades estatales objeto de este estudio, ampliándose la lista de los contratos típicos estatales.

De la lectura del mencionado artículo, sumado a la definición de lo que sería el contrato estatal, se encuentra la determinación de sus fuentes; estas son: la Ley y la autonomía de la voluntad, conceptos dispares en la medida que la primera es uno de los pilares fundamentales del Derecho público y la segunda lo es del Derecho privado. Por esta razón, en cuanto a la escogencia del tipo contractual, el ejercicio de la autonomía de la voluntad por parte de las entidades estatales, para conciliarse con el principio de legalidad, debe acudir al entramado justificativo que surge de los principios de la función administrativa, consagrados en el artículo 209 de la Constitución Política, y su complemento y desarrollo específico en materia de contratación estatal establecidos por el Art. 23 de la Ley 80 de 1993; y por otra parte contrastarse su necesidad con los fines y funciones del Estado y la entidad específica que necesita celebrarlo.

Los contratos de obra, consultoría, prestación de servicios, concesión, encargo fiduciario y fiducia pública, enunciados en el Artículo 32, pueden ser considerados el primer núcleo de los contratos típicos estatales, junto a los contratos de concesión en telecomunicaciones (Arts. 33 a 36 Ley 80 de 1993), la concesión y licencia de servicios postales (Art. 38 Ley 80 de 1993) y a otros que más adelante serán identificados, al estudiar el régimen jurídico que gobierna a las entidades que conforman la administración central colombiana y los sectores administrativos que encabezan.

Luego, el artículo 40 de la Ley reafirma la presencia de las normas del Derecho privado en el régimen de contratación estatal colombiano, de la siguiente manera:

ARTÍCULO 40. DEL CONTENIDO DEL CONTRATO ESTATAL. 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.

Lo plasmado en los artículos mencionados lleva a concluir que, si bien en cuanto al objeto y la prestación, el contrato estatal se nutre en gran parte del contrato clásico de Derecho privado, en consideración a la naturaleza de una de las partes contratantes, es decir, el Estado, y a su motivación que es la satisfacción de los intereses de la comunidad, la voluntad del legislador ha sido la de establecer una serie de factores diferenciadores, que separen el contrato estatal del contrato de Derecho privado. Razón por la cual debe dotársele de unas normas especiales sobre destinatarios, inhabilidades e incompatibilidades, la posibilidad de pactar cláusulas exorbitantes, las reglas de interpretación y adjudicación, la forma y el contenido del contrato, causales de nulidad y el régimen de responsabilidad. Reglas específicas que implican un ejercicio interpretativo, donde se deben contrastar el Derecho público con el Derecho privado, para aproximarse a una declaración de voluntad contractual donde se mezclen adecuadamente las reglas de Derecho público y privado, en cuanto a la exigencia de la satisfacción de un interés general respetando la legalidad⁵².

3.2. Posición de la doctrina respecto a las tipologías contractuales aplicables por parte de la administración pública

Una vez revisadas las disposiciones de la Ley 80 de 1993 que se refieren a la normatividad aplicable, la interpretación, definición y contenido de los contratos estatales, es necesario pasar a exponer la recepción de estas normas por parte de la doctrina. Así, en primer lugar, siguiendo el planteamiento hecho por Suescún Melo en su artículo “La

52 En el Derecho colombiano, las reglas ordinarias de interpretación contractual son las siguientes: Prevalencia de la intención sobre lo literal de las palabras (Art. 1618 CC), interpretación de términos generales (Art. 1619 CC), prevalencia de la cláusula válida frente a la inválida (Art. 1620 CC), la naturaleza del contrato (Art. 1621 CC), interpretación sistemática y extensiva (Arts. 1622 y 1623 CC) y la interpretación de las cláusulas ambiguas en contra de quien las redacta (Art. 1624 CC).

De otro lado el artículo 8° de la Ley 153 de 1887 dispone que cuando no hay ley exactamente aplicable al caso controvertido, se aplicarán las leyes que regulen casos o materias semejantes y en su defecto, la doctrina constitucional y las reglas generales de Derecho.

aplicación del postulado de la autonomía de la voluntad en la contratación de las entidades estatales”, y de acuerdo con los artículos 32 y 40 de la Ley 80 de 1993, existe una: “*expresa adopción del postulado de la autonomía de la voluntad privada por el estatuto de contratación de las entidades estatales, postulado de auténtica raigambre civilista, lo que cabe es precisar los alcances y contenido de la acepción*”⁵³. En este orden de ideas, para que cualquier contrato sea válido y eficaz se requiere, según la ley colombiana, que tenga los elementos del Art. 1502 del Código Civil, es decir: 1. *La capacidad*; 2. *El consentimiento*; 3. *El objeto lícito* y 4. *La causa lícita*. Sin embargo, al hacer referencia a estos elementos aparece una de las primeras diferencias del contrato de Derecho privado con el contrato estatal que es la preeminencia del principio de legalidad en todas las actuaciones de la administración. Así las cosas, por las especiales características del Derecho administrativo, la lectura del Artículo 1502 del Código Civil, adaptado al ámbito de los contratos de la administración pública sería:

- a) *La capacidad*: facultad para ser titulares de derechos y obligaciones, para obligarse por sí mismos sin el concurso de terceros. En Derecho administrativo, la capacidad se deriva de la habilitación dada por ley o reglamento y nombramiento al funcionario para ejecutar determinados actos; en caso de no estar habilitado, el acto de la administración no solo es nulo sino que compromete la responsabilidad del funcionario, bien sea esta de carácter fiscal, penal o disciplinario.
- b) *El consentimiento*: libre de vicios, es decir, exento de error, fuerza o dolo. En el Derecho público dicho elemento está reglado, atado a unas autorizaciones expresamente dadas por la ley y debe manifestarse de acuerdo con unas ritualidades establecidas claramente por el ordenamiento jurídico, so pena no solo de ser nulo el acto, sino de acarrear responsabilidad fiscal, disciplinaria o penal para el funcionario.

⁵³ Ver Suescún Melo, *Derecho Privado, Estudios de Derecho Civil y Comparado*, p. 1.

- c) El objeto: la creación, modificación o extinción de una relación jurídica; este debe ser lícito. En tratándose de la contratación, el objeto está ligado a los elementos de la esencia, naturaleza y accidentales de los actos (artículo 1501 del Código Civil), fundamentales para establecer la tipicidad o atipicidad de los contratos. En el Derecho público, amén del principio de legalidad, este se presume lícito hasta tanto un juez no declare lo contrario; además debe estar relacionado funcionalmente con la función constitucional y legal otorgada a la entidad contratante o estar directamente relacionado con su funcionamiento.
- d) La causa: los móviles o motivos determinantes; en el caso del Derecho público se refiere a la prestación de un servicio público, la satisfacción de un interés colectivo. En Derecho administrativo, la satisfacción de los fines del Estado igualmente debe ser lícita. Si bien el contrato estatal no es un acto administrativo en sí mismo considerado, esto no lo exime de estar motivado dentro de los planes de compra de las entidades, esto con la finalidad de salvaguardar los principios de eficacia y eficiencia del gasto público.

Lo expuesto muestra que los elementos de la autonomía de la voluntad referidos por el Código Civil, hechos los ajustes pertinentes al contexto del Derecho público, se constituyen en uno de los muchos aspectos donde la complementariedad entre Derecho público y privado excluyen la insularidad de ambos.

Así, una vez reconocida la relevancia de la autonomía de la voluntad en la contratación estatal, surge entonces la pregunta: ¿hasta qué punto la legalidad ata de tal manera a la administración que esta se vea ante la imposibilidad de buscar las mejores maneras de satisfacer el interés general? La primera parte de la respuesta a este interrogante ya está dada en el sentido que la Ley, gracias a lo que el positivismo Hartiano denomina una norma de textura abierta, faculta a la administración para celebrar cualquier acto jurídico generador de obligaciones privilegiando los principios de eficacia, celeridad y economía. No obstante dichos principios, deben contrastarse con los de moralidad, transparencia e imparcialidad, contenidos en la misma ley, debate que en la práctica se

zanjará manteniéndose la administración lo más cerca posible a lo literal de las normas legales y reglamentaciones conocidas. En la práctica se encuentra que, al momento de definir el objeto de los contratos que deben ser publicados en el Portal Único de Contratación, las entidades públicas acuden a la Codificación Estándar de Productos y Servicios de Naciones Unidas, que se tiene como categorías principales de bienes y servicios, sugiriendo, como se verá en el anexo de este trabajo, que toda contratación sobre los mismos sería una especie de los contratos típicos de compraventa, suministro, arrendamiento de bienes y servicios y obra material o inmaterial⁵⁴, lo cual puede asumirse como una forma indirecta de tipificación contractual.

Como se observa, a través de la Constitución Política y la ley se puede privilegiar cualquiera de las dos posturas: la liberal, que podría aplicar la administración a la hora de elegir la tipología contractual que más se adecúe a sus fines y necesidades, o la restrictiva de las entidades de control⁵⁵. A partir del artículo 209 de la Constitución Política y los artículos 23 y 32 de la Ley 80 de 1993, se encuentra que el ordenamiento jurídico satisface el principio de legalidad, al consagrar una serie de principios (artículos 209 de la Constitución Política y 23 de la Ley 80 de 1993) y una norma de textura abierta que permite a la administración celebrar contratos de acuerdo con los tipos legales existentes o en ejercicio de la autonomía de la voluntad en caso de ausencia de ellos. Esto siempre y cuando no se entienda como una potestad absoluta, sino limitada por la existencia de normas que propenden por la selección objetiva del contratista y las reglas aplicables a las distintas etapas del contrato estatal que limitan la autonomía de la voluntad⁵⁶.

Por otra parte, el tratadista argentino Miguel Marienhoff, al referirse a los contratos innominados de la administración, dice: *“Aparte de que contrariamente a lo que ocurre en Derecho privado, en Derecho administrativo –salvo excepciones como sucede con el contrato de obra pública– la generalidad de los contratos no aparece disciplinada normativa y orgánicamente...”*⁵⁷; continúa el autor: *“(...) pueden representar contratos no*

54 https://www.contratos.gov.co/Archivos/Catalogo_UNSPSC.pdf, fecha de consulta 21 de noviembre de 2012.

55 Ver Sánchez Cerón, *Como violar las normas de contratación estatal*, p. 3-5.

56 Ver Amazo Parrado, *¿Es paradójica la autonomía de la voluntad frente al principio de legalidad de los contratos estatales?*, p. 181-203.

57 Ver Marienhoff, *Tratado de Derecho Administrativo*, p. 108.

“especificados”, implicando entonces figuras que no constituyen contratos pertenecientes a una categoría predeterminada; vale decir, pueden constituir contratos “innominados”, pues carecen de una “denominación especial”. De manera que lo mismo que en Derecho privado, en Derecho administrativo pueden haber contratos “nominados” o “innominados” (artículo 1143 Código Civil –argentino-). **Ninguna razón se opone a ello.** (Subrayado fuera de texto)⁵⁸. Como se puede ver, Marienhoff comparte la postura tomada por el legislador colombiano, en cuanto a permitir el uso de cualquier figura contractual válida en aras de satisfacer los intereses de la comunidad.

A continuación se hará una breve revisión de lo dicho por la doctrina colombiana sobre la aplicación de figuras contractuales atípicas.

Así las cosas, se encuentra que la administración debe hacer uso de contratos típicos o atípicos para alcanzar sus fines. Por ejemplo, y no obstante que hoy el leasing se considera un contrato típico⁵⁹, refiriéndose a este, Bonivento Fernández, haciendo mención del artículo 2° de la Ley 80 de 1993, dice “*porque como establece el estatuto de contratación administrativa, aquellas (las entidades estatales) están legitimadas o habilitadas para comprometerse negocialmente a través de cualesquiera formas disciplinadas en el ordenamiento jurídico, adquiriendo eso sí, el calificativo de contratos estatales como actos jurídicos generadores de obligaciones previstos en el Derecho privado o en las disposiciones especiales, **o derivados de ejercicio de la autonomía de la voluntad***”⁶⁰. (El subrayado es mío)

58 Ver Marienhoff, *Tratado de Derecho Administrativo*, p. 109.

59 En cuanto a la tipicidad del contrato de leasing traemos a colación la posición de la Federación Colombiana de Leasing (Fedeleasing) al respecto: “El Decreto 913 de 1.993, definió en su artículo segundo el leasing financiero con base en las costumbres y prácticas mercantiles vigentes para entonces, de la siguiente manera: Entiéndase por operación de arrendamiento financiero la entrega, a título de arrendamiento, de bienes adquiridos para el efecto, financiando su uso y goce a cambio del pago de cánones que recibirá durante un plazo determinado, pactándose para el arrendatario la facultad de ejercer al final del periodo una opción de compra”.

Para una parte de la doctrina nacional de esta forma quedó tipificado en la legislación Colombiana el contrato de leasing financiero. Sin embargo, para otros, la normativa en la materia es bastante precaria, lo que hace concluir que ésta insuficiencia legal impide calificar como típico al contrato de leasing, toda vez que el legislador no ha reglamentado el contrato con la especificidad requerida, suficiente como para darle cuerpo de un contrato típico, sin que ello signifique que se desdibuje la naturaleza independiente y especial de éste contrato frente a otras figuras contractuales.

Fedeleasing acoge la posición de que el leasing es un contrato típico. El leasing operativo lo equipara la norma con el arrendamiento y remite a sus disposiciones todo lo relativo a esta modalidad de leasing.” Disponible en <http://www.fedeleasing.org.co/generales.htm>, fecha de consulta, 31 de octubre de 2012.

60 Ver Bonivento Fernández, *Los Principales Contratos Civiles (y su paralelo con los comerciales)*, p. 366.

En este mismo orden de ideas, el autor citado hace hincapié en el término *“cualquier contrato”*, siempre y cuando exista sometimiento a las disposiciones civiles y comerciales pertinentes y al estatuto de contratación; básicamente, el respeto al principio de legalidad que se presupone connatural a las entidades estatales⁶¹.

Por su parte, Younes Moreno no es tan claro en el momento de reconocer la posibilidad de acudir a figuras contractuales atípicas. De hecho, se puede pensar que, a diferencia de otros autores, ni siquiera la considera: *“Con absoluta claridad el estatuto contractual precisa que la administración celebra bajo la denominación de contratos estatales, tanto los contratos previstos en el Derecho común regidos por dichas normas, como los contratos regidos por normas especiales de Derecho público y los que la propia ley señala, enunciando entre otros, los contratos de obra, de consultoría, de concesión y de prestación de servicios”*⁶².

Vidal Perdomo, a su vez, afirma:

*El problema que domina toda la temática de los contratos del Estado es el de la similitud o diferencia de estos con respecto de los contratos de los particulares”*⁶³. Es decir *“(…) el replanteamiento del problema de la autonomía del Derecho administrativo”*⁶⁴ sobre el cual Rivero plantea: *“Las transformaciones impuestas a nuestro sistema administrativo por los nuevos hechos económicos y sociales, resultan evidentes, pues son bien conocidas la extensión desmesurada y la diversidad de las tareas, la diversificación correlativa de los modos de intervención y el desarrollo de la gestión privada, que restituye al Derecho civil y comercial amplios dominios de la acción administrativa”*⁶⁵.

Como puede verse, si bien Vidal Perdomo, siguiendo a Rivero, hace expresa referencia a la influencia del Derecho privado en el Derecho público, no lo hace respecto a la viabilidad por parte de la administración pública de hacer uso de contratos atípicos.

61 Ver Bonivento Fernández, *Los Principales Contratos Civiles (y su paralelo con los comerciales)*, p. 366.

62 Ver Younes Moreno, *Curso de Derecho Administrativo*, p. 193.

63 Ver Vidal Perdomo, *Derecho Administrativo*, p. 367.

64 Ver Vidal Perdomo, *Derecho Administrativo*, p. 367.

65 Ver Rivero, *Páginas de Derecho Administrativo*, p. 91.

Por su parte, Campillo Parra sí hace mención expresa a la posibilidad del uso de figuras contractuales atípicas por parte de la administración pública en Colombia:

*El estatuto general de contratación de la administración pública no limita a los funcionarios competentes para celebrar contratos, por el contrario, dentro del universo contractual, se pueden escoger aquellos que más se ajusten a las necesidades de la administración. Así, por ejemplo, el Derecho moderno se refiere a los contratos electrónicos, la franquicia, el factoring, las alianzas estratégicas, los joint venture, el leasing, y las demás formas que de una u otra manera establecen relaciones entre personas naturales, entre personas naturales y personas jurídicas”*⁶⁶

Continúa Campillo Parra:

*Entre personas naturales y jurídicas y el Estado nada limita la creatividad humana para contratar siempre que el funcionario se mantenga dentro de los límites constitucionales y legales o respetando los principios de la recta administración. Una referencia clara de las normas que se pueden consultar y aplicar por remisión son las civiles y comerciales como lo expresa el Artículo 13 de la Ley 80 de 1993. Incluso se pueden celebrar contratos en el exterior para que se ejecuten en Colombia, caso en el cual se regirán por las normas nacionales colombianas”*⁶⁷.

Parra Gutiérrez, hace una enumeración de los contratos administrativos más comunes en el Derecho español y francés:

Los contratos administrativos innominados: *fuera de los contratos acabados de exponer y que tienen una denominación específica, existen otros que carecen de nombre especial, principalmente porque la administración utiliza diferentes*

⁶⁶ Ver Campillo Parra, *Celebración y ejecución de contratos estatales: contrate bien para que no lo encarcelen o lo destituyan. Aplique las reglas y principios adecuadamente*, p. 21.

⁶⁷ Ver Campillo Parra, *Celebración y ejecución de contratos estatales: contrate bien para que no lo encarcelen o lo destituyan. Aplique las reglas y principios adecuadamente*, p. 21.

combinaciones de objetos contractuales con el propósito de obtener la satisfacción de los servicios requeridos”⁶⁸.

Lo dicho por Parra Gutiérrez se aproxima a la figura de los contratos atípicos mixtos que, como se verá en la segunda parte de este estudio, al referirse a la contratación de los Ministerios y Departamentos Administrativos en Colombia, es una de las modalidades más comunes de utilización de los contratos atípicos.

Una vez hecha la revisión de la noción de contrato estatal y de las normas de la Ley 80 de 1993 que hacen referencia a la aplicación de las disposiciones civiles y comerciales pertinentes y el reconocimiento de la autonomía de la voluntad, se pasa a abordar el estudio de los contratos de Derecho privado, la clasificación de los contratos como típicos o atípicos y su caracterización, para terminar exponiendo una serie de factores que excluyen o limitan la atipicidad contractual.

3.3. El contrato de Derecho privado y sus elementos de existencia y validez – Su relación con el contrato de Derecho público

El contrato puede definirse como un acuerdo de voluntad encaminado a satisfacer la necesidad que tienen las personas, naturales o jurídicas, públicas o privadas de obtener bienes o servicios⁶⁹, mediante convenciones regladas, bien sea por la ley o las partes y de las que se derivan derechos y obligaciones. Así, los contratos nacen como usos sociales, simples hábitos, que evolucionan a costumbres jurídicas, caracterizadas estas últimas por su coercibilidad, hasta que, por intervención del legislador, se tornan en contratos típicos⁷⁰. Dependiendo del ordenamiento jurídico específico y el desarrollo de su sistema económico

68 Ver Parra Gutiérrez, *Los Contratos Estatales*, p. 3-5.

69 En este sentido, el Código Civil Español, en su artículo 1254 dispone “El contrato existe desde que una o varias personas consienten en obligarse, respecto de otra u otras, a dar alguna cosa o prestar algún servicio”.

70 La Cámara de Comercio de Bogotá define la costumbre mercantil como “(...) el conjunto de prácticas que se repiten y aplican reiteradamente por una colectividad de personas frente a un hecho o tema determinado, que adquiere notoriedad por el hecho mismo de ser una norma creada para usos sociales, siempre que estas no sean contrarias a la ley y se ejecuten de manera reiterada, pública y uniforme.” (<http://camara.ccb.org.co/contenido/contenido.aspx?conID=293&catID=73> fecha de consulta 29 de septiembre de 2012); de la misma manera la autoridad de la costumbre, su lugar frente a las estipulaciones contractuales válidas (se prefieren las segundas), su aplicación y la prueba de la costumbre nacional e internacional se encuentran reguladas por el Derecho colombiano en los artículos 3° a 9° del Código de Comercio.

y legal, es posible determinar ante qué figura se está presente⁷¹, si frente a un contrato o una costumbre jurídica; todo depende del grado de evolución normativa. Así, en primer lugar, en un momento seminal de la formación del Derecho, los acuerdos de voluntad que se celebran son atípicos, atípicos puros⁷² en la medida que no existen más reglas que las que se dan las partes, su voluntad de obligarse y cumplir lo pactado, sin que exista un tercero que sea su garante.

Respecto a los contratos típicos o atípicos, Arce Gargollo afirma que este concepto es relativo, por la naturaleza siempre cambiante de los ordenamientos jurídicos⁷³. Respecto a las convenciones, el uso social puede transformarse en Derecho, dependiendo de la coercibilidad que en principio le den las partes; en segunda instancia cuando la reconozca el juez y por último cuando el legislador la consagre como norma. En este mismo sentido, Arrubla Paucar dice que la ley no crea el contrato, sino que reconoce su existencia⁷⁴; afirmación que implica reconocer que, en un principio, todos los contratos que hoy se reputan como típicos eran innominados-atípicos, deviniendo en típicos con la intervención del legislador.

No obstante la necesaria intervención del Estado como legislador y/o garante de los contratos, la capacidad de determinarse contractualmente viene ligada forzosamente al concepto de libertad, el cual García Máynez definió como: *“Relación entre deber jurídico y Derecho subjetivo. El Derecho subjetivo es una facultad jurídica de acción u omisión que puede ser potestativo u obligatorio según el caso. Declarar que un acto está permitido equivale a que puede ejecutarse en ejercicio de un derecho. Estas son cosas lógicas que no pueden ser modificadas por el legislador, como no se puede modificar la ley de la gravedad”*⁷⁵.

71 Ver Soriano, *Sociología del Derecho*, p. 232.

72 Para el profesor argentino Ricardo Luis Lorenzetti, “El contrato es calificado como atípico puro cuando es obra de las partes sin referencia alguna a una previsión típica. La creación de un contrato novedoso presenta el problema de su admisibilidad, pero no de calificación como en el resto de los contratos atípicos, ya que no se adapta a ninguna categoría. Una vez admitido se aplican los preceptos elaborados por las partes,... Se procederá a calificarlo como discrecional o de consumo, y se le aplicaran las normas referidas al abuso del derecho, buena fe, orden público”. (ver Lorenzetti, *Contratos: Parte Especial*, p. 21-23)

73 Ver Arce Gargollo, *Contratos Mercantiles Atípicos*.

74 Ver Arrubla Paucar, Jaime *Contratos Mercantiles, Tomo III, Contratos Atípicos*, p. 23.

75 Ver García Máynez, *Introducción al estudio del derecho*, p. 218.

Esta definición de libertad implica la existencia de unas reglas de juego previas, determinadas por las partes o por el Estado, y su vocación de generar efectos jurídicos vinculantes.

Como fundamento legal, se encuentra que el artículo 1495 del Código Civil Colombiano, siguiendo la tradición romanista, define el contrato o convención como *“un acto por el cual una parte se obliga para con otra, a dar, hacer o no hacer una cosa. Cada parte puede ser de una o de muchas personas”*. Como complemento a esta definición, Valencia Zea define el negocio jurídico como *“aquel hecho jurídico que contiene una o varias declaraciones de voluntad de los particulares, que por sí, o unidos con otros requisitos, persiguen un determinado efecto jurídico”*⁷⁶. Estas definiciones, que si bien en principio parecen omitir a la administración pública como sujeto de derecho, realmente no lo hacen, dada la generalidad con la que fueron redactadas, incluyéndola como persona que, al igual que los particulares, manifiesta su voluntad y, por lo tanto, es susceptible de obligarse en una relación contractual.

Los elementos de existencia y validez del contrato están reconocidos por la ley en los contratos típicos y deben ser configurados por las partes en los contratos atípicos. La ausencia de cualquiera de ellos genera como sanciones la inexistencia (la nulidad absoluta), la nulidad parcial y la nulidad relativa o anulabilidad. Para el caso de los contratos atípicos estatales, al ser su contenido impuesto por la administración desde los estudios previos y la invitación, corresponde a la entidad contratante determinarlos de acuerdo con sus funciones, intereses y necesidades.

4. El concepto de autonomía de la voluntad en el derecho privado y en el derecho público.

Para que exista contrato, es esencial que exista un marco legal que reconozca la libertad del individuo y obligatoriedad del acuerdo de voluntades; pues el contrato se manifiesta como el ejercicio de un Derecho subjetivo, definido por Monroy Cabra como el

76 Ver Valencia Zea; Ortiz Monsalve, *Derecho Civil*, p. 380.

“*poder o facultad reconocido jurídicamente, para hacer u omitir algo*”⁷⁷; no sin perder de vista que el Derecho se presenta como una serie de imperativos que, si bien por un lado limitan la libertad individual, por otro la afirman, pues antes del Derecho existía el arbitrio desregulado que, en muchos casos, terminaba en abuso. Así la verdadera libertad surge cuando la posibilidad natural de obrar viene ligada a una obligación de respeto. Para Del Vecchio, aquello que no está prohibido por el Derecho objetivo, no solo está permitido, sino también garantizado y tutelado⁷⁸ (eso es en derecho privado, porque en Derecho público aparentemente solo puede hacerse lo que está expresamente autorizado), tornándose la aceptación legal de la autonomía de la voluntad como uno de los pilares del Derecho contractual, en una afirmación del principio de legalidad, que cobija tanto a los particulares como la administración, y que será piedra angular de la teoría de los contratos atípicos.

La doctrina ha trazado la evolución de los contratos describiendo su origen y evolución desde la figura de los contratos innominados del Derecho romano, hasta llegar al concepto contemporáneo de contrato típico y su contraparte el atípico, bien sea este atípico puro, o atípico mixto surgido de la mezcla de distintos tipos contractuales.

Tanto para la formación de los contratos típicos actuales como para el reconocimiento de los contratos atípicos modernos, la afirmación de la autonomía de la voluntad por parte de los órganos políticos y en consecuencia de la ley ha sido el elemento esencial sin el cual no se hubiera podido desarrollar esta figura jurídica. A continuación se pasará a explicar brevemente el desarrollo de la figura de la autonomía de la voluntad en el Derecho colombiano a la luz de las escuelas del Derecho que lo han influido y configurado como el ordenamiento jurídico que es actualmente. Una vez definido el contrato y establecido el importante papel de la libertad individual se pasa a estudiar la figura de la autonomía de la voluntad a la luz de las influencias del Derecho colombiano.

4.1. El lugar de la autonomía de la voluntad dentro de las fuentes del Derecho

⁷⁷ Ver Monroy Cabra, *Introducción al Derecho*, p. 302.

⁷⁸ Ver Del Vecchio, *Filosofía del Derecho*, p. 367.

Frente a la figura del negocio jurídico, surge la duda sobre su ubicación dentro de las fuentes del Derecho: ley, doctrina, usos y costumbres, y los principios generales del Derecho⁷⁹. En primer lugar, dentro de las maneras tradicionales de ver las fuentes del Derecho se encuentra que, para Kelsen, según su teoría piramidal⁸⁰, el negocio jurídico se intercala entre la ley y el fallo judicial, y este es reconocido por el juez mediante sentencia, lo que le da coercibilidad. En este caso, el contrato atípico surge por la existencia de unas normas habilitantes para su celebración⁸¹. Sin embargo, esta ubicación, positivista, al depender de reconocimiento judicial (estatal) para ser coercible, niega la capacidad de los sujetos de autodeterminarse jurídicamente, de crear costumbre derivada de unas actuaciones públicas y reiteradas que constituyen lo que la doctrina denomina *Tipicidad Social*⁸².

Para autores contemporáneos como los belgas Ost y Kerchove, el Derecho no debe simplificarse hacia una estructura jerarquizada. Gracias a la teoría de los sistemas se puede sustituir la teoría lineal por una circular, la cual permite el análisis de ciertos fenómenos jurídicos⁸³. Claramente la figura del contrato, como ejercicio de un Derecho subjetivo y como manifestación de la autonomía de la voluntad, deriva su juridicidad de la coercibilidad. Sin embargo, la coercibilidad está ligada al concepto meta jurídico de poder, entendido como *“la capacidad que tienen los individuos o grupos de hacer que cuenten sus propios intereses o preocupaciones, incluso si otros se resisten a ello. A veces conlleva el uso directo de la fuerza”*⁸⁴. Junto al poder vienen aparejados los conceptos de autoridad, como el legítimo uso del poder por parte del gobierno, y Legitimidad, como la aceptación

79 <http://derecho.laguia2000.com/parte-general/las-fuentes-del-derecho>. Fecha de consulta, 4 de noviembre de 2011.

80 “Dado que, atento el carácter dinámico del derecho, una norma vale en tanto y en la medida en que ha sido producida en la forma determinada por otra norma. La relación entre la norma que regula la producción de otra norma, y la norma producida conforme a esa determinación, puede presentarse mediante la imagen espacial de la supra y subordinación. La norma que regula la producción es una norma superior, mientras que la producida conforme a esa determinación es la norma inferior. El orden jurídico no es un sistema de normas situadas en un mismo plano, ordenadas equivalentemente, sino una construcción escalonada de diversos estratos de normas jurídicas”. (ver Kelsen, *Teoría Pura Del Derecho*, p. 232)

81 Ver Kelsen, *El método y los conceptos fundamentales de la teoría pura del derecho*, p. 71.

82 Ver Arrubla Paucar, *Contratos Mercantiles, Tomo III, Contratos Atípicos*, p. 25.

83 Ver Ost; Van de Kerchove, *Elementos para una teoría crítica del derecho*, p. 11

84 Ver Giddens, *Sociología*, p. 434.

de la autoridad del gobierno por parte de los ciudadanos⁸⁵. Poder, autoridad y legitimidad nos conducen a la figura de Estado, el cual:

(...) existe donde hay un aparato político de gobierno (instituciones como un parlamento o congreso y funcionarios públicos civiles) que rige sobre un territorio dado, y cuya autoridad está respaldada por un sistema legal y por la capacidad de emplear la fuerza de las armas para implantar sus políticas⁸⁶.

En este orden de ideas, la figura del contrato no puede ser estudiada de manera satisfactoria basándose en una teoría vertical de las fuentes del Derecho, como la que propone Kelsen en su Teoría Pura del Derecho. En este punto resulta interesante traer a colación la analogía de Francois Ost al referirse a la figura del juez moderno, cuando lo compara con los personajes mitológicos Júpiter, Hércules y Hermes, cada uno de ellos identificado con una manera de ejercer el derecho: Júpiter, el juez de la pirámide y el código; Hércules, el juez del precedente judicial y, por último, Hermes, el juez de la “red”, es decir:

Un campo jurídico que se analiza como una combinación infinita de poderes, tan pronto separados como confundidos, a menudo intercambiables; una multiplicación de autores, una diversificación de los roles, una inversión de las réplicas⁸⁷.

La idea del Juez Hermes sugiere que el ordenamiento jurídico y la interpretación del Derecho no son cuestiones tan simples como las planteadas por las escuelas clásicas del Derecho. De acuerdo con lo dicho, la red es la simbiosis de las fuentes del Derecho. Así, para la interpretación y aplicación del contrato atípico, se requiere de la movilidad de la “red”, que se nutre de la autonomía de la voluntad, la ley, la jurisprudencia y la doctrina. Además de la posibilidad que tienen las personas de establecer relaciones contractuales.

85 Ver Giddens, *Sociología*, p. 434 y 435.

86 Ver Giddens, *Sociología*, p. 435.

87 Ver Ost, *Júpiter, Hércules, Hermes: Tres Modelos de Juez*, p. 172.

Otra manera de entender la “red” es a través de las regulaciones y conceptos jurídicos expedidos por entidades vinculadas al poder ejecutivo como las Superintendencias, o compilaciones normativas que, como el Decreto 2555 de 2010, reúne decretos y resoluciones sobre el mercado financiero, de valores y de seguros.

Dicho lo anterior, se concluye que, tanto para la teoría kelseniana como para la idea de la "red", la autonomía de la voluntad desempeña un papel preponderante; pero como una autonomía reconocida por la ley y, por ende, regulada, que se imbricará con las demás fuentes del Derecho, para constituir relaciones jurídicas válidas y coercibles.

4.2. Consideraciones en torno a la autonomía de la voluntad en el Derecho romano y las escuelas del Derecho contemporáneas

Frente a las convenciones regladas por la ley, es decir, los contratos típicos, se presentan menos dificultades en su aplicación e interpretación que en los contratos atípicos, máxime teniendo en cuenta que muchos de estos negocios típicos han venido decantando su régimen jurídico desde los albores mismos de la humanidad, iniciando su desarrollo en el Derecho romano, hace más de dos mil años, y posteriormente codificados en el siglo XIX por juristas franceses y alemanes.

Sin embargo, siempre ha sido claro que el legislador, pieza fundamental del Derecho positivo, siempre tendrá problemas a la hora de mantenerse al ritmo del tráfico jurídico; primero en Roma, para solucionar esta falencia, los pretores, quienes, para no faltar a su deber de impartir justicia, crearon la categoría de contratos innominados para aquellos que no cumplían con el lleno de las formalidades exigidas por la ley. Luego el Derecho francés trae el concepto de la autonomía de la voluntad, un triunfo de una idea política liberal y antimonárquica de la Revolución Francesa, que permeó a Latinoamérica y ha sido pieza clave del desarrollo del Derecho civil colombiano.

Empero, una de las características determinantes de los sistemas jurídicos, incluido el colombiano, es su inevitable impureza, definida esta como la imposibilidad de existencia de un Derecho autóctono y libre de influencias externas; algo apenas natural en un mundo donde, no obstante los esfuerzos aislacionistas y proteccionistas de algunos Estados, la

globalización es más la regla que la excepción. Se encuentra, entonces, que existen sistemas legales y jurisdiccionales mixtos donde las reglas de Derecho se derivan de más de una tradición jurídica, llámense estas de Derecho continental europeo (principalmente Francia y Alemania) o del Common Law anglosajón, ambas influidas por el Derecho romano. En este sentido, por mayores que sean los esfuerzos de aislar para purificar, los sistemas legales y jurisdiccionales, que son por definición impuros, como el caso del Derecho civil colombiano, implican la necesidad de estudiar el fenómeno de la autonomía de la voluntad no solo desde la óptica francesa.

La impureza de los ordenamientos jurídicos lleva implícita una idea de complejidad que debe ser abordada someramente para entender la formación del moderno Derecho colombiano y cómo este adopta la idea de contrato atípico, dotándola de validez y eficacia. La historia y universo del Derecho colombiano puede resumirse brevísimamente desde el Derecho originario de los pueblos precolombinos que, a pesar de la Conquista española, nunca dejó de estar vigente y que es reconocido por la Constitución. Pasando por las Siete Partidas de Alfonso X el Sabio, antecedente directo del Derecho indiano, régimen jurídico creado por los españoles para regir las Indias Occidentales (América). Luego, Andrés Bello, inspirado en el Código Civil Napoleónico, redacta el Código Civil de varios países latinoamericanos, el colombiano incluido.

En el campo de la teoría del Derecho, el Derecho colombiano contemporáneo ha sido influido y moldeado, entre otras, por la escuela francesa de la exégesis, las enseñanzas de Kelsen y su modelo piramidal de las fuentes del Derecho derivado de la idea de que “(...) *la dogmática jurídica no es una ciencia sino que pertenece a la política*”⁸⁸ y las corrientes antiformalistas, que llegan a partir de la segunda mitad del siglo XX. Todas estas ideas se han fundido en la teoría y la práctica, conformándose así el moderno ordenamiento jurídico colombiano.

Se encuentra también la adopción de formas propias del Common Law anglosajón, específicamente su vertiente americana que, por la vía de la cooperación para el desarrollo, ha traído al Derecho colombiano la adopción de la oralidad en el procedimiento penal y laboral, o la creación de las superintendencias como órganos de inspección y vigilancia,

⁸⁸ Ver Kaufmann, Filosofía del Derecho, Pág. 51.

que forman parte del poder ejecutivo y son ejemplo de la potestad regulatoria del Estado en actividades consideradas estratégicas o también la nueva tendencia a sustituir, así sea solo nominalmente, los departamentos administrativos y las unidades administrativas especiales, órganos propios del Derecho administrativo francés, por la figura norteamericana de las agencias.

Con relación al régimen específico de los contratos, el ordenamiento jurídico colombiano se nutre primero de las fuentes romanas y francesas del código civil, así como las distintas influencias que dieron origen al Código de Comercio (Decreto 410 de 1971), entre otras: el Proyecto Uniforme de Títulos Valores del Instituto para la Integración de América Latina (INTAL), las distintas convenciones en materia de propiedad industrial y el Código Civil italiano de 1942, en lo referente a obligaciones y contratos. Asimismo, se evidencia el influjo del Derecho anglosajón en contratos reputados atípicos como el leasing, la franquicia o los derivados financieros.

De esta manera, amén de la inevitable y necesaria impureza de cualquier ordenamiento jurídico, así como de su complejidad, es menester, como parte del estudio de los contratos atípicos, hacer un breve repaso de la visión que desde la noción de contrato tiene la autonomía de la voluntad desde el Derecho romano, pasando por la escuela francesa del acto jurídico, la escuela italiana del negocio jurídico y, por último, el Common Law anglosajón, para luego, mediante la integración de conceptos, proponer una noción de autonomía de la voluntad en tratándose de contratos estatales.

4.2.1. La autonomía de la voluntad en el Derecho romano

En el Derecho romano la evolución del concepto de contrato como fuente de las obligaciones⁸⁹ inicia con las Instituciones de Gayo, obra que, en el aparte 3.88, dice que las obligaciones provienen del contrato y del delito; que luego, gracias a la evolución de este sistema jurídico, Justiniano clasificaría en cuatro: contrato, cuasicontrato, delito y cuasidelito, clasificación que se trasladó prácticamente sin modificaciones a los distintos

89 Las Instituciones de Justiniano definen la obligación así: “*Obligatio est juris vinculum quo necessitate adstringimur alicujus solvendae rei secundum nostrae civitatis jura*” (La obligación es un vínculo jurídico que nos impone la necesidad de satisfacer o pagar a otro una cosa según el Derecho de nuestra ciudad).

códigos civiles de inspiración románica, entre ellos el Código Civil Francés, que sería columna vertebral del Código Civil Colombiano⁹⁰.

En el Derecho romano, no existía una regla de autonomía de la voluntad como la consagrada por el Derecho civil francés. En Roma, para que se reconociera una convención, se requería del lleno de unas formalidades; pero existían negocios que, por su importancia práctica, eran válidos por el mero consentimiento. Primero, en el Derecho romano, para que una convención fuera considerada como contrato, debía ser regulado por el Derecho de la ciudad; lo que es claro en su definición de contrato: *unas convenciones que están destinadas a producir obligaciones y que han sido sancionadas y normadas por el Derecho civil*⁹¹. Esta definición trae aparejada una característica fundamental del Derecho romano, que era su ritualismo, así es en el caso de los contratos *nominista*. Sin embargo, la exigencia de ritualismo y tipicidad muchas veces implicaba que, de manera injusta, una parte se enriqueciera a costa de otra por la prevalencia de las formas sobre el Derecho sustancial. Con el fin de evitar el enriquecimiento sin causa⁹², dentro de convenciones sinalagmáticas no reguladas por el Derecho civil, se reconoció, no sin resistencia, la existencia de contratos innominados.

De tal manera, con motivo de la evolución de las relaciones comerciales legítimas y necesarias para el desarrollo de la ciudad, se comenzó a reconocer la existencia de convenciones que, si bien no estaban “*normadas por el Derecho de la ciudad*” y, por ende, clasificado dentro de los contratos nominados, tenían, por vía jurisprudencial, la posibilidad de generar una obligación.

Así aparece el contrato innominado, definido como la “*convención sinalagmática no clasificada entre los contratos nominados, y que ha sido ejecutada por una de las partes en vista de una prestación recíproca*”⁹³. De esta manera, el reconocimiento por parte de los pretores del contrato innominado deriva en:

90 Ver Murga Gener; Paricio Serrano y otros, *Derecho romano de Obligaciones: Homenaje al profesor José Luis Murga Gener*, p. 49 y ss.

91 Ver Petit, *Tratado Elemental de Derecho Romano*, p. 318.

92 El Jurista Pomponio, en *Lecturas varias*, libro IX.- define el enriquecimiento sin causa como: “Es justo por Derecho natural, que nadie se haga más rico con detrimento e injuria de otro” (Pomponius, libro IX, *ex variis Lectionibus: Iure naturae aequum est, neminem cum alterius detrimento et iniuria fieri locupletiores*).

93 Ver Petit, *Tratado Elemental de Derecho Romano*, p. 422.

1. Obligar a la otra parte a cumplir su parte implica reconocer la existencia de un contrato.
2. Reconocer una indemnización niega la existencia de un contrato y lleva el asunto al campo de la responsabilidad extracontractual.

El reconocimiento de estas prestaciones innominadas se deriva de la necesidad de evitar el enriquecimiento sin causa, figura que en el Derecho romano tenía como regla general la connotación de ser un acto injusto o ilegal, mientras que la convención proviene de una prestación que, si bien no está reconocida por la ley, se vislumbra justa⁹⁴.

Para ilustrar la causa ilícita mencionada, la profesora Mariana Sconda hace una relación de las conductas configurativas (*condiciones*) del enriquecimiento sin causa en el Derecho romano:

- a. La *condictio indebiti*, para obtener la restitución de lo pagado por error.
- b. La *condictio ob turpem causam vel iniustam causam*, para lograr la devolución de una prestación hecha por causa ilícita o inmoral.
- c. La *condictio causa data, causa non secuta* o *causa datorum*, para conseguir la restitución de una prestación que había sido hecha teniendo en cuenta un resultado futuro, cuando este no se produce.
- d. La *condictio sine causa*, engloba todos los supuestos de inexistencia de causa.
- e. La *condictio furtiva*, para lograr la restitución de la cosa hurtada.
- f. La *condictio ex lege*, cuando la ley reconoce una obligación sin indicar una acción precisa y
- g. La *condictio generalis*, establecida en concurrencia de las acciones nacidas de un contrato, cuasicontrato o delito⁹⁵.

Teniendo en cuenta lo expresado por Petit, López de Zavalía, al comparar entre los contratos atípicos modernos y los romanos, encuentra las siguientes diferencias:

⁹⁴ Ver Petit, *Tratado Elemental de Derecho Romano*, p. 424.

⁹⁵ Ver Sconda, *Teoría del enriquecimiento sin causa: Origen y Recepción*, [online], fecha de consulta, 18 de enero de 2011.

- a. Los contratos innominados en el Derecho romano se forman con el cumplimiento de una prestación, es decir, se asemejan a los contratos reales; los modernos son consensuales.
- b. En Roma, estos contratos eran bilaterales; los modernos pueden ser unilaterales.
- c. Las acciones respecto a los contratos innominados romanos perseguían la indemnización; hoy por hoy se puede solicitar también el cumplimiento de la prestación⁹⁶.

Lo dicho anteriormente sobre el contrato nominado e innominado deja entrever el carácter formalista del Derecho romano, limitando, mediante la negativa de tutela judicial, la autonomía de la voluntad de las partes. Falencia que se corregiría, en etapas posteriores de su desarrollo, con la aparición de la figura del enriquecimiento sin causa como fuente de las obligaciones que rompe el paradigma del formalismo para hacer justicia al contratante de buena fe. Si bien en el Derecho romano no existe un reconocimiento de la autonomía de la voluntad, criterios que datan de aquella época, como la ilicitud e ilegalidad de los contratos y el enriquecimiento sin causa, son parte fundamental del Derecho contractual contemporáneo, reconocidos como límites al arbitrio de los contratantes.

4.2.2. La autonomía de la voluntad según la teoría francesa del acto jurídico

La autonomía de la voluntad, tal y como fue concebida por el Derecho francés en los albores del siglo XIX, era una celebración de la individualidad del ciudadano, quien, luego de la caída del Estado Absolutista, pasa a ser el centro de la sociedad, reduciéndose el papel del Estado, en virtud de un contrato social que no es más que una ficción que busca legitimar una institución necesaria para manejar asuntos básicos como la administración de justicia, la seguridad, las relaciones internacionales y todo aquello que no interese a los particulares, lo que se conocería como *Estado Gendarme*.

⁹⁶ Ver López de Zavallía, *Teoría General de los Contratos*, p. 97–98.

Antes de entrar a revisar los lineamientos generales de la teoría de la autonomía de la voluntad y del acto jurídico desarrollada por el Derecho francés, vale traer a colación lo dicho por Noguera Laborde respecto al acto jurídico como fuente de derecho: *“Por actos jurídicos se entienden las manifestaciones de voluntad cuya finalidad es la de producir efectos jurídicos, como ocurre cuando se celebran contratos, se otorgan testamentos, se expiden títulos valores, etc. Si la manifestación de voluntad no busca tales finalidades no habrá un acto jurídico: pero podrá darse un hecho jurídico. Se entiende por tal un acontecimiento humano o de otra índole que apareja consecuencias jurídicas”*⁹⁷.

Ejemplo de esto es lo establecido en el ya mencionado artículo 1502 del Código Civil sobre los requisitos que debe tener un acuerdo de voluntad para que sea válido y eficaz, y el artículo 1602 Código Civil Colombiano que, reafirmando lo establecido por el artículo 1502, dispone:

ARTICULO 1602. Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales.

En suma, de acuerdo con los artículos citados, se evidencia que la autonomía de la voluntad, no obstante ser una de las máximas expresiones de la libertad de los ciudadanos, no es absoluta; sino que está limitada por la ley, por el principio de legalidad, que a los particulares les permite hacer todo aquello que no les está prohibido, y a los servidores públicos solo aquello que les está permitido. En cuanto a la contratación, sea esta típica o atípica, tanto los particulares como la administración deben respetar ese marco de legalidad, so pena de que su acuerdo se torne nulo e, incluso, en el caso de los contratos suscritos por la administración pública, además de la nulidad se generen otro tipo de responsabilidades de carácter penal, fiscal y disciplinario.

Por otro lado, en cuanto al contrato estatal válidamente celebrado, debe tenerse en cuenta que, ante cualquier desavenencia entre las partes contratantes, el Estado ostenta de suyo una posición dominante que no se evidencia prima facie en los contratos entre

⁹⁷ Ver Noguera Laborde, *Introducción General al Derecho*, p. 48-49.

particulares, por lo menos cuando la noción de autonomía de la voluntad fue concebida. Hoy la situación es diferente cuando se habla de contratos tipo; por esta razón, en la contratación estatal existen dispositivos, como el restablecimiento de la ecuación contractual, que buscan equilibrar esa relación de por sí asimétrica. Se encuentra entonces que, por el régimen de responsabilidad y la posición asimétrica de los contratantes, la postura liberal individualista adoptada por los franceses, al restringir el papel del Estado, no se amoldaría, al régimen de contratación estatal, no obstante la mención expresa que de ella se hace a lo largo de la Ley 80 de 1993.

4.2.3. La autonomía de la voluntad según la escuela italiana del negocio jurídico

No obstante, el Derecho privado francés e italiano comparten sus raíces en cuanto a las fuentes de las obligaciones⁹⁸ y la estructura de su código civil. A diferencia de la escuela francesa del acto jurídico, que privilegia el papel de la autonomía de la voluntad en la creación de relaciones jurídicas, la doctrina iusprivatista italiana suma a la autonomía de la voluntad (figura relativa que involucra a las partes de la relación jurídica) el concepto de “función económico- social del contrato”, noción desarrollada durante un periodo histórico donde corrientes políticas como el socialismo, el nacionalsocialismo y el fascismo, reaccionarias al liberalismo, intentan devolver preponderancia al Estado⁹⁹, este como representante y ejecutor de la comunidad. De allí surge la exigencia de la función económico-social del contrato, como una herramienta para la realización de la comunidad que debe ser tutelada por el Estado.

En este orden de ideas, el profesor Emilio Betti expresa que: *“La teoría del negocio jurídico no consagra la facultad de <querer> en el vacío como place afirmar a cierto individualismo que no ha sido aún extirpado de la dogmática actual. Más bien, según hemos visto garantiza y protege la autonomía privada, en la vida de relación, en*

98 Art. 1173 *Fonti delle obbligazioni. Le obbligazioni derivano da contratto (Cod. Civ. 1321 e seguenti), da fatto illecito (Cod. Civ. 2043 e seguenti), o da ogni altro atto o fatto idoneo a produrle (Cod. Civ. 433 e seguenti, 651, 2028 e seguenti, 2033 e seguenti, 2041 e seguenti) in conformità dell'ordinamento giuridico.* De acuerdo a este artículo, además del contrato y el hecho ilícito son fuentes de las obligaciones la gestión de negocios y el enriquecimiento sin causa.

99 En Italia, en 1942, cuando los fascistas aún se encontraban en el poder, el Derecho privado fue unificado en el Código Civil.

cuanto se dirige a ordenar intereses dignos de tutela en las relaciones que los afectan. Esto afirmado, es fácil llegar a definir el negocio jurídico según sus caracteres genéticos y esenciales. Es el acto con el cual el individuo regula por sí los intereses propios en las relaciones con otros (acto de autonomía privada), y al que el Derecho enlaza los efectos más conformes a la función económico-social que caracteriza a su tipo (típica en este sentido) ”¹⁰⁰. En esta definición de negocio jurídico, se observa que, si bien se reconoce la autonomía de la voluntad, esta debe estar conforme o tener una función económico-social.

Los doctrinantes italianos Bigliazzi, Breccia, Busnelli y Natoli, al abordar el tema de la autonomía de la voluntad y su relación con la función económico-social del contrato, parten del análisis del artículo 1374 del Código Civil Italiano que, para la interpretación del contrato, se refiere a la integración entre la ley, la voluntad de las partes, la costumbre y la equidad; en otras palabras, a la combinación de las fuentes formales del Derecho.¹⁰¹

Continúan Bigliazzi, Breccia, Busnelli y Natoli: “Un nuevo examen del art. 1374¹⁰² (Código Civil Italiano) con esta última “clave”, permite, en cambio, reiterar que el papel de la autonomía en la determinación del contenido del contrato, en concurso con otras “fuentes” (de naturaleza legal, consuetudinaria, administrativa o judicial), puede encontrarse a veces en una posición subordinada y, a veces, en una posición antagónica con respecto a otros intereses tutelados por el ordenamiento, sin que ello comporte necesariamente la derogación excepcional de un principio fundamental¹⁰³. En este aparte, los autores tratan el problema del conflicto de leyes entre sí y con las estipulaciones de las partes. Así, en caso de conflicto normativo, debe interpretarse el contrato de acuerdo con las reglas que el ordenamiento disponga para tal fin. También, en tratándose del conflicto entre las estipulaciones de las partes en ejercicio de su voluntad, si esta va en contravía del

100 Ver Betti, *Teoría General del Negocio Jurídico*, p. 57.

101 En cuanto al régimen de contratación estatal colombiano, se observa que, de acuerdo con los artículos 13, 28 32 y 40 de la Ley 80 de 1993 en donde, al ser la enumeración de tipos contractuales disponibles a la administración pública limitada, se establece que los códigos Civil y de Comercio vengan a ser las normas supletivas principales de todo lo no dicho en el contrato estatal, además reconociendo el papel de la autonomía de la voluntad y la costumbre.

102 http://www.jus.unitn.it/cardoza/Obiter_Dictum/codciv/Lib4.htm: Art. 1374 *Integrazione del contratto. Il contratto obbliga le parti non solo a quanto e nel medesimo espresso, ma anche a tutte le conseguenze che ne derivano secondo la legge, o, in mancanza, secondo gli usi e l'equità* (El contrato obliga a las partes no solo en lo que en él se expresa, sino también a todas las consecuencias establecidas en la ley y, a falta de esta, de acuerdo a los usos y la equidad).

103 Ver Breccia; Bigliazzi; Natoli y Busnelli, *Derecho Civil. Tomo I, Volumen II. Hechos y Actos Jurídicos*, p. 643 y 644.

orden público y las buenas costumbres, debe ceder ante lo que establezca la ley, sin que ello implique la negación de la autonomía de la voluntad. Lo anterior no es más que el reconocimiento de la autonomía de la voluntad como una figura plenamente válida, siempre y cuando se ajuste a la ley y a los conceptos de orden público y buenas costumbres; lo cual no difiere de la regla de legalidad del Derecho francés.

4.2.4. La autonomía de la voluntad en el Common Law anglosajón

Al igual que el sistema de Derecho francés, el liberalismo y su principio rector de la autonomía de la voluntad desempeñan un papel central en la construcción de una teoría jurídica. Pero, a diferencia del Derecho francés, en el que existe todo un conjunto de dispositivos legales de reconocimiento y validez de dicha figura, el Common Law surge como un sistema jurídico de antecedentes, donde el principio de la buena fe es la espina dorsal del Derecho privado y la autonomía de la voluntad, a falta de “legislación positiva”, está reconocida *per se*. Ejemplo de la lectura que hacen los anglosajones del contrato y la autonomía de la voluntad se encuentra en la obra *The Nature of Contract, definitions and principles*, que dice: “(...) Si bien ‘la honestidad es la mejor política’ (frase en que el término ‘política’ debe mirarse cuidadosamente como pragmático, incluso maquiavélico, en vez de moral o como imperativo religioso), la conveniencia del comerciante, que simultáneamente actúa en provecho propio y en pos de un bien mayor, es lo que determina el Derecho contractual. Como en todas las áreas del Derecho, un elemento de política pública influye las decisiones de los jueces y no es sorprendente que los cambios en los negocios conduzcan a cambios en el Derecho contractual”¹⁰⁴. En esta definición se evidencia que, para los anglosajones, la autonomía de la voluntad tiene una vocación de ser generadora de riqueza y progreso para la comunidad y, por ello, el papel del Estado en el tráfico contractual debe ser residual. Sin embargo, a regañadientes se acepta que el Estado

¹⁰⁴ “Whilst ‘honesty is the best policy’ (and the term ‘policy’ should be looked at carefully in that phrase as a pragmatic, even Machiavellian, term, rather than a moral, let alone religious, imperative) the convenience of businessmen acting both selfishly and simultaneously for the greater good is what drives contract law. Like all areas of law, an element of ‘public policy’ enters the decisions of the courts and it is not surprising that the changes and developments facing the business community will tend to drive the law of contract.” (ver Semple, *The nature of contract, definitions and principle*, p. 2)

regule ciertas actividades y se le exige que garantice la libre competencia; pero, eso sí, solo como una herramienta práctica que evite el estancamiento connatural a los monopolios.

En este mismo orden de ideas, Duncan Kennedy explica que el Derecho norteamericano se mueve entre “*dos corrientes éticas, políticas y económicas opuestas: el individualismo y el altruismo*”¹⁰⁵. Así, teniendo como punto de referencia la autonomía de la voluntad, la actividad contractual de los particulares y el Estado se desenvuelve entre ambas corrientes¹⁰⁶. De acuerdo con esta percepción, propia del sistema jurídico anglosajón, se tiene que: “*El Derecho debe limitarse a satisfacer dos fines; de una parte, debe asegurar una esfera de total libertad para cada individuo, ejercida sobre los bienes que jurídicamente son de su propiedad; de otra parte, debe prever reglas precisas para los intercambios entre los individuos, representadas fundamentalmente por las normas sobre la formación y ejecución de los contratos y sobre la responsabilidad civil por los daños causados a otros*”¹⁰⁷. Esas reglas precisas, a que hace referencia el aparte de Kennedy, fueron establecidas por los jueces. Mas la complejización de las relaciones entre individuos e individuos y Estado ha conducido a un progresivo proceso de regulación y codificación por parte del Estado¹⁰⁸. Concluye Kennedy que: “*El Derecho debe dejar intactos los resultados de este juego de libre intercambio, restringiéndose a establecer las reglas mínimas de dicho juego en los ámbitos que fueron señalados*”. Reglas mínimas que se determinan, en mayor o menor medida, por el vaivén político entre libertad, intervencionismo o regulación estatal; por principio siempre respetando la existencia de unos derechos religiosos, políticos y económicos en cabeza de los individuos¹⁰⁹.

105 Ver Kennedy, *Libertad y restricción en la decisión judicial. El debate con la Teoría crítica*, p. 58-59.

106 Al definir la sociedad, especialmente la estadounidense, Peter Drucker se refiere a la existencia de tres sectores: el privado, el público y el social (entidades sin ánimo de lucro y organizaciones no gubernamentales). De estos tres sectores el Estado debe limitarse a aquello que puede hacer sin que su gestión se torne ineficiente y antieconómica (justicia, defensa, relaciones internacionales, educación); el privado dedicarse a los negocios y el sector debe asumir las funciones de “beneficencia” que los Estados, por consideraciones políticas asumen corriendo el riesgo de hacerse ineficientes y eventualmente totalitarios.

107 Ver Kennedy, *Libertad y restricción en la decisión judicial. El debate con la Teoría crítica*, p. 59.

108 Por ejemplo en los Estados Unidos las legislaturas federal y estatal regulan diversos aspectos como se expone con más detalle en: http://www.cec.org/pubs_info_resources/law_treat_agree/summary_enviro_law/publication/us01.cfm?varlan=espanol

109 Ver Merquior, *Liberalismo Viejo y Nuevo*, p. 32.

4.2.5. La noción de discrecionalidad del derecho público como moderador del principio de legalidad y como fuente de la autonomía de la voluntad que se le otorga a la administración.

Si bien podría pensarse que el principio de legalidad anula todo espacio de interpretación y decisión a los funcionarios y colaboradores de la administración, es claro que para el funcionamiento de una institución sea pública o privada no pueden existir absolutos que obliguen a mantenerse dentro de los parámetros escritos y aceptados, así sean insuficientes para atender una situación específica o simplemente inadecuados.

Así las cosas, la noción de discrecionalidad reposa sobre dos ideas, la primera de ellas es que no existen derechos o postulados absolutos pues esto conduciría a abusos de poder y la segunda la necesidad de evitar que la rigidez de la norma lleve a quien debe aplicarla a la inmovilidad y por ende a la no satisfacción de las funciones del Estado.

Sobre la facultad discrecional como herramienta para evitar la inmovilidad, la Sección Segunda del Consejo de Estado en sentencia del 3 de agosto de 2006 con ponencia del magistrado Alejandro Ordoñez Maldonado dijo:

“Tratándose de la facultad discrecional, reiteradamente se ha dicho que es una potestad jurídica del Estado que permite a la autoridad administrativa en presencia de circunstancias de hecho determinadas, adoptar una u otra decisión; es decir, cuando su conducta o forma de proceder no esté previamente determinada por la ley. En estos eventos, el servidor público es libre para apreciar, valorar, juzgar y escoger la oportunidad y el contenido de su decisión dentro de las varias posibilidades.”

Y, respecto a los límites de la facultad discrecional, en la misma sentencia se afirma que:

“No obstante, el ejercicio de la potestad discrecional no es ilimitado, sino menguado por el principio de la relatividad, que se traduce en que la distribución del poder se construye sobre la contención del mismo, es el sistema de pesos y contrapesos expuesto por Montesquieu, que impide la existencia de potestades absolutas que corrompen absolutamente. La facultad discrecional no implica el fuero de intangibilidad sobre los

actos administrativos, pues ello conllevaría admitir el poder majestuoso y soberbio del Estado en una clara alusión a la administración para satisfacer caprichos individuales. La regla y medida de la discrecionalidad es la razonabilidad, vale decir la discrecionalidad es un poder en el derecho y conforme a derecho, que implica el ejercicio de los atributos de decisión dentro de límites justos y ponderados. El poder jurídico de la competencia para decidir, equivale a la satisfacción del interés general y por ende, a partir de la observación de los elementos fácticos se mueve la adopción de la decisión que mejor convenga a la comunidad. No puede olvidarse que la ley en las oportunidades que autoriza el ejercicio del poder discrecional, exige en todo caso que tal potestad debe desarrollarse en forma adecuada a los fines de la norma que la autoriza y proporcional a los hechos que le sirven de causa. (artículo 36 del C.C.A.).”

De otro lado, la libertad derivada de la discrecionalidad debe provenir de expresa autorización legal, en este sentido y siguiendo lo dicho por la doctrina nacional se pronunció la Sección Primera del Consejo de Estado en sentencia del 18 de noviembre de 1999 con ponencia de la magistrada Olga Inés Navarrete Barrero:

“Entre unas y otras, la doctrina ha precisado que su principal diferenciación radica en que respecto de las facultades regladas presupone la existencia de una indicación de las formas para actuar, que se traduce en lo que el órgano competente debe hacer en cada caso; entretanto, se habla de discrecionalidad, cuando el orden jurídico le otorga cierta libertad a la administración para elegir entre uno y otro curso de acción, para hacer una u otra cosa, o para hacerla de una u otra manera.” (Subrayas fuera de texto)

Lo dicho anteriormente, empata con lo dicho por la Sección Tercera del Consejo de Estado en sentencia del 7 de octubre de 2009 con ponencia de la magistrada Ruth Stella Correa Palacio, que al referirse sobre nulidad del Decreto 1436 de 1998 que trataba sobre la selección de intermediarios de seguros, sobre la autonomía de la voluntad en los contratos estatales dijo:

“La Ley 80 de 1993 -al regular el contenido del contrato estatal- defirió en su artículo 40 a lo previsto por las normas civiles y comerciales, a tiempo que previó que las entidades pueden celebrar los contratos y acuerdos que permitan la autonomía de la

voluntad y que se requieran, por supuesto, para el cumplimiento de los fines del Estado. En consonancia con este canon legal, pueden citarse -entre otros- los artículos 13, 23, 28, 32 y 46 eiusdem.

Estas previsiones legales entrañan el reconocimiento positivo, como ha reconocido una y otra vez la Corte Constitucional, de la prevalencia de la autonomía de la voluntad para la celebración de contratos por las entidades estatales, como principio nuclear de las relaciones negociales del Estado.

Si se recurre al espíritu de la ley 80, para determinar su alcance a partir del elemento histórico (voluntas legislatoris), esto es, de la historia fidedigna de su establecimiento, se tiene que la intención del legislador fue siempre la de reivindicar el citado postulado de la autonomía de la voluntad.

Autonomía de la voluntad que había sido reconocida por la jurisprudencia administrativa, mucho antes de su consagración expresa en la ley 80 como “núcleo esencial del negocio jurídico”, en sus diversas manifestaciones. Importa para el asunto sub lite sólo resaltar la concerniente a la libertad negocial, norma medular del régimen de las obligaciones, según la cual las partes no sólo pueden celebrar todos aquellos negocios jurídicos que emerjan de la autonomía de la voluntad, sino pactar también condiciones negociales particulares, conforme al art. 1602 del CC., ajustando el contrato en cuanto a modo, tiempo y lugar para el cumplimiento de las prestaciones.”

Sobre las limitaciones al postulado de la autonomía de la voluntad, en la misma sentencia se afirma:

“Por manera que como en el derecho común, la Administración también puede pactar con cierta libertad las cláusulas usuales según su naturaleza, siguiendo las reglas del derecho privado, a menos que exista disposición legal en contrario.

En definitiva, no es que la autonomía contractual sea concebida como un poder ilimitado en virtud del cual las partes puedan arbitrariamente definir la totalidad del contenido negocial, sino que este puede ser restringido pero únicamente por el legislador, con arreglo a lo previsto por los artículos 32 y 40 de la ley 80 de 1993.

Lo dicho da base suficiente para subrayar que cuando los incisos 2º y 3º del artículo 6º del decreto 1436 de 1998 establecen, sin fundamento legal alguno, limitaciones

en cuanto al número de intermediarios de seguros que puede tener una entidad estatal, así como restringen el límite temporal de la vinculación del intermediario desbordan con creces el ámbito reducido de la potestad reglamentaria y atentan contra la libertad negocial, como una de las facetas características de la autonomía de la voluntad, que como se indicó tiene su sustento expreso en los artículos 40 y 32 de la ley 80 de 1993, arriba citados.

No debe perderse de vista que la potestad reglamentaria que atañe al Presidente de la República como suprema autoridad administrativa está concebida por el ordenamiento constitucional vigente bajo una concepción eminentemente finalística: “para la cumplida ejecución de las leyes” (art. 189.11 CN).”

De las jurisprudencias citadas se puede decir que la adopción del postulado de la autonomía de la voluntad para los contratos estatales, como una facultad discrecional otorgada por el legislador, más que oponerse al principio de legalidad es una afirmación de este, pues esta prerrogativa proviene de la ley y sólo puede provenir de ella en virtud del principio de reserva de ley.

4.2.6. Propuesta de una noción de autonomía de la voluntad para los contratos estatales

En este punto, y teniendo en cuenta la mención que de la autonomía de la voluntad se hace en el estatuto general de la contratación pública, es necesario establecer, de acuerdo con lo visto en cuanto a la “impureza” de los ordenamientos jurídicos y las distintas visiones de la autonomía de la voluntad en las escuelas del derecho, cuáles han sido las influencias sobre la ley colombiana.

Así, de la concepción romana se destaca la existencia de un postulado de legalidad que implica, para el funcionario, el cumplimiento de una serie de reglas y formalidades, que no obsta para que este, dentro de un marco de discrecionalidad predispuesto y regulado (como en el caso de la contratación estatal lo hacen los artículos 13, 32 y 40 de la Ley 80 de 1993), en aras de cumplir con las funciones y finalidades del Estado, hagan uso de contratos atípicos.

De la noción francesa de la autonomía de la voluntad, recogida por el Código Civil, no obstante su concepción ultra individualista donde el contrato legalmente celebrado es ley para las partes (artículo 1602 C.C.), se le establecen unos límites a la figura,

concibiéndola como un Derecho no absoluto, limitado por la moral y las buenas costumbres. En razón de ello, a la ausencia o insuficiencia de cualquiera de los requisitos de existencia y validez del contrato, se establece como sanción la nulidad, sea esta absoluta o relativa.

Por su parte, la doctrina italiana y la anglosajona suman a los elementos ya mencionados las nociones de función económico-social del contrato y la dicotomía entre individualismo y altruismo que marca el debate ético, político y económico; las cuales incluyen en la noción al Estado como sujeto capaz de suscribir contratos, que adquiere derechos y obligaciones, cuyos actos, si bien económicos, deben estar encaminados a lo social (altruismo para los anglosajones). Ejemplo de esto es el régimen constitucional, donde se limitan derechos como la propiedad (artículo 58 C.P.) o la actividad económica de los particulares (artículo 333 C.P.). La mención que hace el Código de Comercio, en su artículo 830, del abuso del derecho, incluso en el mismo texto, la mención que se hace del negocio jurídico; o, por último, con la creación de la Corte Constitucional, la preponderancia que ha venido adquiriendo la jurisprudencia como fuente de Derecho, más allá de la idea de doctrina probable que la Ley 153 de 1887 confería a tres o más decisiones uniformes de la Corte Suprema.

Es así como una noción contemporánea de autonomía de la voluntad se conforma por la combinación de influencias jurídicas, políticas y económicas, propias de un contexto cada vez más pluralista y, por ende, complejo, donde los límites de su ejercicio no los da solo el ordenamiento jurídico, sino también la ética.

Hecha esta previa reflexión sobre el contexto que influyó en la expedición de la Ley 80 de 1993, los caracteres del contrato estatal y los diferentes elementos que conforman la noción de autonomía de la voluntad en el Derecho colombiano, se pasa a exponer la teoría de los contratos típicos y atípicos y las relaciones que este tiene con las tipologías contractuales a utilizarse por parte del Estado.

5. Los contratos típicos o nominados y la tipicidad social

5.1. Concepto de contrato típico

Una primera claridad que vale la pena hacer, antes de acometer el estudio de los contratos típicos, es que, en un principio, lo que imperaba en el tráfico jurídico era la consensualidad; así, originariamente, todas las formas contractuales eran atípicas. En una segunda etapa, estas relaciones consensuales de carácter contractual se uniforman, siendo reconocidas y aceptadas por una comunidad entera y configurándose lo que se conoce como tipicidad social. Luego, la tipicidad legal surge cuando se requiere de un tercero, el Estado, que actúe como árbitro y garante de la coercitividad del acuerdo, primero por vía del arbitrio judicial y luego a través de su elevación a norma jurídica positiva. En este orden de ideas, la ley reconoce una relación jurídica de origen consensual, pero no crea el contrato que tipifica¹¹⁰.

Así las cosas, se requiere que los agentes en el tráfico jurídico partan de una aceptación tácita de los acuerdos que conciben, ejecutando el objeto y las prestaciones prometidas. Como dice el tratadista argentino Ricardo Luis Lorenzetti: “(...) *la evolución jurídica permitió percibir que no solo la ley es fuente de Derecho, sino también la costumbre. De allí que pueda señalarse que hay una tipicidad legal, referida a contratos disciplinados en la ley, y otra social que contempla normas jurídicas que regulan contratos con fuente en la costumbre*”.

Más adelante, para contrastar la idea de tipicidad legal con la de la tipicidad social, el mismo Lorenzetti define contrato típico como:

Un negocio jurídico bilateral es calificado como típico cuando es un supuesto de hecho que encuadra perfectamente en la descripción legal o social, sin apartarse en

¹¹⁰ Ver Arrubla Paucar, *Contratos Mercantiles, Tomo III, Contratos Atípicos*, p. 23.

*las finalidades. El apartamiento del tipo se configura cuando las disposiciones del contrato se apartan de la finalidad económico-social del mismo*¹¹¹.

De esta definición se puede destacar la mención que hace el autor, siguiendo a la doctrina italiana, de la finalidad económico-social del contrato, sea este derivado de la ley o de la costumbre.

Un contrato típico es aquel cuyas cláusulas esenciales se encuentran establecidas plenamente por la ley, dejando muy poco espacio a los contratantes para la autorregulación de sus intereses. Por su parte, López de Zavalía lo define de la siguiente manera:

*Un contrato es nominado (típico) cuando la totalidad de sus cláusulas esenciales se adecua a un tipo legal, sin que tenga importancia el nombre dado por las partes (Art. 1326)¹¹². El contrato nominado se rige por las reglas del tipo sometido por ende al Derecho imperativo que a éste corresponde, y llenándose sus lagunas por el Derecho supletorio estatuido en el tipo. Si un problema determinado no puede ser resuelto atendiendo a dichas normas, se acude a las reglas generales de los contratos, y solo a falta de ellas se buscan las del tipo análogo”*¹¹³.

Esta definición, que hace sinónimas las nociones de contrato típico y contrato nominado, resulta satisfactoria en la medida en que, por el hecho de la existencia de unos elementos esenciales, de la naturaleza y accidentales, define sus reglas de interpretación y, de otro lado, se refiere a la existencia de un Derecho imperativo que no puede ser desconocido por las partes contratantes al momento de llenar los vacíos que pueda tener la norma.

No obstante lo dicho por Zavalía, se hace necesario aclarar que, en muchos casos, como se verá más adelante, el hecho de que un contrato sea nominado no lo hace típico, amén de la insuficiencia de definiciones legales más allá de la enunciación de un objeto

¹¹¹ Ver Lorenzetti, *Contratos: Parte Especial*, p. 21.

¹¹² En este punto el autor citador hace referencia al Art. 1326 del Código Civil argentino que dice: “El contrato no será juzgado como de compra y venta, aunque las partes así lo estipulen, si para ser tal le faltase algún requisito esencial (precio y cosa vendida)”.

¹¹³ Ver López de Zavalía, *Teoría General de los Contratos*, p. 97.

principal. Así, por ejemplo, si bien en el artículo 32 de la Ley 80 de 1993 se hace referencia a la gerencia de obra o de proyectos, no se encuentra que esta ley o alguna otra determinen el alcance del contrato y sus prestaciones. En otras palabras, referirse a un contrato nominado no es necesariamente referirse a un contrato típico. Otro ejemplo de esta afirmación es cómo la Ley tributaria grava relaciones contractuales antes de que el legislador las regule, como ha sucedido con los contratos de leasing o factoring.

5.2. Ejemplos de elementos regulados por el legislador en el contrato típico

Como ilustración del concepto de tipicidad legal, y con el objetivo de demostrar que las nociones de contrato típico y nominado no pueden ser consideradas sinónimas, y, antes de definir y delimitar la noción de contrato atípico, se pasará a hacer una somera relación de los elementos regulados por el legislador colombiano en los distintos textos legales.

5.2.1. Código Civil

Objeto-definición; capacidad, obligaciones de las partes; saneamiento; pactos; reglas sobre iniciación y terminación del contrato; efectos del contrato; consideraciones atinentes a la responsabilidad en cuanto al objeto y las partes del contrato.

5.2.2. Código de Comercio

Precio del bien o servicio, su determinación, pago y consecuencias del impago (compraventa, suministro, transporte, seguros, depósito); obligaciones de las partes; determinación de las partes y sus calidades; prohibiciones (depósito, fiducia); extinción o terminación de la relación contractual (mandato); gastos, p. ej., agencia comercial; asunción de riesgos; responsabilidad; indemnizaciones (contratos de seguro).

5.2.3. Los contratos de la Ley 80 de 1993

Además de regular lo atinente a los destinatarios de la Ley, la aplicación de cláusulas exorbitantes, los mecanismos de selección del contratista, garantías, causales de nulidad y responsabilidad, entre otras, respecto a los contratos específicos contenidos en esta ley se encuentra:

Contrato de Obra: objeto, referencia a que recae sobre bienes inmuebles (puros, por adhesión y por destinación), reglas en cuanto a la selección del interventor.

Contrato de Consultoría: objeto, la exigencia de que los actos de interventoría se hagan por escrito y enmarcados dentro del respectivo contrato.

Contrato de Prestación de Servicios: además de su objeto, se establece que estos contratos deben ser celebrados con personas naturales solo cuando no exista en la planta de personal de la entidad persona que pueda ejecutar la función; asimismo hace referencia a que este no genera relación laboral y debe ser celebrado solamente por el término de tiempo indispensable.

En cuanto a los contratos de obra, consultoría y prestación de servicios, vale la pena anotar que la Ley 80 de 1993 se limita a establecer unos caracteres muy particulares de los mismos, entendiendo que las reglas generales para los contratos de ejecución de obra, de obra inmaterial y arrendamiento de servicios se encuentran en el Código Civil.

Contrato de Concesión: objeto, establecimiento de riesgos y remuneración.

Encargos Fiduciarios y Fiducia Pública: objeto, uso de los recursos entregados, reglas de selección, régimen jurídico y control.

5.2.4. Contrato de Factoring: (Ley 1231 de 2008)

Definición de lo que es la factura, requisitos, reglas relativas a su aceptación, su pago por cuotas y su circulación.

5.2.5. Código Sustantivo de Trabajo

Definición del contrato de trabajo, elementos esenciales, normas relativas a la presunción de la relación laboral, reglas relativas a la capacidad de los contratantes, modalidades del contrato (forma, contenido, duración, revisión, suspensión y prueba), obligaciones de las partes, prohibiciones, formas de terminación, remuneración, jornada de trabajo, descansos y vacaciones, prestaciones (prima de servicios, cesantías, dotación, entre otras).

5.2.6. Ley de Servicios Públicos Domiciliarios (Ley 142 de 1994)

En aras de garantizar la efectiva prestación de los servicios públicos domiciliarios y entendiendo que el usuario es la parte débil de este tipo de relación contractual, se establece un régimen legal que puede esquematizarse de la siguiente manera: principios generales de la ley, definiciones para su interpretación y aplicación, régimen jurídico de las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios, régimen de los actos y contratos celebrados en virtud de la ley, principios de interpretación, régimen de Derecho privado y reglas contractuales especiales.

5.2.7. Contratos de telecomunicaciones:

Cabe mencionar el caso de los contratos de telefonía móvil celular donde, si bien no existe una Ley específica que los regula en su integridad, su tipicidad deriva de una serie de normas legales de distintos niveles (leyes, decretos, resoluciones y conceptos) que los regulan de tal manera, sobre todo en materia de defensa de los derechos del consumidor, como por ejemplo la Ley 1245 de 2008, que permite la portabilidad numérica de los usuarios, y la Resolución 3066 de 2011, expedida por la Comisión de Regulación de Comunicaciones, que establece el régimen de protección de los usuarios de los servicios de comunicaciones; reglas estas que determinan el contenido de los contratos tipo que los operadores de comunicaciones imponen a sus clientes.

De la revisión de las normas legales se puede concluir que, para considerar un contrato como típico, no basta con que esté enunciado en una norma jurídica (nominado), sino que también es necesario que el legislador se haya ocupado de regular otros aspectos además de su objeto, tales como las obligaciones de las partes, su régimen de responsabilidad o algunas prohibiciones específicas. De manera que, pese la mención legal que se haga de muchos contratos, se considera que muchos de ellos, por ausencia de regulaciones más específicas, pueden catalogarse como atípicos. Ejemplo de esto es la categoría de contrato de gerencia de proyectos, incluida dentro de los contratos de consultoría en el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, o la autorización de celebrar contratos para el cumplimiento de planes y programas estatales que se derivan de los planes de desarrollo u otras leyes, cuando se encarga a particulares de su ejecución.

5.3. La tipicidad social

Para introducir la noción de tipicidad social, vale la pena traer a colación la distinción que hace el tratadista colombiano Arrubla Paucar entre el tipo y la tipicidad, para quien la tipicidad es jurídica, es decir, requiere de la intervención del legislador en su configuración, mientras que el tipo contractual puede ser social. En otras palabras, el tipo es

el género, el continente, mientras que la tipicidad es una especie del mismo¹¹⁴. También cabe anotar que el tipo contractual existe, aunque no esté regulado expresamente en la ley; a diferencia del tipo penal que, para existir, requiere de la plena adecuación de la conducta al texto legal que la describe¹¹⁵.

Para el tratadista italiano Emilio Betti, el contrato debe tener una función de cooperación tutelada por el Derecho, pues se encamina, siempre y cuando tenga un objeto lícito, a la satisfacción de los intereses de los contratantes y de la sociedad misma¹¹⁶.

Con base en la función de cooperación inherente a los contratos lícitos con tipicidad social y la tutela legal de que gozan, Betti niega la existencia de contratos atípicos, por considerar que la expresión es sinónima de algo que está por fuera del Derecho¹¹⁷. Respecto a la distinción entre negocios nominados e innominados, tampoco la reconoce en la medida que la legislación puede, en cualquier momento, regular el negocio que gozaba de una tipicidad social.

La doctrina argentina ha seguido las ideas de Betti en cuanto a la tipicidad social, ligándola al concepto de costumbre, además de la función económico-social. Martorell, respecto a la tipicidad social y la costumbre afirma: *“En lo personal, juzgo acertada la posición de Etcheverry, adhiriéndome a ella, en el sentido de que la tipicidad puede provenir no solo de la ley, sino también del uso y costumbre reiterado, de reconocido peso y poder genético en la práctica comercial”*¹¹⁸.

En el Derecho colombiano, la costumbre mercantil, como figura definitoria de lo que es la tipicidad social, es definida por la Cámara de Comercio de Bogotá así: *“(…) el conjunto de prácticas que se repiten y aplican reiteradamente por una colectividad de personas frente a un hecho o tema determinado, que adquiere notoriedad por el hecho mismo de ser una norma creada para usos sociales, siempre que estas no sean contrarias a la ley y se ejecuten de manera reiterada, pública y uniforme”*¹¹⁹. De igual manera, la

114 Ver Arrubla Paucar, *Contratos Mercantiles, Tomo III, Contratos Atípicos*, p. 26.

115 Ver Arrubla Paucar, *Contratos Mercantiles, Tomo III, Contratos Atípicos*, p. 28.

116 Ver Betti, *Teoría General de las Obligaciones*, p. 68.

117 Ver Betti, *Teoría General de las Obligaciones*, p. 68.

118 Ver Martorell, *Tratado de los contratos de empresa*, p. 175.

119 (<http://camara.ccb.org.co/contenido/contenido.aspx?conID=293&catID=73> fecha de consulta 29 de septiembre de 2012)

autoridad de la costumbre, su lugar frente a las estipulaciones contractuales válidas (se prefieren las segundas), su aplicación y la prueba de la costumbre nacional e internacional, se encuentran reguladas por el Derecho colombiano en los artículos 3° a 9° del Código de Comercio.

Siguiendo lo dicho por García de Enterría y Fernández, es dable concluir que en el derecho público también se puede hablar de tipicidad social respecto de aquellos contratos que se crean por vía de su uso reiterado por parte de la administración y donde “(...) *La administración suele utilizar los márgenes de libertad dispositiva que permite la regulación civil para introducir esos pliegos a cuya adhesión fuerza el sistema de selección de contratistas*”¹²⁰

Luego, con el paso del tiempo y la intervención del legislador, el tipo legal se deriva del tipo social.

6. Los contratos innominados o atípicos

6.1. Definición

La clasificación de contratos innominados depende del Derecho romano, donde lo que importaba era la existencia del contrato en el Derecho, prescindiendo de una ley específica, un régimen legal que determine no solo el objeto del contrato, el cual puede estar incluido en el *nomen*, sino el alcance del objeto, la responsabilidad de las partes, entre otras cuestiones, por lo que pueden existir contratos nominados típicos como lo es el contrato de obra, o contratos nominados atípicos como lo puede ser el contrato de gerencia de proyectos.

Mientras que, por otro lado, la categoría de típico o atípico exige que el contrato tenga régimen concreto y detallado por la Ley¹²¹.

Sobre el particular, en tratándose de los contratos administrativos, el tratadista argentino Juan Carlos Cassagne ha dicho:

¹²⁰ ver García Enterría; Fernández, *Curso de Derecho Administrativo*, p.695

¹²¹ Ver Montoro Puerto, *Contratos administrativos atípicos*, p. 26.

En cambio, cuando se carece de una disciplina normativa para regular el contrato, este será atípico, por más que tuviera asignada una nominación jurídica por la ley, la doctrina o la jurisprudencia (por ej., contrato de concesión de uso de bien dominical), lo que admite una mayor posibilidad de acudir a la analogía para resolver las situaciones no previstas en el contrato. Tanto la tipicidad como la atipicidad del contrato administrativo pueden darse en forma total o parcial, conectándose la trascendencia de esta calificación con la manera en que se introduce la analogía para resolver la situación no prevista contractualmente”¹²².

En este orden de ideas, contratos atípicos son todos aquellos que no tienen un régimen jurídico definido por la legislación. Son negocios jurídicos que se componen de elementos de la esencia y la naturaleza de contratos típicos, pero que en el tráfico jurídico no satisfacen del todo las necesidades de los sujetos. Su existencia se debe, en nuestro Derecho, en gran parte al principio de la autonomía de la voluntad, propia del Derecho civil francés, fuente primaria de nuestra legislación civil.

Por su parte, el autor colombiano González Ramírez afirma que: *“Son ‘innominados’ o ‘atípicos’ aquellos contratos que por tener elementos variados no responden a un tipo contractual determinado, es decir, carecen de individualización legal, debiéndose por consiguiente, regir por las normas generales de los contratos”¹²³.*

Al explicar los contratos atípicos, Solarte Maya hace referencia al artículo 1501 del Código Civil Colombiano, que habla sobre los elementos esenciales, naturales y accidentales de los contratos, diciendo que son contratos atípicos *“aquellos que se derivan del principio de la autonomía de la voluntad, en virtud de la cual, a las partes les corresponde pactar todo aquello que no se encuentre prohibido por la ley”¹²⁴.*

¹²² Ver Cassagne, *El contrato administrativo*, p. 28.

¹²³ Ver González Ramírez, *Introducción al Derecho*, p. 297.

¹²⁴ Ver Solarte Maya, *Contratos Estatales Atípicos*, p. 81.

6.2. Reglas de interpretación comunes a los contratos típicos y atípicos

Respecto a la interpretación del contrato atípico, se presentan los siguientes problemas:

En primer lugar, cabe hacerse la siguiente pregunta: ¿el ordenamiento jurídico acepta la existencia de contratos atípicos? Sí: son aceptados en la medida que no contraríen el orden público y las buenas costumbres y llenen los requisitos de validez y existencia requeridos por todo negocio jurídico. En caso de que alguna de las cláusulas sea inválida, el hecho de que el negocio sea atípico no implica su nulidad absoluta. El juez habrá de respetar la voluntad de las partes en todo aquello que sea válido y eficaz¹²⁵.

En segundo lugar: ¿cuáles son los parámetros aplicables para la interpretación del contrato atípico? Rengifo García, siguiendo la doctrina mayoritaria, establece que, remitiéndose al contenido concreto de cada negocio, son:

Teoría de la absorción: debe determinarse cuál es la prestación o elemento preponderante y aplicarle las normas del contrato típico a que pertenezca dicha prestación.

Teoría de la combinación: combinar los elementos de todos los contratos típicos que en el negocio atípico confluyen.

Analogía: buscar el negocio típico más afín.

El juez debe analizar el contenido del contrato haciendo uso de las normas de interpretación del Código Civil, buscando cuál es la verdadera voluntad de las partes¹²⁶.

Por su parte, Ospina Fernández propone el siguiente orden de regulación de los contratos atípicos:

¹²⁵ Ver Rengifo García, *Interpretación del contrato atípico a la luz de la jurisprudencia colombiana*, p. 47 y ss.

¹²⁶ Ver Rengifo García, *Interpretación del contrato atípico a la luz de la jurisprudencia colombiana*, p. 47 y ss.

1. Las normas legales imperativas, inderogables por tratarse de reglas de orden público.
2. Las estipulaciones libremente convenidas por las partes dentro de los límites establecidos por la misma ley.
3. Las reglas legales propias del contrato, normas de carácter supletivo a la voluntad de las partes.
4. Las reglas generales de los actos jurídicos y los contratos¹²⁷.

La propuesta de Ospina Fernández, en sus primeros dos puntos, se asimila al objeto y la causa lícita, pues no puede haber un contrato válido que vaya en contra de las normas de Derecho sancionatorio, la propiedad material o inmaterial de terceros o que se celebre en fraude a terceros; y, en sus dos últimos puntos, reconoce la capacidad que tiene la ley de cubrir los vacíos de la manifestación de la voluntad de los contratantes. Así las cosas, para este autor puede haber contrato atípico dentro del marco de la misma ley y todo lo que este fuera de ella o se considerará nulo o generará responsabilidad de todo tipo para los contratantes, esquema que se puede entender como de atipicidad restringida a las reglas que dicte la ley para la formación y la validez de los contratos.

6.3. Clasificación de los contratos atípicos

Una primera clasificación de los contratos atípicos, en cuanto a su régimen jurídico, la hacen Garrido y Zago, quienes se refieren a las figuras de contrato atípico puro y contrato atípico mixto, entendiendo el primero como aquel “*que se refunde con el más amplio de las lagunas de la ley y la jurisprudencia como fuente del derecho*”¹²⁸ y que queda sujeto a la normativa que dispongan las partes, siempre y cuando confluyan los requisitos de existencia y validez de los contratos y se respete el orden público y las buenas costumbres.

127 Ver Ospina Fernández, *Teoría General del contrato y del negocio jurídico*, p. 51.

128 Ver Garrido Roque Fortunato y Zago, *Contratos Civiles y Comerciales*, p. 110.

Por otro lado, se encuentra también al contrato atípico mixto como aquel que mezcla características de varios contratos típicos¹²⁹.

Joaquín Garrigues, habla solamente del contrato atípico puro, donde *“el principio de la autonomía privada permite a los interesados prescindir en lo absoluto de los moldes legales, o modificarlos, o crear nuevas figuras contractuales”*¹³⁰. Para el autor, el contrato mixto es una categoría del contrato típico.

Por su parte, López de Zavalía habla de contratos innominados y atípicos como si fueran el mismo. Explica que:

1. El contrato nominado se rige por las reglas del tipo contractual, o sea, que está sometido a Derecho imperativo, llenándose las lagunas con las normas supletorias para él establecido o con las reglas de los tipos análogos.
2. Frente al contrato atípico se aplica el mismo procedimiento. Lo que sucede es que no existe un contrato análogo, por lo que se debe acudir a los principios generales de los contratos.

Para Lorenzetti¹³¹, en cuanto a su régimen legal, los contratos atípicos se clasifican como:

1. **Atípicos puros:** aquellos donde las partes no acuden a ningún contrato típico. En principio, el problema sería su admisibilidad por parte de la comunidad y, finalmente, por parte del legislador; y así: *“Una vez admitido se aplican los preceptos elaborados por las partes... Se procederá a calificarlo como discrecional o de consumo, y se le aplicarán las normas referidas al abuso del derecho, buena fe, orden público”*.

129 Ver Garrido Roque Fortunato y Zago, *Contratos Civiles y Comerciales*, p. 111

130 Ver Garrigues, *Curso de Derecho Mercantil*, p. 33-34.

131 Ver Lorenzetti, *Contratos: Parte Especial*, p. 21-23.

2. **Atípicos mixtos:** aquellos que se derivan de la mezcla de elementos de varios tipos contractuales. Esta categoría, a su vez, comprende dos subcategorías:

A) Prestaciones principales y accesorias, pertenecientes a distintos tipos: existe un contrato cuya prestación principal se superpone a las prestaciones derivadas de otros contratos típicos. Al momento de la interpretación o la resolución de un caso, no obstante la prestación principal, las prestaciones accesorias deben observarse para establecer la voluntad de las partes, máxime si la obligación incumplida proviene de las segundas. En este caso se aplicaría la teoría de la absorción.

B) Prestaciones principales, pertenecientes a distintos tipos: en este caso se conjugan prestaciones principales de distintos contratos, sin que ninguna sea preponderante. Para su interpretación, además de los principios generales de las obligaciones y contratos, se aplicaría la teoría de la combinación.

3. **Atipicidad parcial:** la doctrina revisada no consagra esta categoría como tal. El contrato es nominado, pero se reputa atípico, puesto que la ley no determina su objeto y prestaciones. Sin embargo, mediante regulación y/o autorregulación (como, por ejemplo, los códigos de ética en la publicidad o la existencia de un autorregulador del mercado de valores). existen elementos del mismo que están reglados.

4. **Existencia de varios contratos:** en este caso coexisten varios contratos y varias finalidades, a diferencia del contrato atípico mixto donde varias prestaciones, pertenecientes a distintos tipos, conforman una sola finalidad.

6.4. Teorías o circunstancias que limitan o niegan la autonomía de la voluntad contractual

No obstante, para efectos de este estudio, se parte del hecho de admitir la existencia de los contratos atípicos, entendidos como todos aquellos que no están regulados en la ley de una manera comprensiva. En mérito de la discusión, a continuación se hará referencia a una serie de factores legales, doctrinarios y prácticos que, además del principio de legalidad, propio del Derecho público, y la existencia de cláusulas exorbitantes como uno de los elementos diferenciadores del contrato estatal, pueden llevar a pensar que la atipicidad contractual es inexistente o limitada, de tal manera que no pasa de ser una categoría doctrinaria sin uso en el tráfico jurídico.

6.4.1. Teoría de la tipicidad de primero y segundo orden que niega la atipicidad

Frente a la existencia de los contratos atípicos, Arrubla Paucar propone una clasificación que excluiría su existencia, favoreciendo la tipicidad basada en las reglas generales de los contratos contenidos en el Código Civil y el Código de Comercio y las reglas específicas de cada contrato derivadas del tipo legal o la costumbre, siempre que esta se ajuste a derecho. De esta manera, Arrubla Paucar hace referencia a:

Tipicidad de primer orden: el contrato en sí mismo, como fuente de obligaciones, definidos en los artículos 864 del CCo y 1494 del CC en su definición y los artículos 822 del CCo y 1502 del CC en sus elementos de existencia y validez.

Tipicidad de segundo orden: hace referencia a los contratos particulares y la regulación de sus elementos esenciales que son, de acuerdo con el artículo 1501, *“aquellas cosas sin las cuales, o no produce efecto alguno, o degeneran en otro contrato diferente”*.

Así no existan tipos específicos en la ley, el concepto de tipicidad de primer grado permite que se reconozca y dé validez jurídica a un contrato con tipicidad social u ocasional. De esta manera, como dice el autor:

El tipo contractual de primer orden cumplirá, en estos casos, una tarea como principio de regulación de la actuación carente de tipicidad¹³².

En otras palabras y en términos prácticos, al hablar de la TIPICIDAD EN PRIMER GRADO se hace referencia a las reglas de validez y eficacia del CONTRATO EN GENERAL y, por su parte, la TIPICIDAD EN SEGUNDO GRADO habla ya del régimen LEGAL del contrato¹³³.

No obstante las ideas de tipicidad de primero y segundo orden, Arrubla Paucar hace la salvedad de que no existe un contrato absolutamente típico, el legislador no tiene esa capacidad, razón por la cual existe la categoría de los elementos accidentales y se propone la clasificación de atipicidad parcial. En los aspectos no regulados, el régimen debe ser el que la doctrina atribuye al contrato atípico; es decir, atenerse a lo dispuesto por las partes, siempre y cuando no vaya en contra de la moral y las buenas costumbres, hablándose así de seudoatipicidad¹³⁴.

Reafirmando la idea de seudoatipicidad, continúa Arrubla Paucar:

Observadas de la anterior manera, todas estas categorías contractuales serían típicas, entendiendo la tipicidad como un método de organización. Un factor constante opera entre ellas, que es la tipicidad de Primer orden, o del contrato en general; todos los principios que regulan formación de los actos y contratos, sus efectos, interpretación, modo de extinguirse, resolverse, invalidarse, se aplican de igual forma a las tres clases advertidas¹³⁵.

¹³² Ver Arrubla Paucar, *Contratos Mercantiles, Tomo III, Contratos Atípicos*, p. 29.

¹³³ Ver Arrubla Paucar, *Contratos Mercantiles, Tomo III, Contratos Atípicos*, p. 30.

¹³⁴ Ver Arrubla Paucar, *Contratos Mercantiles, Tomo III, Contratos Atípicos*, p. 30.

¹³⁵ Ver Arrubla Paucar, *Contratos Mercantiles, Tomo III, Contratos Atípicos*, p. 31.

Y, teniendo en cuenta la existencia de la tipicidad de primer grado, que reconoce como principio la autonomía de la voluntad, siempre que su ejercicio no sea *contra legem*, el autor citado niega la atipicidad con las siguientes palabras:

Cabe ahora preguntamos ¿cuál es el campo que queda para los contratos atípicos? Si la atipicidad se entiende como un especial modo de organizar la regulación de los contratos, la atipicidad sería lo contrario, la carencia de un modo de organizar la regulación de los contratos. Entendiendo así los contratos atípicos, habrá que concluir que no los hay, pues las clases a las cuales nos hemos referido tienen regulación de primer orden y la propia para un segundo grado¹³⁶.

Pese a la idea de tipicidad de primer y segundo grado como excluyente de la categoría del contrato atípico, Arrubla Paucar concluye que, en la medida en que la atipicidad se entienda desde la consagración legal del contrato, es válida y útil:

Sin embargo, la doctrina contractual se viene refiriendo a los contratos atípicos para distinguirlos de aquellos que no hayan sido reconocidos por la norma legal, es decir, la clasificación de un contrato como atípico obedece simplemente a la circunstancia de haber sido acogido o no por la ley como un tipo. No atiende a los demás factores de normación que existen: Ya nos referíamos anteriormente al caso de la costumbre que indica claramente la normación de un contrato; sin embargo se le sigue considerando atípico¹³⁷.

Concluye Arrubla Paucar que, desde el punto de vista de la tipicidad de primer orden, todas las categorías contractuales posibles serían típicas, pues en este se encuentra el régimen general, aplicable a todo contrato; y, en el segundo orden, los tipos legales y sociales, cuya descripción y regulación (objeto y prestaciones) se encuentra en la norma, ya

136 Ver Arrubla Paucar, *Contratos Mercantiles, Tomo III, Contratos Atípicos*, p. 32.

137 Ver Arrubla Paucar, *Contratos Mercantiles, Tomo III, Contratos Atípicos*, p. 32.

sea la ley o la costumbre¹³⁸. Conclusión que se deriva del hecho de que la norma positiva no es la única fuente de Derecho y que, para poder hablar de contrato atípico, se requiere que en un ordenamiento jurídico no exista ley o costumbre nacional o internacional aplicable, situación que, en la práctica, si bien no excluye la atipicidad, la limita en grado sumo.

6.4.2. La regulación estatal y el régimen de protección al consumidor

Como circunstancia que restringe la posibilidad de crear contratos atípicos, se tiene la regulación estatal dentro de relaciones contractuales donde, por existir una parte más débil, se presenta una asimetría que hace que el Estado intervenga para limitar la autonomía de la voluntad.

Así, la regulación estatal y el régimen de protección al consumidor están ligados a la figura del contrato por adhesión, el cual, pese a ser considerado por doctrinantes como Narváez García¹³⁹ y Lorenzetti dentro de la categoría de contratos atípicos, no lo es, pues la misma intervención estatal en su configuración y aplicación, al darse no solo expidiendo normas restrictivas sino también creando un entramado institucional para llevarla a cabo¹⁴⁰, lo excluye. Ejemplo de este son los contratos celebrados por las entidades bancarias o las empresas de telecomunicaciones con sus clientes.

El contrato por adhesión es uno de los más utilizados en el mundo, teniendo en cuenta que su objeto se desarrolla en actividades de uso masivo, como los servicios públicos, servicios bancarios, telefonía celular, por citar tan solo tres entre muchos otros. Por tal razón, se genera la necesidad del uso de contratos “estándar”, ante la imposibilidad fáctica de discutir las cláusulas que lo componen; lo que implica que tanto la legislación

¹³⁸ Ver Arrubla Paucar, *Contratos Mercantiles, Tomo III, Contratos Atípicos*, p. 33-34.

¹³⁹ Ver Narváez García, *Derecho Mercantil Colombiano, Tomo V, Obligaciones y Contratos Mercantiles*, p. 97.

¹⁴⁰ Así las cosas, dentro de la organización administrativa colombiana se encuentra la figura de las Superintendencias, cuya función primordial es ejercer la inspección y vigilancia de ciertas actividades como la financiera, industria y comercio, servicios públicos, puertos y transporte entre otras. (Art. 66 Ley 489 de 1998)

como la jurisprudencia se preocupen, ante todo, por la defensa del consumidor (la parte débil de la relación contractual), rechazando las cláusulas abusivas.

El doctrinante colombiano Pedro Lafont Pianetta transcribe la definición de Carlos Gustavo Vallestinos, definiéndolo como aquel *“en el cual el contenido contractual ha sido determinado con prelación, por uno solo de los contratantes al que se deberá adherir el contratante que desee formalizar una relación jurídica obligatoria”*¹⁴¹.

El argentino Ricardo Luis Lorenzetti, siguiendo a Mosset Iturraspe, señala que: *“El contrato se celebra por adhesión cuando la redacción de sus cláusulas corresponde a una sola de las partes, mientras que la otra se limita a aceptarlas o rechazarlas, sin poder modificarlas”*¹⁴².

Para Rodríguez Azuero, el contrato por adhesión, en el campo bancario, *“corresponde a formas organizadas y en serie que resultan de la existencia de condiciones generales establecidas por la entidad bancaria, de acuerdo con lo previsto por la ley o al impulso de su propia iniciativa”*¹⁴³.

La intervención estatal, que se realiza para morigerar la asimetría propia de los contratos de adhesión, implica una limitación expresa de la autonomía de la voluntad, pues el regulador puede establecer el contenido de ciertas cláusulas, incluso aquellas referentes al objeto y las prestaciones. Ejemplo de esto es que, si bien la doctrina considera que el contrato de prestación de servicios publicitarios es un contrato atípico, normas como la Ley 140 de 1994, que limita la publicidad exterior visual en materia relativa a su ubicación o sus condiciones (artículos 3° y 4°) o la Ley 1335 de 2009, que restringe la publicidad de tabaco y bebidas alcohólicas, se constituyen en normas que, aunque no contienen una reglamentación comprensiva de la publicidad, sí establecen limitaciones a los contratantes.

6.4.3. Las reglas de contratación estatal, en especial el régimen de garantías

¹⁴¹Ver Lafont Pianetta, *Manual de Contratos*, p. 224.

¹⁴² Ver Lorenzetti, *Contratos: Parte Especial*, p. 69.

¹⁴³ Ver Rodríguez Azuero, *Contratos Bancarios, Su significación en América Latina*, p. 187.

En la práctica administrativa se encuentra que, en cumplimiento de los numerales del Artículo 4° de la Ley 80 de 1993, que se refieren a la consecución de los fines estatales y las garantías que deben constituirse, la cuestión de la contratación atípica conduce a un obstáculo legal para su implementación. Las garantías de la contratación estatal limitan el uso de figuras contractuales atípicas, puesto que los seguros son productos que, antes de lanzarse al mercado, son objeto de un cuidadoso diseño por parte de las aseguradoras y de un control previo por parte de los entes reguladores.

Lo anterior conduce a que las entidades, para lograr la asegurabilidad de sus procesos contractuales, deban ajustar la denominación de los mismos a las grandes categorías de productos ofrecidas por las aseguradoras. De esta manera, en la práctica, ante la ausencia de una figura contractual típica, las entidades deben ajustar el objeto contractual a la macrocategoría del contrato de prestación de servicios, a pesar de que se incluyan prestaciones propias de otros tipos como, por ejemplo, el suministro de materiales o la transferencia del dominio de una cosa.

Sin embargo, teniendo en cuenta las reglas de interpretación del Código Civil y del contrato atípico (teorías de la absorción y la combinación), así como el catálogo de riesgos amparables, establecido en los artículos 114 y ss. del Decreto 1510 de 2013¹⁴⁴, un juicioso diseño contractual puede aproximarse a la garantía más adecuada para el contrato estatal celebrado, siempre encontrándose con la dificultad de la mezcla de prestaciones.

6.4.4. El alcance de la tipicidad contractual en el Derecho colombiano mismo

Como ya se había afirmado en un apartado anterior, antes de los contratos típicos hoy conocidos, el punto de partida de las relaciones jurídicas es el de la atipicidad pura; en la medida que se reconoce a un tercero, el Estado, la capacidad de crear Derecho y hacerlo coercible. Los sistemas jurídicos inician una etapa de desarrollo donde, a través de la construcción de unos principios generales aplicables a todo contrato, el reconocimiento de

¹⁴⁴ El mencionado artículo se refiere entre otras a la garantía de seriedad de la oferta, el buen manejo y correcta inversión del anticipo, cumplimiento de las obligaciones del contrato, el pago de salarios y prestaciones sociales, estabilidad y calidad de la obra, calidad y correcto funcionamiento de los bienes y equipos suministrados y calidad del servicio.

la costumbre como fuente de Derecho y la progresiva regulación de los contratos por vía de ley, normas jurídicas de menor jerarquía y la jurisprudencia la tipicidad se va convirtiendo en regla.

No obstante, sobre este punto vale la pena aclarar que la tipicidad misma, más que una limitación, es un referente para determinar si la relación jurídica que se pretende construir corresponde a una atípica pura o si, por el contrario, se involucran elementos de contratos típicos existentes que conforman un contrato atípico mixto.

Por otro lado, vale la pena mencionar que, en el camino que recorre la relación contractual, originariamente atípica para tornarse en típica, prima “cierta confusión” respecto de lo que es típico y atípico. Como ejemplo de esta afirmación, y antes de determinar los contratos típicos que se encuentran en los Códigos y Estatutos Nacionales, a continuación se presenta una tabla de los contratos que tres obras de la doctrina colombiana consideran atípicos y si realmente, haciendo una revisión más profunda de la legislación, lo son:

Pedro Lafont Pianetta. <i>Manual de Contratos</i> ¹⁴⁵	Jaime Arrubla Paucar. <i>Contratos Mercantiles, Tomo III Contratos Atípicos</i> ¹⁴⁶	Cámara de Comercio de Bogotá. <i>Contratos atípicos contemporáneos</i> ¹⁴⁷
Negocios y contratos de administración y gerencia (Tal como los expone Lafont Pianetta se asimilan a los Contratos que en desarrollo de lo dispuesto en el segundo inciso del artículo 355 de la Constitución Política celebren la Nación, los Departamentos, Distritos y Municipios con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad, con el propósito de impulsar programas y actividades de interés público) (Art. 355 Constitución y Decreto 777 de 1992).	Contratos de adhesión (Art. 37 Ley 1480 de 2011)	Franquicia
Contrato de publicidad (La Ley 140 de 1994 establece límites para la publicidad visual y el Artículo 10 de la Ley 1474 de 2011 establece reglas presupuestales para la contratación de publicidad por parte de las entidades públicas)	Contrato de leasing (Decreto 2555 de 2010)	Contratación por medios electrónicos (De la contratación por medios electrónicos Art. 21 Decreto 2170 de 2002; para contratación estatal, Decreto 1510 de 2013 y los manuales que de él se derivan)
Negocios y contratos de imagen	Contrato de factoring (Art. 8 de la Ley 1231 de 2008)	Derivados financieros: Forward, opción y Swap (Decreto 2555 de 2010)
Negocios y contratos de formación laboral	Underwriting	Joint venture
Contrato de Know-How	Contratos de derivados (Art. 2º, par. 3 y 4 y art. 65 de la Ley 964 de 2005, Decreto 2555 de 2010)	Licenciamiento de software

¹⁴⁵ Ver Lafont Pianetta, *Manual de Contratos*.

¹⁴⁶ Ver Arrubla Paucar, *Contratos Mercantiles, Tomo III, Contratos Atípicos*.

¹⁴⁷ Ver Varios Autores, *Contratos Atípicos en el Derecho Contemporáneo Colombiano*.

Contrato de información tecnológica	Contratos de colaboración empresarial (atípico en sentido general, son típicos el consorcio y la unión temporal)	
Contrato de investigación tecnológica	Concesión mercantil	
Negocios y contratos de constitución empresarial		
Formación y desarrollo de establecimientos y fábricas (Ley 232 de 1995 sobre el funcionamiento de los establecimientos comerciales y Art. 515 del Código de Comercio)		
Franquicia		
Joint Venture		
Distribución de bienes y servicios		
Contratos de dotación inmobiliaria		
Concesiones privadas		
Negocios y contratos sobre alimentación preparada		
Contrato de exposición		
Contrato de espectáculos públicos (Ley 1493 de 2011 Por la cual se toman medidas para formalizar el sector del espectáculo público de las artes escénicas, se otorgan competencias de inspección, vigilancia y control sobre las sociedades de gestión colectiva y se dictan otras disposiciones)		
Contrato de informática e internet		
Contrato de servicios fúnebres		
Contrato de excursión		
Contrato básico de telecomunicación (La Ley 142 de 1994, en su artículo 14, núm. 26 establece que “Servicio público domiciliario de telefonía pública básica conmutada. Es el servicio básico de telecomunicaciones, uno de cuyos objetos es la transmisión conmutada de voz a través de la red telefónica conmutada con acceso generalizado al público, en un mismo municipio. También se aplicará esta Ley a la actividad complementaria de telefonía móvil rural y al servicio de larga distancia nacional e internacional. Exceptuase la telefonía móvil celular, la cual se regirá, en todos sus aspectos por la Ley 37 de 1993...”, hoy reemplazada en varios aspectos por la Ley 1341 de 2009		
Contrato de correo o mensajería contrato de concesión de servicios públicos ¹⁴⁸ (Artículos 32 numeral 4º, 33 a 38 Ley 80 de 1993 y Ley 1369 de 2009 sobre servicios postales)		
Contrato de reciclaje (El Decreto 2811 de 1974 establece algunas reglas para el manejo de basuras, desechos y desperdicios)		
Contrato de hospitalización (Ley 100 de 1993 y normas que lo adicionan y complementan)		
Contrato de asistencia médica hospitalización (Ley 100 de 1993 y normas que lo adicionan y complementan)		
Contrato de estudios – beca		
Contratos de recreación		
Contratos de uso de bibliotecas o archivos		
Contratos agroindustriales		

¹⁴⁸ <http://www.cali.gov.co/metrocali/loader.php?Servicio=Glosario&letra=C&offset=2>

Contratos de información e investigación privada		
Contratos de representación o gerencia		
Contratos de prestación de servicios de construcción (Confección de obra material)		

El cuadro comparativo antecedente demuestra la dificultad para la determinación de los contratos atípicos, sean estos puros o mixtos. En primer lugar, porque efectivamente existe una regulación de los mismos, o porque en muchos casos existe una atipicidad parcial y en otros llanamente existe una reglamentación comprensiva, razón por la cual, a continuación, se hará un estado del arte de los contratos nominados y típicos de Derecho público y privado, en el ordenamiento jurídico colombiano, con el fin de determinar, a la luz de nuestro Derecho, cuáles contratos efectivamente pertenecen a la categoría de atípicos.

Para reflejar el argumento de cómo la tipicidad misma, bien sea a través de una regulación comprensiva o con la mera mención (contratos nominados así no puedan considerarse del todo típicos) limita la atipicidad contractual, a continuación se hace la enumeración de algunos de los contratos típicos y nominados presentes en la legislación colombiana, tanto en el Derecho público como en el privado. Para la elaboración de esta lista se revisaron los Códigos y Estatutos Nacionales, Planes de Desarrollo, Leyes y Decretos hasta el 15 de enero de 2014 y usando como palabras claves para la determinación de los mismos las expresiones Contrato, Convenio o Acuerdo.

6.5. Contratos típicos de Derecho privado

6.5.1. Contratos del Código Civil

Matrimonio: Art. 113 y ss.; Donación: Art. 1443 y ss.; Capitulaciones Matrimoniales: Art. 1771 y ss.; Compraventa: Art. 1849 y ss.; Permuta: Art. 1955 y ss.; Cesión de Derechos dividido en: de los créditos personales: Art. 1959 y ss., del Derecho de herencia: Art. 1967 y ss. y de los derechos litigiosos: Art. 1969 y ss.; Arrendamiento (Art.

1973) dividido en: de cosas: Art. 1974 y ss., de casas, almacenes u otros edificios: Art. 2028 y ss., de predios rústicos: Art. 2036 y ss., de criados domésticos: Art. 2045 y ss. (Subrogado por el Código Sustantivo del Trabajo), para la confección de una obra material: Art. 2053 y ss., de servicios inmateriales: Art. 2063 y ss., y de transporte: Art. 2070 y ss.; Sociedad: Art. 2079 y ss. (Derogados por la Ley 222 de 1995); Mandato: Art. 2142 y ss.; Comodato o préstamo de uso: Art. 2200 y ss.; Mutuo o préstamo de consumo: Art. 2221 y ss.; Depósito y Secuestro: Art. 2236 y ss.; Contratos aleatorios (Art. 2282) divididos en: del juego y de la apuesta: Art. 2283 y ss. y de renta vitalicia: Art. 2287 y ss.; Cuasicontratos (Art. 2302 y 2303) divididos en: Agencia oficiosa o gestión de negocios ajenos: Art. 2304 y ss., Pago de lo no debido: Art. 2313 y ss. y Comunidad: Art. 2322 y ss.; Fianza: Art. 2361 y ss.; Prenda: Art. 2409 y ss.; Hipoteca: Art. 2432 y ss.; Anticresis: Art. 2458 y ss.; Transacción: Art. 2468 y ss.

6.5.2. Contratos en el Código de Comercio

Sociedad: Art. 98 y ss.; Arrendamiento de establecimientos comerciales: Art. 518 y ss.; Contrato de licencia: Art. 594; Compraventa y permuta: Art. 905 y ss.; Contrato de suministro: Art. 968 y ss.; Contrato de transporte: Art. 981 y ss.; Contrato de seguro, dividido en: Seguros terrestres: Art. 1036 y ss., Seguros de daños: Art. 1083 y ss., Seguro de incendio: Art. 1113 y ss., Seguro de transporte: Art. 1117 y ss., Seguro de responsabilidad: Art. 1127 y ss., Reaseguro : Art. 1134 y ss., Seguros de personas: Art. 1137 y ss. y Seguro de vida: Art. 1151 y ss.; Mutuo: Art. 1163 y ss.; Depósito: Art. 1170 y ss.; Contrato de Hospedaje: Art. 1192 y ss.; Prenda: Art. 1200 y ss.; Anticresis: Art. 1221 y ss.; Fiducia: Art. 1226 y ss.; Cuenta Corriente: Art. 1245 y ss.; Mandato: Art. 1262 y ss.; Comisión: Art. 1287 y ss.; Agencia Comercial: Art. 1317 y ss.; Preposición: Art. 1332 y ss.; Corretaje: art. 1340 y ss.; Contrato de edición: Art. 1354 y ss.; Contrato de Consignación o Estimatorio: Art. 1377 y ss.; Contratos Bancarios divididos en: Cuenta corriente bancaria: Art. 1382 y ss., Depósito a término: Art. 1393 y ss., Deposito de ahorro: Art. 1396 y ss. Apertura de crédito y descuento: Art. 1400 y ss., Cartas de crédito: Art. 1408 y ss. y Cajillas

de seguridad: Art. 1416 y ss; Fletamento: Art. 1666 y ss., Arrendamiento de Naves: Art. 1678 y ss.

6.5.3. Contratos en el Código Nacional de Navegación y Actividades Portuarias Fluviales (Ley 1242 de 2008)

Contrato de enrolamiento: Art. 4; Contrato de transporte fluvial: Art. 28 y ss.

6.5.4. Contratos en el Estatuto Aduanero (Decreto 2685 de 1999)

Contrato de fletamento y contrato de transporte multimodal: Art. 1; Contrato de suministro con envíos fraccionados: Art. 272; Contrato de arrendamiento de maquinaria y equipo: Art. 408; Contrato de expositor: Art. 410-10.

6.5.5. Contratos en el Estatuto Cambiario (Resolución Externa No. 8 de 2000 expedida por el Banco de la Republica)

Operaciones de derivados sobre precios de productos básicos: Art. 40; Celebración de Operaciones de derivados financieros sobre tasas de interés, tasas de cambio e índices accionarios: Art. 42; Credit Default Swaps: Art. 43, párrafo; Contratos de futuros, contratos de entrega futura (“forwards”), permutas (“swaps”) y contratos de opciones: Art. 44; contratos de derivados para cobertura: Art. 44, párrafo; Contratos en moneda extranjera: Art. 51; Compra y venta de divisas y de títulos representativos, contrato de exportación de bienes o de prestación de servicios no financieros en el exterior, contratos estandarizados transados por bolsa, tarjetas débito prepago y contratos de comisión: Art. 59; Contratos de leasing de importación: Art. 79, párrafo 2; Encargos fiduciarios o contratos de fiducia mercantil: Art. 79, párrafo 7.

6.5.6. Contratos de Carácter Financiero

En cuanto a estos contratos, que la mayoría de la doctrina clasifica como atípicos (Arrubla Paucar), en Colombia se encuentran regulados por los decretos 663 de 1993 y 2555 de 2010 “Por el cual se recogen y reexpiden las normas en materia del sector financiero, asegurador y del mercado de valores y se dictan otras disposiciones”, cuerpo normativo que desarrolla en mayor detalle contratos del Código Civil y de Comercio (seguros, cuenta corriente, mutuo y renta vitalicia por mencionar algunos), y asimismo define y reglamenta otros contratos. Los mencionados decretos hacen alusión a los siguientes contratos:

6.5.6.1. Contratos en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero - Decreto 663 de 1993

Contrato de apertura de crédito y contrato de administración no fiduciaria de la cartera y de las acreencias: Art. 7; Contrato de empréstito: Art. 8; Contrato de cuenta corriente bancaria y contrato de arrendamiento financiero, en la modalidad de lease back: Art. 10; Contrato de red de oficinas: Art. 29; Contratos de seguro y de capitalización: Art. 41; Contrato de reaseguro: Art. 44; Cesión de cartera de las sociedades de capitalización y entidades aseguradoras: Art. 69 y ss.; Contrato de fiducia de administración o disposición: Art. 118; Contrato de comisión para la compra y venta de valores: Art. 119 numeral 2; Ahorro contractual: Art. 126, numeral 2; Depósito de ahorro: Art. 127; Operaciones fiduciarias: Art. 146 y ss.; Contrato de fiducia para la emisión de bonos: Art. 149; Contratos celebrados por las sociedades de capitalización: Art. 178 y ss.; Contrato de seguro: Art. 185; Seguros de ahorro con participación: Art. 201; Seguro de vida para los funcionarios y empleados de la Rama Jurisdiccional, del Ministerio Público: Art. 202; Seguros de manejo o de cumplimiento: Art. 203; Seguros en divisas: Art. 204; Seguro de crédito a la exportación: Art. 205; Contrato de prenda agraria o industrial: art. 238; Contratos de

coafianzamiento: Art. 241; Contratos celebrados por el Instituto de Fomento Industrial S. A. (IFI) y particulares para la conceptualización, desarrollo, coordinación y ejecución de proyectos de banca de inversión: Art. 253; Contratos relativos a la emisión, colocación, administración, fideicomiso y garantía de los Títulos de Ahorro Educativo, T. A. E.: Art. 277; Contrato de fiducia para promoción de exportaciones: Art. 283; Contratos de fomento de actividades científicas, tecnológicas y ambientales: Art. 288; Contratos de financiamiento: Art. 288.

6.5.6.2. Contratos en el Decreto 2555 de 2010 “Por el cual se recogen y reexpiden las normas en materia del sector financiero, asegurador y del mercado de valores y se dictan otras disposiciones”

Contratos de apertura de crédito irrevocables y contratos de apertura de crédito revocables: Art. 2.1.1.3.3.; Contratos de hipoteca y Contratos de prenda: Art. 2.1.2.1.4; Servicios prestados por medio de corresponsales: Art. 2.1.6.1.1; Contratos celebrados entre los establecimientos de crédito y los corresponsales: Art. 2.1.6.1.3; Inversión en sociedades de servicios técnicos y administrativos: Art. 2.1.7.1.1; Contrato de ahorro programado para la compra de vivienda con Derecho real de habitación: Art. 2.1.9.1.1; Contrato de fiducia mercantil o encargos fiduciarios: Art. 2.1.11.1.1; Contratos de mutuo o préstamos de dinero: Art. 2.1.12.1.1; Operaciones con derivados: Art. 2.1.13.1.1; Leasing habitacional: Art. 2.1.14.1.1; Depósito Electrónico: Art. 2.1.15.1.1; Arrendamiento financiero o leasing: Art. 2.2.1.1.1; Corretaje: Art. 2.2.1.1.3; Contratos de arrendamiento sin opción de compra: Art. 2.2.1.1.4; Leasing internacional: Art. 2.2.1.2.1; Leasing de exportación: Art. 2.2.1.2.3; Subarrendamiento financiero (subleasing): Art. 2.2.1.2.4; Leasing en copropiedad: Art. 2.2.1.2.5; Envío y recepción de giros: Art. 2.2.1.2.6; Captación de recursos y apertura de cartas de crédito: Art. 2.2.1.2.7; Contratos de fiducia mercantil: Art. 2.5.1.1.1; Contratos relacionados con la administración de recursos de seguridad social: Art. 2.5.3.1.5; Contratos de futuros y forward, contratos de opciones y contrato en depósitos a la vista: Art. 2.6.12.1.2; Custodia: Art. 2.6.12.1.20; Contratos de cumplimiento a futuro: Art. 2.9.1.1.16; Contratos de corresponsalía: Art. 2.9.2.1.1; Contrato de financiación para la adquisición de

valores: Art. 2.9.2.1.3; Contratos de administración de portafolios de terceros: Art. 2.9.4.2.3; Servicios de administración de valores: Art. 2.9.6.1.1; Administración de portafolios de valores de terceros: Art. 2.9.7.1.1; Contrato de administración: Art. 2.9.7.1.4; Contrato de colocación en firme: Art. 2.9.7.1.11; Asesoría en actividades relacionadas con el mercado de capitales: Art. 2.9.8.1.1; Corretaje: Art. 2.9.9.1.1; Contratos de comisión sobre títulos no inscritos en bolsa: Art. 2.9.11.1.1; Contratos de comisión para comprar acciones inscritas en el Registro Nacional de Valores y Emisores - RNVE: Art. 2.9.12.1.1; Mecanismos de actuación de los formadores de liquidez del mercado de valores. Contrato entre el formador de liquidez y el emisor del valor: Art. 2.9.17.1.3; Contratos celebrados entre las sociedades comisionistas de bolsa de valores y los corresponsales: Art. 2.9.19.1.3; Contrato de comisión para la compra y venta de bienes, productos y servicios agropecuarios, agroindustriales o de otros commodities, títulos, valores, derivados, derechos y contratos con origen o subyacente en tales bienes, productos y servicios: Art. 2.11.1.2.2; Contratos de liquidez: Art. 2.11.1.7.1; Contrato de depósito de valores y contrato de emisiones de valores: Art. 2.14.3.1.1; Contrato de mandato: Art. 2.14.3.1.5; Acuerdo o Contrato de Vinculación: Art. 2.17.1.1.1; Contratos de leasing inmobiliario para vivienda: Art. 2.21.1.3.12; Contratos de calificación: Art. 2.22.2.1.4; Cuentas de ahorro electrónicas: Art. 2.25.1.1.1; Leasing habitacional destinado a la adquisición de vivienda familiar: Art. 2.28.1.1.2; Leasing habitacional destinado a la adquisición de vivienda no familiar: Art. 2.28.1.1.3; Contratos de coaseguro: Art. 2.31.1.2.9; Contratos de reaseguro no proporcionales: Art. 2.31.1.7.5; Contratos de seguros en moneda extranjera: Art. 2.31.2.1.4; Contrato de uso de red remunerado: Art. 2.31.2.2.3; Cuentas de margen: Art. 2.33.1.1.1; Contratos de apertura de crédito bajo la modalidad de tarjeta de crédito, contratos de adhesión: Art. 2.34.1.1.2; Contrato de mandato celebrado entre los Intermediarios del Mercado Cambiario –IMC– y Corresponsales Cambiarios: Art. 2.36.9.1.1; Contrato de vinculación del gestor profesional: Art. 3.1.14.1.18; Contratos de exceso de pérdida catastróficos: Art. 4.1.1.1.4; Contratos de derivados financieros (contratos de futuros, de opciones y de permuta financiera): Art. 5.2.2.1.5; Contratos sobre índices bursátiles, índices de divisas o índices de rentabilidad, que se estructuren y negocien en las bolsas de valores o en otros sistemas de negociación de valores: Art. 5.4.5.1.1; Contratos de fiducia mercantil

irrevocables: Art. 5.6.2.1.1; Contrato de administración de los activos subyacentes, Contrato de representación legal de los tenedores de títulos, Contratos de colocación y Contrato para el manejo y desmaterialización de los títulos: Art. 5.6.10.3.3; Contrato de representación de tenedores de bonos: Art. 6.4.1.1.7; Contrato de administración de cartera: Art. 6.5.1.5.2; Contrato de interventoría: Art. 6.5.1.5.3; Contrato de representación legal de tenedores de bonos hipotecarios: Art. 6.5.1.5.4; Contrato de administración de la cartera. Contrato de administración de la emisión. Contrato de interventoría. Contrato de representación legal de tenedores de bonos hipotecarios: Art. 6.5.1.6.1; Contrato de comisión sobre valores en el mercado mostrador: Art. 7.4.1.1.3; Contratos de liquidez: Art. 7.5.1.1.5; Contratos de renta vitalicia: Art. 9.3.1.1.1; Contratos de coafianzamiento: Art. 10.2.1.1.6; Contratos de administración no fiduciaria de la cartera enajenada a cualquier título a terceros: Art. 10.3.1.1.5; Contrato con el Banco de Comercio Exterior de Colombia S. A., Bancoldex, para la administración de los recursos que se destinen para el financiamiento del programa de inversión Banca de las Oportunidades: Art. 10.4.2.1.1; Contratos de seguros celebrados por el Fondo Nacional de Ahorro: Art. 10.5.1.1.2; Contratos de ahorro voluntario contractual: Art. 10.5.10.1.1; Contratos de administración de la cobertura suscritos por los establecimientos de crédito con el Fondo de Garantías de Instituciones Financieras-FOGAFÍN: Art. 11.3.3.1.7; Contratos de permuta financiera o swaps de tasas de interés: Art. 11.3.4.1.1

6.5.7. Contratos en el Estatuto General del Turismo (Ley 300 de 1996)

Contrato de servicios turísticos: Art. 76; Contrato de hospedaje: Art. 78 y ss.; Alquiler de vehículos: Art. 90 y ss.; Contrato de Tiempo Compartido Turístico: Art. 95 y ss.

6.5.8. Contratos en el Estatuto Tributario (Decreto 624 de 1989)

Contrato “llave en mano” y contrato de confección de obra material: Art. 24; Contrato de arrendamiento financiero o leasing, retroarriendo o lease-back: Art. 71;

Contrato de construcción de bienes inmuebles: Art. 87; Venta a plazos: Art. 95; Contrato de renta vitalicia: Art. 100 y ss.; Contrato de fiducia mercantil: Art. 102 y ss.; Contratos para el pago de las pensiones de jubilación y de invalidez: Art. 111; Venta con pacto de reserva de dominio: Art. 127; Contrato de concesión, riesgo compartido o “joint venture”: Art. 143; Contrato de estabilidad jurídica: Art. 158-3; Contrato de servicios autónomos: Art. 200 y ss.; Contrato de edición y contrato de regalías: Art. 208; Contrato de consultoría y contrato de administración delegada: Art. 392; Contrato de leasing sobre naves, helicópteros y/o aerodinos: Art. 408; Contrato estimatorio: Art. 438; Contratos celebrados por constructores para programas de vivienda: Art. 519; Contratos de venta a plazos de valores negociables en bolsa, por el sistema de cuotas periódicas, con o sin amortizaciones por medio de sorteos, autorizados por la Superintendencia Bancaria, contratos celebrados por los fondos ganaderos con particulares, contratos y manifiestos de exportación de productos que reciban el certificado de abono tributario y contratos de depósito de ahorros en pesos corrientes y en unidades de poder adquisitivo constante (UPAC): Art. 530; Contratos sobre partes de interés social, utilidades, o participaciones en sociedades de responsabilidad limitada y asimiladas, y sociedades anónimas y asimiladas: Art. 690; Contrato de cobertura: Art. 879; Contratos de estabilidad tributaria: Art. 879, párrafo 3.

6.5.9. Estatuto de Vigilancia y Seguridad Privada (Decreto 356 de 1994)

Contrato de servicios de vigilancia y seguridad privada: Art. 91.

6.5.10. Otros contratos típicos de Derecho privado:

Régimen de los contratos celebrados con las entidades certificadoras de firmas digitales (Ley 527 de 1999). Leasing habitacional (Art. 12 Ley 546 de 1999), Titularización de Títulos Hipotecarios (Art. 12 Ley 546 de 1999), Contrato de Opción de Readquisición de Vivienda (Art. 46 Ley 546 de 1999). Factoring (Ley 1231 de 2008). El régimen para la prestación de servicios postales (Ley 1369 de 2009). Contratos de Garantías Mobiliarias

(Ley 1676 de 2013); Ley 1700 de 2013 “Por medio de la cual se reglamentan las actividades de comercialización en red o mercadeo multinivel en Colombia”.

6.6. Contratos típicos o nominados de Derecho público

Como punto de partida para la determinación de los principales contratos atípicos de Derecho público usados por la administración pública en desarrollo de sus funciones, se debe hacer mención a la existencia de dos tipos de contratos que son, a saber:

- A. **Operativos:** contratos comunes a todas las entidades, que forman parte del “giro ordinario” de cualquier organización, bien sea esta pública o privada. Ejemplo de este tipo de contratos son aquellos relacionados con las plataformas tecnológicas o la gestión de correspondencia, operación de los servicios de aseo y cafetería.
- B. **Misionales:** son contratos relacionados directamente con el objetivo dado por la Ley y el reglamento a una entidad determinada.

6.6.1. Los contratos de la Ley 80 de 1993 y del Decreto 1510 de 2013

6.6.1.1. Ley 80 de 1993

Contrato de obra (Art. 32), Contrato de Consultoría (Art. 32), Contrato de Prestación de Servicios (Art. 32), Contrato de Concesión (Art. 32), Encargos Fiduciarios y Fiducia Pública (Art. 32), Concesión de los Servicios y las Actividades de Telecomunicaciones (Art. 33), Concesión del Servicios de Telefonía de Larga Distancia Nacional e Internacional (Art. 34), Concesión de Servicios de Radiodifusión Sonora (Art. 35), Operaciones de crédito público (Par. 2° Art. 41).

6.6.1.2. Decreto 1510 de 2013

A lo largo de este Decreto, se desarrollan los procedimientos de enajenación de bienes estatales, mediante las modalidades de promotores, banqueros de inversión, martillo, bolsa de bienes y productos agropecuarios, agroindustriales y otros commodities, así como profesionales idóneos.

6.6.2. Otros contratos típicos o nominados de Derecho público

Contratos o Convenios Plan (Art. 7 Ley 1450 De 2011 Plan Nacional de Desarrollo 2010-2014), estos contratos también aparecen en la Ley 1551 de 2012 (Por la cual se dictan normas para modernizar la organización y el funcionamiento de los municipios), la Ley 1530 de 2012 Por la cual se regula la organización y el funcionamiento del Sistema General de Regalías; Contrato de Administración de Recursos para los Resguardos Indígenas celebrado entre las Entidades Territoriales y las Autoridades del Resguardo (Art. 83 Ley 715 de 2001 Por la cual se dictan normas orgánicas en materia de recursos y competencias de conformidad con los artículos 151, 288, 356 y 357 (Acto Legislativo 01 de 2001) de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones para organizar la prestación de los servicios de educación y salud, entre otros. Modificado por el Art. 13 de la Ley 1450 de 2011 Plan Nacional de Desarrollo 2010-2014); Asociaciones Público Privadas (Ley 1508 de 2012 “por la cual se establece el régimen jurídico de las Asociaciones Público Privadas, se dictan normas orgánicas de presupuesto y se dictan otras disposiciones”); Contratos que en desarrollo de lo dispuesto en el segundo inciso del artículo 355 de la Constitución Política celebren la Nación, los Departamentos, Distritos y Municipios con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad, con el propósito de impulsar programas y actividades de interés público (Art. 355 Constitución y Decreto 777 de 1992), Contrato de Estabilidad Jurídica Ley 963 de 2005; Contratos Filmación Colombia (Art. 8° Ley 1556 de 2012); Convenios para desarrollar el objeto del

programa Familias en Acción (Art. 9° Ley 1532 de 2012 Por medio de la cual se adoptan unas medidas de política y se regula el funcionamiento del programa Familias en Acción; Convenios Interadministrativos de cooperación y asistencia técnica celebrados entre la Dian y entidades del orden nacional, dentro de la labor de fiscalización de la explotación de recursos naturales no renovables (Par. 3° Art. 13 Ley 1530 de 2012 Por la cual se regula la organización y el funcionamiento del Sistema General de Regalías); Contrato de administración para la administración de los recursos del Fondo de Ahorro y Estabilización del Sistema General de Regalías –especie del fideicomiso-(Art. 45 y ss. Ley 1530 de 2012); Contratos fiduciarios para la administración del Fondo Nacional de Gestión de Riesgo de Desastres (Art. 47 y ss. Ley 1523 de 2012 “Por la cual se adopta la política nacional de gestión del riesgo de desastres y se establece el Sistema Nacional de Gestión del Riesgo de Desastres y se dictan otras disposiciones”); Convenios Interinstitucionales para el uso de bienes respecto de los cuales existe una medida de decomiso preventivo, o en proceso de extinción de dominio o extinguidos para atender situaciones de calamidad pública (Art. 79 Ley 1523 de 2012); Contratación de Infraestructura de Transporte (Título III, Artículos 13 y ss. Ley 1682 de 2013); Obligación del Ministerio de Tecnologías de la Información y las Telecomunicaciones de adquirir e implementar Software lector de pantalla para el beneficio de las personas invidentes y de baja visión (Ley 1680 de 2013 “Por la cual se garantiza a las personas ciegas y con baja visión, el acceso a la información, a las comunicaciones, al conocimiento y a las tecnologías de la información y las comunicaciones”).

La conclusión que se extracta de este estado del arte es que la capacidad regulatoria del Estado, que a través del Legislativo y el Ejecutivo se ejerce respecto de la administración pública y la actividad privada, ha venido restringiendo progresivamente el ámbito de los contratos atípicos, sin que ello implique la desaparición absoluta de la figura, razón por la cual se mantienen incólumes las disposiciones generales de los códigos Civil y de Comercio, y los artículos 13, 32 y 40 de la Ley 80 de 1993.

SEGUNDA PARTE - CONTRATACIÓN ATÍPICA EN LAS ENTIDADES QUE CONFORMAN EL SECTOR CENTRAL DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA COLOMBIANA – MINISTERIOS Y DEPARTAMENTOS ADMINISTRATIVOS

En esta segunda parte del trabajo, se establecerá si los Ministerios y Departamentos Administrativos, en su gestión, hacen uso de contratos atípicos. Para ello se definirá, de acuerdo a la ley colombiana, la naturaleza de los Ministerios y Departamentos Administrativos, cuál es su nomenclatura y objeto.

De la nomenclatura y objeto de las entidades estudiadas, previo a la determinación de los contratos atípicos utilizados por Ministerios y Departamentos Administrativos en su gestión, se identificarán los contratos típicos conforme a su utilización por cada una de dichas entidades.

En cuanto a los contratos atípicos, objeto de este estudio, una vez determinados los contratos típicos y atípicos que utilizan Ministerios y Departamentos administrativos, se pasará a determinar sus caracteres más importantes, y por último, a través de una indicación cuantitativa de su uso, establecer su impacto en la labor cotidiana de las entidades estudiadas.

1. Naturaleza jurídica y funciones de las entidades estudiadas

Habiendo ya hecho una breve exposición de los antecedentes y contexto del contrato estatal y su importancia como uno de los instrumentos esenciales para el ejercicio de las funciones del Estado, así como del contrato de Derecho privado y sus clasificaciones de típico y atípico, corresponde ahora pasar al estudio de la aplicación de estas figuras por parte de los Ministerios y Departamentos Administrativos.

1.1. Ministerios

1.1.1. Definición

En la obra Estructura del Poder público en Colombia, Libardo Rodríguez afirma que: *“La ley no define el concepto de ministerio, pero podemos decir que son los organismos de la administración nacional que siguen en importancia a la Presidencia de la República y que están encargados de dirigir, coordinar y ejecutar un conjunto de servicios públicos”*¹⁴⁹.

1.1.2. Enumeración de los ministerios en Colombia

De acuerdo con la Ley 1444 de 2011, los Ministerios en Colombia son:

ARTÍCULO 17. NÚMERO, DENOMINACIÓN, ORDEN Y PRECEDENCIA DE LOS MINISTERIOS. El número de Ministerios es dieciséis. La denominación, orden y precedencia de los Ministerios es la siguiente:

- 1. Ministerio del Interior*
- 2. Ministerio de Relaciones Exteriores*
- 3. Ministerio de Hacienda y Crédito Público*
- 4. Ministerio de Justicia y del Derecho*
- 5. Ministerio de Defensa Nacional*
- 6. Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural*
- 7. Ministerio de Salud y Protección Social*
- 8. Ministerio del Trabajo*
- 9. Ministerio de Minas y Energía*

¹⁴⁹ Ver Rodríguez Rodríguez, *Estructura del Poder Público en Colombia*, p. 76.

10. *Ministerio de Comercio, Industria y Turismo*
11. *Ministerio de Educación Nacional*
12. *Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible*
13. *Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio*
14. *Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones*
15. *Ministerio de Transporte*
16. *Ministerio de Cultura*

1.2. Departamentos Administrativos

1.2.1. Definición

Libardo Rodríguez define dichas entidades así: “...los departamentos administrativos son organismos de la administración nacional central, que se encuentran en la misma jerarquía de los ministerios, pero más técnicos y especializados que estos¹⁵⁰, de tal manera que están encargados de dirigir, coordinar y ejecutar un servicio público”¹⁵¹. Actualmente, en Colombia existen los siguientes Departamentos Administrativos:

¹⁵⁰ Al respecto, la Sección Tercera del Consejo de Estado, al pronunciarse sobre la acción de nulidad incoada contra el Decreto 2473 de 2010 (que reglamenta el régimen de contratación estatal en lo atinente a la promoción de la industria nacional), en sentencia 11001-03-26-000-2011-00018-00(40743) del 23 de mayo de 2012 con ponencia del Magistrado Enrique Gil Botero, ha señalado: “Así, ministerios y departamentos administrativos comparten unas características comunes pero la existencia de estas dos categorías se debe a la necesidad de que el ordenamiento jurídico colombiano requiere, en algunos sectores administrativos, estructuras que tengan una vocación eminentemente técnica y no una naturaleza política. Los llamados Departamentos Administrativos son la cabeza visible de la administración y constituyen parte del Gobierno Nacional, no obstante, la razón de ser su existencia es precisamente la necesidad de coordinar y dirigir actividades que por su naturaleza requieren de la aplicación estricta de saberes profesionales, la implementación de avances técnicos o de procedimientos de medición que escapan de la lógica de la toma de decisiones basada en criterios de oportunidad o conveniencia política”.

¹⁵¹ Ver Rodríguez Rodríguez, *Estructura del Poder Público en Colombia*, p. 84.

1.2.2. Enumeración de los Departamentos Administrativos en Colombia

1. Departamento Administrativo de la Presidencia de la República
2. Departamento Administrativo para la Prosperidad Social, antes Agencia Presidencial para la Acción Social y la Cooperación Internacional (Decreto 4155 de 2011)
3. Departamento Administrativo del Deporte, la Recreación, la Actividad Física y el Aprovechamiento del Tiempo Libre - Coldeportes
4. Departamento Nacional de Planeación
5. Departamento Administrativo de Seguridad (En liquidación)
6. Dirección Nacional de Inteligencia
7. Departamento Administrativo de la Función Pública;
8. Departamento Administrativo Nacional de Estadística
9. Departamento Administrativo de la Economía Solidaria – Dansocial que, por mandato del Decreto 4122 de 2011, se transformó en la Unidad Administrativa Especial de las Organizaciones Solidarias
10. Departamento Administrativo de Ciencia, Tecnología e Innovación

1.3. Funciones de los Ministerios y Departamentos Administrativos

Las funciones genéricas comunes a ministerios y departamentos administrativos están determinadas en el Artículo 59 de la Ley 489 de 1998, que dispone:

ARTICULO 59. FUNCIONES. Corresponde a los ministerios y departamentos administrativos, sin perjuicio de lo dispuesto en sus actos de creación o en leyes especiales:

- 1. Preparar los proyectos de ley relacionados con su ramo.*
- 2. Preparar los proyectos de decretos y resoluciones ejecutivas que deban dictarse en ejercicio de las atribuciones que corresponden al Presidente de la República*

como suprema autoridad administrativa y dar desarrollo a sus órdenes que se relacionen con tales atribuciones.

3. Cumplir las funciones y atender los servicios que les están asignados y dictar, en desarrollo de la ley y de los decretos respectivos, las normas necesarias para tal efecto.

4. Preparar los anteproyectos de planes o programas de inversiones y otros desembolsos públicos correspondientes a su sector y los planes de desarrollo administrativo del mismo.

5. Coordinar la ejecución de sus planes y programas con las entidades territoriales y prestarles asesoría, cooperación y asistencia técnica.

6. Participar en la formulación de la política del Gobierno en los temas que les correspondan y adelantar su ejecución.

7. Orientar, coordinar y controlar, en la forma contemplada por las respectivas leyes y estructuras orgánicas, las superintendencias, las entidades descentralizadas y las sociedades de economía mixta que a cada uno de ellos estén adscritas o vinculadas.

8. Impulsar y poner en ejecución planes de desconcentración y delegación de las actividades y funciones en el respectivo sector.

9. <Aparte subrayado CONDICIONALMENTE EXEQUIBLE> Promover, de conformidad con los principios constitucionales, la participación de entidades y personas privadas en la prestación de servicios y actividades relacionados con su ámbito de competencia.

10. Organizar y coordinar el Comité Sectorial de Desarrollo Administrativo correspondiente.

11. Velar por la conformación del Sistema Sectorial de Información respectivo y hacer su supervisión y seguimiento.

1.4. Los sectores administrativos

Con el fin de enunciar los contratos nominados y típicos que celebran las entidades estatales objeto de este estudio, por ser la cabeza de ellos, es necesario hacer referencia a los sectores administrativos como uno de los instrumentos que tiene el Estado colombiano para la asignación de funciones entre sus entidades. El sector administrativo puede definirse como un conjunto de entidades designadas por ley o reglamento, encargadas de la ejecución de las funciones que corresponden al Estado, de acuerdo con el ordenamiento jurídico. En Colombia, la integración de los sectores administrativos, en desarrollo del principio de coordinación administrativa, establecido en el Art. 209 de la Constitución Política, está dado por el Art. 42 de la Ley 489 de 1998, que al respecto dispone:

El Sector Administrativo está integrado por el Ministerio o Departamento Administrativo, las superintendencias y demás entidades que la ley o el Gobierno Nacional¹⁵² definan como adscritas o vinculadas a aquellos según correspondiere a cada área.

De la definición trascrita se extracta claramente que, si bien las entidades estudiadas son la cabeza de los distintos sectores administrativos existentes en Colombia, no son sus únicos integrantes y, por ende, debe entenderse que la contratación típica y nominada, que se enunciará a continuación, es ejecutada tanto por los Ministerios, los Departamentos Administrativos y las demás entidades que se les encuentren adscritas o vinculadas.

¹⁵² La facultad del gobierno nacional de determinar la integración de los sectores administrativos fue declarada inexequible por la Corte Constitucional en sentencia C-1437 de 2000 MP José Gregorio Hernández Galindo bajo la consideración que de acuerdo al numeral 7 del Art. 150 de la Constitución la facultad de determinar la estructura de la administración pública nacional corresponde al Congreso de la República.

2. Determinación de los Ministerios, sus objetivos, normatividad y la contratación nominada y típica y nominada del sector administrativo que encabezan

2.1. Ministerio del Interior

2.1.1. Objetivos de Ministerio del Interior

...formular, adoptar, dirigir, coordinar y ejecutar la política pública, planes, programas y proyectos en materia de derechos humanos, Derecho internacional humanitario, integración de la Nación con las entidades territoriales, seguridad y convivencia ciudadana, asuntos étnicos, población LGBTI, población vulnerable, democracia, participación ciudadana, acción comunal, la libertad de cultos y el Derecho individual a profesar una religión o credo, consulta previa y Derecho de autor y derechos conexos, la cual se desarrollará a través de la institucionalidad que comprende el Sector Administrativo. Igualmente, el Ministerio del Interior coordinará las relaciones entre la Rama Ejecutiva y la Rama Legislativa, para el desarrollo de la Agenda Legislativa del Gobierno Nacional. (Artículo 1 del Decreto 2893 de 2011).

2.1.2. Principales normas que regulan su actividad

- Ley 1444 de 2011, *“Por medio de la cual se escinden unos Ministerios, se otorgan precisas facultades extraordinarias al Presidente de la República para modificar la estructura de la Administración Pública y la planta de personal de la Fiscalía General de la Nación y se dictan otras disposiciones”*.
- Decreto 2893 de 2011, *“Por el cual se modifican los objetivos, la estructura orgánica y funciones del Ministerio del Interior y se integra el Sector Administrativo del Interior”*.

2.1.3. Ejemplos de contratos nominados y/o típicos usados por el Sector Administrativo del Interior

Contrato de aprovechamiento y explotación de los recursos naturales y genéticos: Art. 35 del Decreto 1745 de 1995, por el cual se reglamenta el Capítulo III de la Ley 70 de 1993, se adopta el procedimiento para el reconocimiento del Derecho a la propiedad colectiva de las “Tierras de las Comunidades Negras” y se dictan otras disposiciones; Contrato de empréstitos, contrato que comprometan vigencias futuras, enajenación y compraventa de bienes inmuebles, enajenación de activos, acciones y cuotas partes y concesiones: Art. 18, par. 4 de la Ley 1551 de 2012.

2.2. Ministerio de Relaciones Exteriores

2.2.1. Objetivos del Ministerio de Relaciones Exteriores

El Ministerio de Relaciones Exteriores es el organismo rector del Sector Administrativo de Relaciones Exteriores y le corresponde, bajo la dirección del Presidente de la República, formular, planear, coordinar, ejecutar y evaluar la política exterior de Colombia, las relaciones internacionales y administrar el servicio exterior de la República”. (Art. 2. Decreto 3355 de 2009)

2.2.2. Principales normas que regulan su actividad

No existen normas específicas que regulen la actividad de esta entidad.

2.2.3. Ejemplos de contratos nominados y/o típicos usados por el Sector Administrativo de Relaciones Exteriores

Dentro de la normatividad aplicable a las entidades que lo comprenden, no se encuentran contratos nominados y/o típicos relacionados con las actividades de este sector administrativo.

2.3. Ministerio de Hacienda y Crédito Público

2.3.1. Objetivos del Ministerio de Hacienda y Crédito Público

(...) la definición, formulación y ejecución de la política económica del país, de los planes generales, programas y proyectos relacionados con esta, así como la preparación de las Leyes, la preparación de los Decretos y la regulación, en materia fiscal, tributaria, aduanera, de crédito público, presupuestal, de tesorería, cooperativa, financiera, cambiaria, monetaria y crediticia, sin perjuicio de las atribuciones conferidas a la Junta Directiva del Banco de la República, y las que ejerza a través de organismos adscritos o vinculados para el ejercicio de las actividades que correspondan a la intervención del Estado en las actividades financiera, bursátil, aseguradora y cualquiera otra relacionada con el manejo, aprovechamiento e inversión de los recursos del ahorro público y el tesoro nacional, de conformidad con la Constitución Política y la Ley”. (Art. 2, Decreto 4712 de 2008)

2.3.2. Principales normas que regulan su actividad

- Estatuto Orgánico de Presupuesto
- Estatuto Tributario

2.3.3. Ejemplos de contratos nominados y/o típicos usados por el Sector Administrativo de Hacienda y Crédito Público

Póliza colectiva de desempleo para los deudores de los créditos hipotecarios para financiación de vivienda de interés social que hayan sido otorgadas u otorguen los establecimientos de crédito: Decreto 213 de 1999; Contratos de permuta financiera o “swaps” de tasas de interés: Decreto 2555 de 2010.

2.4. Ministerio de Justicia y del Derecho

2.4.1. Objetivos del Ministerio de Justicia y del Derecho

(...) formular, adoptar, dirigir, coordinar y ejecutar la política pública en materia de ordenamiento jurídico, defensa y seguridad jurídica, acceso a la justicia formal y alternativa, lucha contra la criminalidad, mecanismos judiciales transicionales, prevención y control del delito, asuntos carcelarios y penitenciarios, promoción de la cultura de la legalidad, la concordia y el respeto a los derechos, la cual se desarrollará a través de la institucionalidad que comprende el Sector Administrativo”. (Art. 1 del Decreto 2897 de 2011)

2.4.2. Principales normas que regulan su actividad

- Ley 1444 de 2011, “Por medio de la cual se escinden unos Ministerios, se otorgan precisas facultades extraordinarias al Presidente de la República para modificar la estructura de la Administración Pública y la planta de personal de la Fiscalía General de la Nación y se dictan otras disposiciones”.

- Decreto 2897 de 2011, *“Por el cual se determinan los objetivos, la estructura orgánica, las funciones del Ministerio de Justicia y del Derecho y se integra el Sector Administrativo de Justicia y del Derecho”*.

2.4.3. Ejemplos de contratos nominados y/o típicos usados por el Sector Administrativo de Justicia y del Derecho

Administración de bienes incautados: Art. 2 del Decreto 2897 de 2011; Convenios interadministrativos para la transferencia de recursos del Fondo para la Lucha contra las Drogas: Art. 28 del Decreto 2897 de 2011.

2.5. Ministerio de Defensa Nacional

2.5.1. Objetivos del Ministerio de Defensa Nacional

De acuerdo con el Decreto 1512 de 2000, son objetivos del Ministerio de Defensa Nacional: *El Ministerio de Defensa Nacional tiene como objetivos primordiales la formulación y adopción de las políticas, planes generales, programas y proyectos del Sector Administrativo Defensa Nacional, para la defensa de la soberanía, la independencia y la integridad territorial, así como para el mantenimiento del orden constitucional y la garantía de la convivencia democrática.*

2.5.2. Principales normas que regulan su actividad

Decreto 1512 de 2000, *“Por el cual se modifica la estructura del Ministerio de Defensa Nacional y se dictan otras disposiciones”*.

2.5.3. Ejemplos de contratos nominados y/o típicos usados por el Sector Administrativo de Defensa Nacional

Dentro de la normatividad aplicable a las entidades que lo comprenden, no se encuentran contratos nominados y/o típicos relacionados con las actividades de este sector administrativo.

2.6. Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural

2.6.1. Objetivos del Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural

El Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural le compete dentro del marco de sus competencias desarrollar los siguientes objetivos:

- *Promover el desarrollo rural con enfoque territorial y el fortalecimiento de la productividad y competitividad de los productos agropecuarios, a través de acciones integrales que mejoren las condiciones de vida de los pobladores rurales, permitan el aprovechamiento sustentable de los recursos naturales, generen empleo y logren el crecimiento sostenido y equilibrado de las regiones.*
- *Propiciar la articulación de las acciones institucionales en el medio rural de manera focalizada y sistemática, bajo principios de competitividad, equidad, sostenibilidad, multisectorialidad y descentralización, para el desarrollo socioeconómico del País.*

Los anteriores objetivos se desarrollaran a través de la institucionalidad que comprende el Sector Administrativo Agropecuario y de Desarrollo Rural”. (Art. 2° Decreto 1985 de 2013)

2.6.2. Principales normas que regulan su actividad

- Ley 101 de 1993, *“Ley General de Desarrollo Agropecuario y Pesquero”*.
- Ley 811 de 2003, *“Por medio de la cual se modifica la Ley 101 de 1993, se crean las organizaciones de cadenas en el sector agropecuario, pesquero, forestal, acuícola, las Sociedades Agrarias de Transformación, SAT, y se dictan otras disposiciones”*.
- Ley 160 de 1994, *“Por la cual se crea el Sistema Nacional de Reforma Agraria y Desarrollo Rural Campesino, se establece un subsidio para la adquisición de tierras, se reforma el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria y se dictan otras disposiciones”*.

2.6.3. Ejemplos de contratos nominados y/o típicos usados por el Sector Administrativo de Agricultura y Desarrollo Rural

- Contrato especial de administración y recaudo de contribuciones parafiscales agropecuarias y pesqueras. (Arts. 29 a 35 Ley 101 de 1993)
- Contratos de administración de los Fondos de Estabilización de Precios de Productos Agropecuarios y Pesqueros. (Arts. 36 a 47 Ley 101 de 1993)
- Contratos o convenios para la ejecución de acciones relacionadas con la sanidad agropecuaria y el control técnico de insumos agropecuarios. (Art. 65 Ley 101 de 1993)
- Contratos de las organizaciones de cadena orientados a la regulación del comercio de un producto o grupo de productos. (Art. 104 Ley 101 de 1991)
- Sociedades Agrícolas de Transformación – SAT. (Art. 2 Ley 811 de 2003)
- Contrato de subsidio y operación del subsidio integral de reforma Agraria. (Arts. 20 a 30 Ley 160 de 1994 y 63 Ley 1450 de 2011)
- Contrato de apoyo a la gestión empresarial rural. (Art. 43 Ley 160 de 1994)

- Contrato de explotación de baldíos. (Art. 68 Ley 160 de 1994)
- Contratos relacionados con proyectos de desarrollo agropecuario y forestal. (Art. 61 Ley 1450 de 2011, adicionado al Art. 72 de la Ley 160 de 1994)
- Contrato de Desarrollo de Terrenos Baldíos. (Art. 62 Ley 1450 de 2011 que modifica el Art. 83 de la Ley 160 de 1994)
- Prestación de servicios de asistencia técnica agropecuaria, los cuales pueden ser prestados por los municipios o distritos a través de las UMATA o por terceros bien sean estas entidades públicas, privadas o mixtas. (Art. 2 Lit. g Ley 607 de 2000)
- Administración del Fondo de Fomento para las Mujeres Rurales - Fommur. (Art. 11 Ley 731 de 2002)
- Contrato de Administración del Fondo Nacional del Café. (Art. 2° Ley 11 de 1972 que faculta la suscripción de los contratos tendientes al impulso y defensa de la industria cafetera, Inc. 3° Art. 33 Ley 9 de 1991 que habla sobre la administración del Fondo Nacional del Café, Ley 101 de 1993)

2.7. Ministerio de Salud y Protección Social

2.7.1. Objetivos del Ministerio de Salud y Protección Social

(...) formular, adoptar, dirigir, coordinar, ejecutar y evaluar la política pública en materia de salud, salud pública, y promoción social en salud, y participar en la formulación de las políticas en materia de pensiones, beneficios económicos periódicos y riesgos profesionales, lo cual se desarrollará a través de la institucionalidad que comprende el sector administrativo.

El Ministerio de Salud y Protección Social dirigirá, orientará, coordinará y evaluará el Sistema General de Seguridad Social en Salud y el Sistema General de Riesgos Profesionales, en lo de su competencia, adicionalmente formulará, establecerá y definirá los lineamientos relacionados con los sistemas de información de la Protección Social”. (Art. 1 Decreto 4107 de 2011)

2.7.2. Principales normas que regulan su actividad

- Ley 1122 de 2007, *“Por la cual se hacen algunas modificaciones en el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones”*.
- Decreto 4747 de 2007, *“Por medio del cual se regulan algunos aspectos de las relaciones entre los prestadores de servicios de salud y las entidades responsables del pago de los servicios de salud de la población a su cargo, y se dictan otras disposiciones”*.
- Ley 1438 de 2011, *“Por medio de la cual se reforma el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones”*.

2.7.3. Ejemplos de contratos nominados y/o típicos usados por el Sector Administrativo de Salud y Protección Social

Pago por capitación, pago por evento y pago por caso, conjunto integral de atenciones, paquete o grupo relacionado por diagnóstico. (Art. 4 del Decreto 4747 de 2007)

2.8. Ministerio del Trabajo

2.8.1. Objetivos del Ministerio de Trabajo

(...) la formulación y adopción de las políticas, planes generales, programas y proyectos para el trabajo, el respeto por los derechos fundamentales, las garantías de los trabajadores, el fortalecimiento, promoción y protección de las actividades de la economía solidaria y el trabajo decente, a través un sistema efectivo de vigilancia, información,

registro, inspección y control; así como del entendimiento y diálogo social para el buen desarrollo de las relaciones laborales.

El Ministerio de Trabajo fomenta políticas y estrategias para la generación de empleo estable, la formalización laboral, la protección a los desempleados, la formación de los trabajadores, la movilidad laboral, las pensiones y otras prestaciones”. (Art. 1° Decreto 4108 de 2011)

2.8.2. Principales normas que regulan su actividad

- Código Sustantivo del Trabajo
- Decreto 4108 de 2011, *“Por el cual se modifican los objetivos y la estructura del Ministerio del Trabajo y se integra el Sector Administrativo del Trabajo”*.

2.8.3. Ejemplos de contratos nominados y/o típicos usados por el Sector Administrativo de Trabajo

Por fuera de las normas laborales, que el ministerio se encarga de hacer cumplir, no existe una normatividad específica para este Ministerio y el sector administrativo que encabeza.

2.9. Ministerio de Minas y Energía

2.9.1. Objetivos del Ministerio de Minas y Energía

El Ministerio de Minas y Energía tiene como objetivos primordiales la formulación y adopción de las políticas, planes generales, programas y proyectos del Sector Administrativo de Minas y Energía. (Art. 2, Decreto 70 de 2001)

2.9.2. Principales normas que regulan su actividad

- Código de Minas (Ley 685 de 2001)
- Código de Petróleos (Decreto 1056 de 1953)

2.9.3. Ejemplos de contratos nominados y/o típicos usados por el Sector Administrativo de Minas y Energía

Contrato de concesión minera: Art. 14 y ss. de la Ley 685 de 2001; Contrato de obra o de ejecución: Art. 27 de la Ley 685 de 2001; Contrato de representación: Art. 147 de la Ley 685 de 2001; Contratos de asociación y operación: Art. 221 de la Ley 685 de 2001; Contrato de habilitación o avío de minas: Art. 243 de la Ley 685 de 2001; Contratos sobre áreas de aporte: Art. 351 y ss. de la Ley 685 de 2001; Contratos sobre áreas con Inversión Estatal: Art. 355 y ss. de la Ley 685 de 2001.

Contrato de exhortación de yacimientos de asfalto: Art. 1 del Decreto 1056 de 1953; Contrato sobre exploración y explotación: Art. 21 y ss. del Decreto 1056 de 1953; Contrato sobre oleoductos: Art 45 y ss. del Decreto 1056 de 1953; Refinación y distribución: Art 58 y ss. del Decreto 1056 de 1953.

2.10. Ministerio de Comercio, Industria y Turismo

2.10.1. Objetivos del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo

El Ministerio de Comercio, Industria y Turismo tiene como objetivo primordial, dentro del marco de su competencia, formular, adoptar, dirigir y coordinar las políticas generales en materia de desarrollo económico y social del país, relacionadas con la competitividad, integración y desarrollo de los sectores productivos de la industria, la micro, pequeña y mediana empresa, el comercio exterior de bienes, servicios y tecnología, la promoción de la inversión extranjera, el comercio interno y el turismo; y ejecutar las políticas, planes generales, programas y proyectos de comercio exterior.

2.10.2. Principales normas que regulan su actividad

- Decreto 210 de 2003, *“Por el cual se determinan los objetivos y la estructura orgánica del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, y se dictan otras disposiciones”*.
- Estatuto General del Turismo. (Ley 300 de 1996)
- Estatuto del Consumidor. (Ley 1480 de 2011)
- Régimen Común sobre Propiedad Industrial. (Decisión 486 de 2000 de la Comunidad Andina)

2.10.3. Ejemplos de contratos nominados y/o típicos usados por el Sector Administrativo de Comercio, Industria y Turismo

Contrato de servicios turísticos: Art. 76 de la Ley 300 de 1996; Contrato de hospedaje: Art. 78 y ss. de la Ley 300 de 1996; Alquiler de vehículos: Art. 90 y ss. de la Ley 300 de 1996; Contrato de Tiempo Compartido Turístico: Art. 95 y ss. de la Ley 300 de 1996.

Contrato de exportación de servicios, contratos de importación de tecnología y contrato de turismo: Art. 2 del Decreto 210 de 2003.

Prestación de servicios que suponen la entrega de un bien: Art 18 de la Ley 1480 de 2011; Comercio electrónico: Art. 49 y ss. de la Ley 1480 de 2011; Contratos de

adquisición de bienes y de prestación de servicios mediante sistemas de financiación y contratos de crédito realizados con personas naturales o jurídicas: Art. 59 de la Ley 1480 de 2011.

Transferencia de patentes: Art. 22 de la Decisión 486 de la Comunidad Andina; Contrato de licencia para la explotación de patentes: Art. 57 de la Decisión 486 de la Comunidad Andina; Contrato de licencia o transferencia de registro de marcas: Art. 163 de la Decisión 486 de la Comunidad Andina.

2.11. Ministerio de Educación Nacional

2.11.1. Objetivos del Ministerio de Educación Nacional

Según el artículo 2° del Decreto 5012 de 2009, el Ministerio de Educación Nacional tiene como objetivos los siguientes:

- 1. Establecer las políticas y los lineamientos para dotar al sector educativo de un servicio de calidad con acceso equitativo y con permanencia en el sistema.*
- 2. Diseñar estándares que definan el nivel fundamental de calidad de la educación que garantice la formación de las personas en convivencia pacífica, participación y responsabilidad democrática, así como en valoración e integración de las diferencias para una cultura de derechos humanos y ciudadanía en la práctica del trabajo y la recreación para lograr el mejoramiento social, cultural, científico y la protección del ambiente.*
- 3. Garantizar y promover, por parte del Estado, a través de políticas públicas, el Derecho y el acceso a un sistema educativo público sostenible que asegure la calidad y la pertinencia en condiciones de inclusión, así como la permanencia en el*

mismo, tanto en la atención integral de calidad para la primera infancia como en todos los niveles: preescolar, básica, media y superior.

4. Generar directrices, efectuar seguimiento y apoyar a las entidades territoriales para una adecuada gestión de los recursos humanos del sector educativo, en función de las políticas nacionales de ampliación de cobertura, mejoramiento de la calidad y la eficiencia del servicio educativo y la pertinencia.

5. Orientar la educación superior en el marco de la autonomía universitaria, garantizando el acceso con equidad a los ciudadanos colombianos, fomentando la calidad académica, la operación del sistema de aseguramiento de la calidad, la pertinencia de los programas, la evaluación permanente y sistemática, la eficiencia y transparencia de la gestión para facilitar la modernización de las Instituciones de Educación Superior e implementar un modelo administrativo por resultados y la asignación de recursos con racionalidad.

6. Velar por la calidad de la educación, mediante el ejercicio de las funciones de regulación, inspección, vigilancia y evaluación, con el fin de lograr la formación moral, espiritual, afectiva, intelectual y física de los colombianos.

7. Implementar mecanismos de descentralización, dotando el sector de los elementos que apoyen la ejecución de las estrategias y metas de cobertura, calidad, pertinencia y eficiencia.

8. Propiciar el uso pedagógico de medios de comunicación como por ejemplo radio, televisión e impresos, nuevas tecnologías de la información y la comunicación, en las instituciones educativas para mejorar la calidad del sistema educativo y la competitividad de los estudiantes del país.

9. *Establecer e implementar el Sistema Integrado de Gestión de Calidad (SIG), articulando los procesos y servicios del Ministerio de Educación Nacional, de manera armónica y complementaria a los distintos componentes de los sistemas de gestión de la calidad, de control interno y de desarrollo administrativo, con el fin de garantizar la eficiencia, eficacia, transparencia y efectividad en el cumplimiento de los objetivos y fines sociales de la educación.*

10. *Establecer en coordinación con el Ministerio de Protección Social los lineamientos de política, así como regular y acreditar entidades y programas de formación para el trabajo en aras de fortalecer el Sistema Nacional de Formación para el Trabajo (SNFT).*

2.11.2. Principales normas que regulan su actividad

- Ley 188 de 1959, “*Por la cual se regula el contrato de aprendizaje*”.
- Ley 115 de 1994 Ley General de Educación.
-

2.11.3. Ejemplos de contratos nominados y/o típicos usados por el Sector Administrativo de Educación

Contrato de aprendizaje: Ley 188 de 1959; Contrato de la banca multilateral o con recursos de una entidad financiante: Art. 1, núm. 8 de la Resolución 2044 de 2006; Contratos o convenios, conducentes al diseño, producción, emisión y recepción de programas educativos: Art. 45 de la Ley 115 de 1994; Contrato para la prestación del servicio educativo para las comunidades de los grupos étnicos: Art. 63 de la Ley 115 de 1994; Contratación de educadores privados: Art. 198 de la Ley 115 de 1994;_Contratos con las iglesias y confesiones religiosas: Art. 200 de la Ley 115 de 1994; Contrato de matrícula: Art. 201 y ss. de la Ley 115 de 1994.

2.12. Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible

2.12.1. Objetivos del Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible

De conformidad con el artículo 1° del Decreto 3570 de 2011, son objetivos del Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible:

El Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible es el rector de la gestión del ambiente y de los recursos naturales renovables, encargado de orientar y regular el ordenamiento ambiental del territorio y de definir las políticas y regulaciones a las que se sujetarán la recuperación, conservación, protección, ordenamiento, manejo, uso y aprovechamiento sostenible de los recursos naturales renovables y del ambiente de la nación, a fin de asegurar el desarrollo sostenible, sin perjuicio de las funciones asignadas a otros sectores.

El Ministerio Ambiente y Desarrollo Sostenible formulará, junto con el Presidente de la República la política nacional ambiental y de recursos naturales renovables, de manera que se garantice el Derecho de todas las personas a gozar de un medio ambiente sano y se proteja el patrimonio natural y la soberanía de la Nación.

Corresponde al Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible dirigir el Sistema Nacional Ambiental -SINA-, organizado de conformidad con la Ley 99 de 1993, para asegurar la adopción y ejecución de las políticas, planes, programas y proyectos respectivos, en orden a garantizar el cumplimiento de los deberes y derechos del Estado y de los particulares en relación con el ambiente y el patrimonio natural de la Nación.

2.12.2. Principales normas que regulan su actividad

- Ley 99 de 1993, Estatuto Ambiental
- Decreto 2811 de 1974, por el cual se dicta el Código Nacional de Recursos Naturales Renovables y de Protección al Medio Ambiente
- Decreto 3570 de 2011, por el cual se modifican los objetivos y la estructura del Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible y se integra el Sector Administrativo de Ambiente y Desarrollo Sostenible
- Resolución 205 de 1998, por medio de la cual se establece el procedimiento Interno de selección de los contratistas, mecanismos para la evaluación y control de la actividad contractual. Contrato de acceso a recurso genético, producto derivado y/o componente intangible

2.12.3. Ejemplos de contratos nominados y/o típicos usados por el Sector Administrativo de Ambiente y Desarrollo Sostenible

Contrato para la elaboración de estudios de investigación y de seguimiento de procesos ecológicos y ambientales y la evaluación de estudios de impacto ambiental, Art. 5 de la Ley 99 de 1993.

Contrato de acceso a recurso genético, producto derivado y/o componente intangible, Decreto Ley 3570 de 2011, Resolución 620 de 1997, Decreto 730 de 1997, Decisión 391 de 1996 y Resolución 414 de 1996 de la Comunidad Andina de Naciones.

2.13. Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio

2.13.1. Objetivos Del Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio

El Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio tendrá como objetivo primordial lograr, en el marco de la ley y sus competencias, formular, adoptar, dirigir, coordinar y ejecutar la política pública, planes y proyectos en materia del desarrollo territorial y urbano planificado del país, la consolidación del sistema de ciudades, con patrones de uso

eficiente y sostenible del suelo, teniendo en cuenta las condiciones de acceso y financiación de vivienda, y de prestación de los servicios públicos de agua potable y saneamiento básico”. (Art. 1º, Decreto 3571 de 2011)

2.13.2. Principales normas que regulan su actividad

- Ley 9º de 1989 *“por la cual se dictan normas sobre planes de desarrollo municipal, compraventa y expropiación de bienes y se dictan otras disposiciones”*.
- Ley 388 de 1997 *“Por la cual se modifica la Ley 9º de 1989 y se dictan otras disposiciones”*.
- Ley 820 de 2003, *“Por la cual se expide el régimen de arrendamiento de vivienda urbana y se dictan otras disposiciones”*.
- Ley 675 de 2001, *“Por medio de la cual se expide el régimen de propiedad horizontal”*.

2.13.3. Ejemplos de contratos nominados y/o típicos usados por el Sector Administrativo de Vivienda, Ciudad y Territorio

Dentro de la normatividad aplicable a las entidades que lo comprenden, no se encuentran contratos nominados y/o típicos relacionados con las actividades de este sector administrativo.

2.14. Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones

2.14.1. Objetivos del Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones

De conformidad con la Ley 1341 de 2009, son objetivos del Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones:

- Diseñar, formular, adoptar y promover las políticas, planes, programas y proyectos del sector TIC, en correspondencia con la Constitución Política y la Ley, con el fin de contribuir al desarrollo económico, social y político de la Nación.
- Promover el uso y apropiación de las TIC entre los ciudadanos, las empresas, el Gobierno y demás instancias nacionales como soporte del desarrollo social, económico y político de la Nación.
- Impulsar el desarrollo y fortalecimiento del sector de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones.
- Promover la investigación e innovación buscando su competitividad y avance tecnológico conforme al entorno nacional e internacional.
- Definir la política y ejercer la gestión, planeación y administración del espectro radioeléctrico y de los servicios postales Y relacionados, con excepción de lo dispuesto en artículo 76 de la Constitución Política.

2.14.2. Principales normas que regulan su actividad

- Ley 72 de 1989, *“Por la cual se definen nuevos conceptos y principios sobre la organización de las telecomunicaciones en Colombia y sobre el régimen de concesión de los servicios y se conceden unas facultades extraordinarias al Presidente de la República”*. Ley 72 de 1989 Derogada por la Ley 1341 de 2009, exclusivamente en cuanto haga referencia a los servicios, las redes, las actividades y los proveedores y en cuanto resulte contraria a las normas y principios contenidos en la Ley 1341 de 2009.

- Ley 142 de 1994, establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios y se dictan otras disposiciones.
- Ley 182 de 1995, reglamenta el servicio de televisión y se formulan políticas para su desarrollo, se democratiza el acceso a este, se conforma la Comisión Nacional de Televisión, se promueven la industria y actividades de televisión, se establecen normas para contratación de los servicios, se reestructuran entidades del sector y se dictan otras disposiciones en materia de telecomunicaciones.
- Ley 1341 de 2009, *“Por la cual se definen principios y conceptos sobre la sociedad de la información y la organización de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones – TIC, se crea la Agencia Nacional de Espectro y se dictan otras disposiciones; Artículos 16 al 18 Cambia el nombre, objetivos, funciones, del ministerio”*.
- Ley 1369 de 2009, *“Por medio de la cual se establece el régimen de los servicios postales y se dictan otras disposiciones”*.
- Ley 1507 de 2012, *“Por la cual se establece la distribución de competencias entre las entidades del Estado en materia de televisión y se dictan otras disposiciones”*.

2.14.3. Ejemplos de contratos nominados y/o típicos usados por el Sector Administrativo de las Comunicaciones

Concesiones, autorizaciones, permisos, licencias y registros en materia de servicios de radiodifusión sonora: Art. 1 y ss. del Decreto 4350 de 2009; Patrocinios: Art. 29 Resolución 415 de 2010 del Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones; Arrendamiento las estaciones de radiodifusión: Art. 48 Resolución 415 de 2010 del Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones; Servicio de Radiodifusión Sonora Comercial: Art. 57 Resolución 415 de 2010 del Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, Servicio de Radiodifusión Sonora de Interés Público: Art. 67 Resolución 415 de 2010 del Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones; Servicio Comunitario de Radiodifusión Sonora, Art. 86 Resolución 415 de 2010 del Ministerio de Tecnologías de la Información y las

Comunicaciones; Contrato de concesión para el Operador Postal Oficial o Concesionario de Correo: Art. 6 de la Ley 1369 de 2009; Servicio Postal Universal: Art. 13 y ss. de la Ley 1369 de 2009; Servicios de mensajería expresa: Art. 15 de la Ley 1369 de 2009.

2.15. Ministerio de Transporte

2.15.1. Objetivos del Ministerio de Transporte

De conformidad con el artículo 1° del Decreto 087 del 17 de enero de 2011, los objetivos del Ministerio de Transporte son:

El Ministerio de Transporte tiene como objetivo primordial la formulación y adopción de las políticas, planes, programas, proyectos y regulación económica en materia de transporte, tránsito e infraestructura de los modos de transporte carretero, marítimo, fluvial, férreo y aéreo y la regulación técnica en materia de transporte y tránsito de los modos carretero, marítimo, fluvial y férreo.

2.15.2. Principales normas que regulan su actividad

- Ley 1151 de 2007 Plan Nacional de Desarrollo 2006-2010 – Los capítulos 3 y 4 contienen directrices y lineamientos en materia de transporte.
- Ley 769 de 2002, Código Nacional de Tránsito Terrestre.
- Ley 336 de 1996, “Por la cual se modifican los criterios que servirán de fundamento para la regulación y reglamentación del transporte público aéreo, marítimo, fluvial,

férreo, masivo y terrestre y su operación en el territorio nacional”. (Estatuto General de Transporte)

- Ley 105 de 1993 “Por la cual se dictan disposiciones sobre el transporte, se redistribuyen competencias y recursos entre la Nación y las Entidades Territoriales, se reglamenta la planeación en el sector transporte y se dictan otras disposiciones”.
- Ley 1 de 1991 Estatuto de Puertos Marítimos.

2.15.3. Ejemplos de contratos nominados y/o típicos usados por el Sector Transporte

- Contratos de concesión u operación de servicios de transporte Ley 105 de 1993
- Contratos para la transferencia de vías a cargo de la Nación a las Entidades Territoriales Ley 105 de 1993
- Contratos de concesión para la construcción, rehabilitación y conservación de proyectos de infraestructura vial, Art. 30 y ss. Ley 105 de 1993
- Contratos de concesión u operación de aeropuertos Art. 48 Ley 105 de 1993

2.16. Ministerio de Cultura

2.16.1. Objetivos del Ministerio de Cultura

El Ministerio de Cultura tiene como objetivos formular, coordinar, ejecutar y vigilar la política del Estado en materia cultural, deportiva, recreativa y de aprovechamiento del tiempo libre, de modo coherente con los planes de desarrollo, con los principios fundamentales y de participación contemplados en la Constitución Política y en la Ley y le corresponde formular y adoptar políticas, planes generales, programas y proyectos del Sector Administrativo a su cargo. (Art. 1, Decreto 1746 de 2003)

2.16.2. Principales normas que regulan su actividad

Ley 397 de 1997, *“Por la cual se desarrollan los Artículos 70, 71 y 72 y demás Artículos concordantes de la Constitución Política y se dictan normas sobre patrimonio cultural, fomentos y estímulos a la cultura, se crea el Ministerio de la Cultura y se trasladan algunas dependencias”*.

2.16.3. Ejemplos de contratos nominados y/o típicos usados por el Sector Administrativo de la Cultura

Enajenación, o préstamo de bienes de interés cultural del ámbito nacional entre entidades públicas y comodato a entidades privadas sin ánimo de lucro de reconocida idoneidad: Art. 10 de la Ley 397 de 1997, Contratos para el desarrollo de proyectos culturales: Art. 36 de la Ley 397 de 1997. Contratos de exploración, intervención y/o aprovechamiento económico (de patrimonio sumergido) Art. 11 Ley 1675 de 2013.

3. Determinación de los Departamentos Administrativos, sus objetivos, normatividad y la contratación nominada y típica y nominada del sector administrativo que encabezan

3.1. Departamento Administrativo de la Presidencia de la República

3.1.1. Objetivos del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República

De acuerdo con el artículo 1° de la Ley 55 de 1990 y el Artículo 1° del Decreto 3443 de 2010, son objetivos del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República:

(...) asistir al Presidente de la República en su calidad de Jefe de Gobierno, Jefe de Estado y Suprema Autoridad Administrativa en el ejercicio de sus atribuciones constitucionales y legales y prestarle el apoyo administrativo necesario para dicho fin.

3.1.2. Principales normas que regulan su actividad

Manual de Contratación aprobado mediante Resolución No. 2520 de fecha 17 de agosto de 2012, emitida por el señor Subdirector de Operaciones del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República.

3.1.3. Ejemplos de contratos nominados y/o típicos usados por el Sector Administrativo de la Presidencia de la República

De conformidad con el Manual de Contratación¹⁵³ del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República, se encuentra que algunos de los contratos estatales que celebra este Departamento Administrativo son: Contrato de obra, Contrato de consultoría, Contrato de prestación de servicios, Contrato de compraventa con instalación, Contrato de compraventa y Contrato de suministro. Así las cosas, toda vez que los contratos atrás mencionados son contratos típicos comunes a todos los organismos de la administración pública nacional y territorial y a las personas de Derecho privado, es dable

¹⁵³ Tomado de la página web del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República, <http://wsp.presidencia.gov.co/dapre/Documents/Contratos/Manual-Contratacion-DAPRE-M-BS-01-v7.pdf>, fecha de consulta, 14 de noviembre de 2012.

concluir que, para este sector, a diferencia de otros, no existen contratos típicos o nominados especiales.

3.2. Departamento Administrativo para la Prosperidad Social (DAPS)

3.2.1. Objetivos del Departamento Administrativo para la Prosperidad Social (DAPS)

De acuerdo con el artículo 2° del Decreto 4155 de 2011, son objetivos del Departamento Administrativo para la Prosperidad Social:

Formular, adoptar, dirigir, coordinar y ejecutar las políticas, planes generales, programas y proyectos para la superación de la pobreza, la inclusión social, la reconciliación, la recuperación de territorios, la atención y reparación a víctimas de la violencia, la atención a grupos vulnerables, población discapacitada y la reintegración social y económica y la atención y reparación a víctimas de la violencia a las que se refiere el artículo 3 de la Ley 1448 de 2011, las cuales desarrollará directamente o a través de sus entidades adscritas o vinculadas, en coordinación con las demás entidades u organismos competentes.

3.2.2. Principales normas que regulan su actividad

Ley 1448 de 2011 “*Por la cual se dictan medidas de atención, asistencia y reparación integral a las víctimas del conflicto armado interno y se dictan otras disposiciones*”.

3.2.3. Ejemplos de contratos nominados y/o típicos usados por el Sector Administrativo de la Inclusión Social y la Rehabilitación

Derivados de la Ley 1448 de 2011 y sus decretos reglamentarios, encontramos los siguientes contratos celebrados por el Sector Administrativo de la Inclusión Social y la Rehabilitación:

- Contrato de uso de predio restituido (Art. 99 Ley 1448 de 2011 Por la cual se dictan medidas de atención, asistencia y reparación integral a las víctimas del conflicto armado interno y se dictan otras disposiciones.)
- Contrato de atención humanitaria para garantizar: alimentación, artículos de aseo, manejo de abastecimientos, utensilios de cocina y alojamiento Arts. 93 y 94, Decreto Ley 4633 de 2011) “Por medio del cual se dictan medidas de asistencia, atención, reparación integral y de restitución de derechos territoriales a las víctimas pertenecientes a los Pueblos y Comunidades indígenas”
- Contrato de pólizas de salud Art. 58 Decreto 4634 de 2011) “Por el cual se dictan medidas de asistencia, atención, reparación integral y restitución de tierras a las víctimas pertenecientes al pueblo Rom o Gitano”
- Contrato de pólizas de salud (Art. 57 Decreto Ley 4635 de 2011) “Por el cual se dictan medidas de asistencia, atención, reparación integral y de restitución de tierras a las víctimas pertenecientes a comunidades negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras”
- Contrato de pólizas de salud (Art. 56 Ley 1448 de 2011) Por la cual se dictan medidas de atención, asistencia y reparación integral a las víctimas del conflicto armado interno y se dictan otras disposiciones

3.3. Departamento Administrativo del Deporte, la Recreación, la Actividad Física y el Aprovechamiento del Tiempo Libre – COLDEPORTES

3.3.1. Objetivos del Departamento Administrativo del Deporte, la Recreación, la Actividad Física y el Aprovechamiento del Tiempo Libre – COLDEPORTES

El fomento, la planificación, la organización, la coordinación, la ejecución, la implantación, la vigilancia, el control de la actividad del deporte, la recreación, el aprovechamiento del tiempo libre y la educación física¹⁵⁴.

3.3.2. Principales normas que regulan su actividad

- Ley 181 de 1995, *“Por la cual se dictan disposiciones para el fomento del Deporte, la Recreación, el Aprovechamiento del Tiempo Libre y la Educación Física y se crea el Sistema Nacional del Deporte”*.
- Resolución No 797 de 2011, *“Por la cual se conforma el Comité de Contratación y se dictan otras disposiciones”*.

3.3.3. Ejemplos de contratos nominados y/o típicos usados por el Sector Administrativo del Deporte y la Recreación

Contrato de educación extraescolar: Art. 9 de la Ley 181 de 1995; Contrato de trabajo de deportistas profesionales o aficionados: Art. 32 de la Ley 181 de 1995; convenio sobre transferencias de deportistas profesionales: Art. 35 de la Ley 181 de 1995.

3.4. Departamento Nacional de Planeación (DNP)

¹⁵⁴ <http://www.coldeportes.gov.co/coldeportes/index.php?idcategoria=1140>

3.4.1. Objetivos del Departamento Nacional de Planeación

El DNP tiene como objetivos fundamentales *“la preparación, el seguimiento de la ejecución y la evaluación de resultados de las políticas, planes generales, programas y proyectos del sector público y el diseño de las políticas en materia de macro estructura del Estado. El DNP debe realizar en forma permanente el seguimiento de la economía nacional e internacional y proponer los planes y programas para el desarrollo económico, social y ambiental del país, y con el Consejo Nacional de Política Económica y Social (CONPES), constituyen uno de los conductos por medio del cual el Presidente de la República ejerce su función de máximo orientador de la planeación nacional”*. (Art. 2, Decreto 195 de 2004)

3.4.2. Principales normas que regulan su actividad

- Decreto 3517 de 2009, *“Por el cual se modifica la estructura del Departamento Nacional de Planeación”*.
- Decreto 1832 del 31 de agosto de 2012, *“Por el cual se modifica la estructura del Departamento Nacional de Planeación”*.
- Plan Nacional de Desarrollo
- Ley 152 de 1994, *“Por la cual se establece la Ley Orgánica del Plan de Desarrollo”*.

Sistema General de Participaciones

- Ley 715 de 2001, *“Por la cual se dictan normas orgánicas en materia de recursos y competencias de conformidad con los artículos 151, 288, 356 y 357 (Acto Legislativo 01 de 2001) de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones para organizar la prestación de los servicios de educación y salud, entre otros”*.
- Ley 1176 de 2007, *“Por la cual se desarrollan los artículos 356 y 357 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones”*.

Renovación de la Administración Pública

- Ley 790 de 2002, *“Por la cual se expiden disposiciones para adelantar el programa de renovación de la administración pública y se otorgan unas facultades extraordinarias al Presidente de la República”*.

Regalías

- Ley 141 de 1994, *“Por la cual se crean el Fondo Nacional de Regalías, la Comisión Nacional de Regalías, se regula el Derecho del Estado a percibir regalías por la explotación de recursos naturales no renovables, se establecen las reglas para su liquidación y distribución y se dictan otras disposiciones”*.
- Ley 756 de 2002, *“Por la cual se modifica la Ley 141 de 1994, se establecen criterios de distribución y se dictan otras disposiciones”*.

3.4.3. Ejemplos de contratos nominados y/o típicos usados por el Sector Administrativo de Planeación

Contrato de interventorías administrativas y financieras: Art. 10 del Decreto 3517 de 2009.

3.5. Departamento Administrativo de la Función Pública (DAFP)

3.5.1. Objetivos del Departamento Administrativo de la Función Pública

Corresponde al Departamento Administrativo de la Función Pública formular las políticas generales de Administración Pública, en especial en materias relacionadas con Empleo Público, Organización Administrativa, Control Interno y Racionalización de Trámites de la Rama Ejecutiva del Poder Público.

3.5.2. Principales normas que regulan su actividad

- Ley 19 de 1958, sobre reforma administrativa, crea el Departamento Administrativo del Servicio Civil.
- Decreto 3057 de 1968, reestructuró el Departamento Administrativo del Servicio Civil y se creó el Fondo Nacional de Bienestar Social.
- Decreto 2170 de 1992, *“Por el cual se suprime el fondo nacional de bienestar social”*.
- Decreto 2169 de 1992, *“Por el cual se reestructura el departamento administrativo del servicio civil. Este decreto también cambió su nombre de Departamento Administrativo del Servicio Civil por el de Departamento Administrativo de la Función Pública”*.
- Ley 443 de 1998, expide normas sobre carrera administrativa y se dictan otras disposiciones.
- Ley 489 de 1998, *“Por la cual se establece la organización y funcionamiento de la Administración Pública”*.
- Decreto 1444 de 1999, *“Por el cual se reestructura el Departamento Administrativo de la Función Pública”*.
- Decreto 1677 de 2000, *“Por el cual se reestructura el Departamento Administrativo de la Función Pública”*.
- Decreto 188 de 2004, modifica la estructura del Departamento Administrativo de la Función Pública y se dictan otras disposiciones.
- Decreto 264 de 2007, *“Por el cual se modifica la Estructura del Departamento Administrativo de la Función Pública.”*
- Decreto 3715 de 2010, *“Por el cual se modifica la Estructura del Departamento Administrativo de la Función Pública.”*

3.5.3. Ejemplos de contratos nominados y/o típicos usados por el Sector Administrativo de la Función Pública

Dentro de la normatividad aplicable a las entidades que lo comprenden, no se encuentran contratos nominados y/o típicos relacionados con las actividades de este sector administrativo.

3.6. Departamento Administrativo Nacional de Estadística (DANE)

3.6.1. Objetivos del Departamento Administrativo Nacional de Estadística (DANE)

Garantizar la producción, disponibilidad y calidad de la información estadística estratégica, y dirigir, planear, ejecutar, coordinar, regular y evaluar la producción y difusión de la información oficial básica. (Art. 1 Decreto 262 de 2004)

3.6.2. Principales normas que regulan su actividad

- Decreto 2118 de 1992, reorganiza el Departamento Administrativo Nacional de Estadística.
- Decreto 1151 de 2000, modifica la estructura del Departamento Administrativo Nacional de Estadística.
- Decreto 1444 de 2000, “*Por el cual se modifica el Decreto 1151 de 2000*”.
- Decreto 262 de 2004, modifica la estructura del Departamento Administrativo Nacional de Estadística y se dictan otras disposiciones.

3.6.3. Ejemplos de contratos nominados y/o típicos usados por el Sector Administrativo de Información Estadística

Dentro de la normatividad aplicable a las entidades que lo comprenden, no se encuentran contratos nominados y/o típicos relacionados con las actividades de este sector administrativo.

3.7. Departamento Administrativo de Ciencia, Tecnología e Innovación (COLCIENCIAS)

3.7.1. Objetivos del Departamento Administrativo de Ciencia, Tecnología e Innovación (COLCIENCIAS)

El Sector Administrativo de Ciencia, Tecnología e Innovación se creó a partir de la promulgación de la Ley 1286 de 2009, que transformó el Instituto Colombiano para el Desarrollo de la Ciencia y la Tecnología (Colciencias) en Departamento Administrativo de Ciencia, Tecnología e Innovación (Colciencias) como un organismo principal de la Administración Pública, rector del sector, encargado de formular, orientar, dirigir, coordinar, ejecutar e implementar la política del Estado en la materia, en concordancia con los programas y planes de desarrollo.

Colciencias lidera el Sistema Nacional de Ciencia, Tecnología e Innovación (CT+I), del cual forman parte las políticas, estrategias, programas, metodologías y mecanismos para la gestión, promoción, financiación, protección y divulgación de la investigación científica y la innovación tecnológica, así como las organizaciones públicas, privadas o mixtas que realicen o promuevan el desarrollo de actividades científicas, tecnológicas y de innovación¹⁵⁵.

3.7.2. Principales normas que regulan su actividad

¹⁵⁵ www.colciencias.gov.co fecha de consulta 18 de enero de 2014.

- Decreto 2869 de 1968, crea el Fondo Colombiano de Investigaciones Científicas y proyectos especiales “Francisco José de Caldas”.
- Ley 29 de 1990, dicta disposiciones para el fomento de la investigación científica y el desarrollo tecnológico y otorga facultades extraordinarias.
- Decreto 1767 de 1990, “Por el cual se dicta el Estatuto de Ciencia y Tecnología”.
- Decreto 585 de 1981, crea el Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología, reorganiza El Instituto Colombiano para El Desarrollo de la Ciencia y la Tecnología – COLCIENCIAS.
- Decreto 2934 de 1994, *“Por el cual se aprueba El Acuerdo No 0021 de 1994 que establece la estructura interna del Instituto Colombiano para desarrollo de la Ciencia y la Tecnología ‘Francisco José de Caldas’ Colciencias”*.
- Acuerdo 006 de 2003, *“Por el cual se modifica el estatuto interno de COLCIENCIAS”*.
- Ley 1286 de 2009, *“Por la cual se modifica la Ley 29 de 1990, se transforma a Colciencias en Departamento Administrativo, se fortalece el Sistema Nacional de Ciencia, Tecnología e Innovación en Colombia y se dictan otras disposiciones”*.
- Decreto 1904 de 2009, *“Por medio del cual se modifica la estructura del Departamento Administrativo de Ciencia, Tecnología e Innovación -Colciencias- y se dictan otras disposiciones”*.
- Decreto 591 de 1991, *“Por el cual se regulan las modalidades específicas de contratos de fomento de actividades científicas y tecnológicas”*.

3.7.3. Ejemplos de contratos nominados y/o típicos usados por el Sector Administrativo de Ciencia, Tecnología e Innovación

- Contratos de fomento de actividades científicas y tecnológicas: Art. 11 de la Ley 29 de 1990 y desarrollados en detalle por el Decreto 91 de 1991.
- Contrato de Asociación para el Desarrollo de la Ciencia y de la Tecnología, de Fomento de la Ciencia y de la Tecnología, bajo las siguientes modalidades: de Prestación de Servicios de Investigación o de Consultoría, de Crédito, de

Financiamiento de Proyectos de Recuperación Contingente, y de Suministro de Material Bibliográfico y Documental; y de Fiducia: Art. 25 del **Decreto 1767 de 1990**.

5. Contratos atípicos celebrados por el Sector Central de la administración pública colombiana (Ministerios y Departamentos Administrativos) en el periodo 1 de enero de 2011 al 31 de diciembre de 2012

4.1 Metodología de revisión

- Entidades objeto de revisión: Ministerios y Departamentos Administrativos
- Periodo: 1 de enero de 2011 a 31 de diciembre de 2012.

4.2. Procesos contractuales llevados a cabo por las entidades estudiadas durante el año 2011

ENTIDAD	TOTAL DE PROCESOS CONTRACTUALES PUBLICADOS EN EL SECOP EN EL AÑO 2011	FECHA DE CONSULTA SECOP
Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural	85	19/01/2013
Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible	898	19/01/2013
Ministerio de Comercio, Industria y Turismo	324	20/01/2013
Ministerio de Cultura	260	22/01/2013
Ministerio de Defensa Nacional	469	22/01/2013
Ministerio de Educación Nacional	544	23/01/2013
Ministerio de Hacienda y Crédito Público	218	26/01/2013
Ministerio de Justicia y del Derecho	22	26/01/2013
Ministerio de Minas y Energía	236	26/01/2013

Ministerio de Relaciones Exteriores	305	28/01/2013
Ministerio de Salud y Protección Social	124	28/01/2013
Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones	5	28/01/2013
Ministerio de Transporte	262	01/02/2013
Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio	45	01/02/2013
Ministerio del Interior	271	01/02/2013
Ministerio del Trabajo	971	02/02/2013
Departamento Administrativo Nacional de Estadística (DANE)	635	21/01/2013
Departamento Administrativo de Seguridad (en liquidación)	206	06/02/2013
Departamento Administrativo de la Función Pública	165	06/02/2013
Departamento Administrativo de la Presidencia de la República	189	06/02/2013
Departamento Administrativo Nacional de la Economía Solidaria	27	08/02/2013
Departamento Administrativo para la Prosperidad Social	165	08/02/2013
Departamento Nacional de Planeación	798	15/02/2013
Colciencias	47	15/02/2013
Coldeportes	174	15/02/2013
Dirección Nacional de Inteligencia	0	15/02/2013
TOTAL REGISTROS SECOP CONSULTADOS	5878	

4.3. Procesos contractuales llevados a cabo por las entidades estudiadas durante el año 2012

ENTIDAD	TOTAL DE PROCESOS CONTRACTUALES PUBLICADOS EN EL SECOP EN EL AÑO 2012	FECHA CONSULTA SECOP
Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural	141	01/03/2013
Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible	813	01/03/2013
Ministerio de Comercio, Industria y Turismo	499	02/03/2013
Ministerio de Cultura	351	02/03/2013
Ministerio de Defensa Nacional	815	03/03/2013
Ministerio de Educación Nacional	1021	05/03/2013
Ministerio de Hacienda y Crédito Público	478	08/03/2013

Ministerio de Justicia y del Derecho	157	08/03/2013
Ministerio de Minas y Energía	346	11/03/2013
Ministerio de Relaciones Exteriores	435	11/03/2013
Ministerio de Salud y Protección Social	1035	14/03/2013
Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones	30	15/03/2013
Ministerio de Transporte	379	15/03/2013
Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio	902	15/03/2013
Ministerio del Interior	460	16/03/2013
Ministerio del Trabajo	855	17/03/2013
Departamento Administrativo Nacional de Estadística (DANE)	3796	10/03/2013
Departamento Administrativo de Seguridad (en liquidación)	702	17/03/2013
Departamento Administrativo de la Función Pública	376	17/03/2013
Departamento Administrativo de la Presidencia de la República	1211	19/03/2013
Departamento Administrativo Nacional de la Economía Solidaria	16	19/03/2013
Departamento Administrativo para la Prosperidad Social	244	19/03/2013
Departamento Nacional de Planeación	1424	20/03/2013
Colciencias	277	22/03/2013
Coldeportes	740	22/03/2013
Dirección Nacional de Inteligencia	100	22/03/2013
TOTAL REGISTROS SECOP CONSULTADOS	15799	

Respecto a los procesos enunciados en la tabla precedente, cabe hacer los siguientes comentarios:

- Se revisó la contratación de entidades hoy extintas, como el Departamento Administrativo de Seguridad, del cual algunas funciones pasaron a la Dirección Nacional de Inteligencia, o el Departamento Administrativo de la Economía Solidaria – Dansocial, que por mandato del Decreto 4122 de 2011 se trasformó en la Unidad Administrativa Especial de las Organizaciones Solidarias.

- Durante el periodo estudiado, llamó la atención el rezago en la publicación de procesos contractuales por parte del Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, situación que a 16 de enero de 2014 se mantiene.
- Las entidades evidencian un rezago en el montaje de sus procesos de contratación en el SECOP, razón por la cual se detectaron durante la consulta tres fenómenos: a) no existía un orden en los años de publicación, de suerte que, sobre todo en el año 2011, se encuentran procesos correspondientes a los años 2008, 2009 y 2010; b) la cantidad de procesos publicados difería según la fecha de consulta; y c) entidades como el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones tienen muy pocos procesos contractuales reportados en el SECOP.
- Otro de los problemas encontrados se derivó de la reforma a la estructura de la administración central, debida a la expedición de la Ley 1444 de 2011, cuestión que supuso que, en los Ministerios escindidos (Interior y Justicia, Salud y Protección Social y Trabajo, y, Vivienda y Ambiente), hubiera contratos publicados en un Ministerio que realmente correspondían al otro.
- Para medir la incidencia de este tipo de contratación en la administración central, solamente se tuvieron en cuenta procesos que en el SECOP se reportaran como adjudicados, celebrados o liquidados.
- En el caso de los contratos de mantenimiento con suministro de repuestos, se excluyeron aquellos que recaen sobre inmuebles por destinación, ya que estos, según el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, son una especie del contrato de obra:

Son aquellos bienes muebles tales como ascensores, electrobombas, aires acondicionados centrales, plantas eléctricas, subestaciones eléctricas, transformadores y cableado estructurado, que se pueden considerar inmuebles por destinación, aunque por su naturaleza no lo sean, ya que

*están permanentemente destinados al uso y beneficio de un inmueble, no obstante que puedan separarse sin su detrimento*¹⁵⁶.

- Los contratos de hosting o conexión a internet, si bien tienen su base en los contratos de obra (si las obligaciones son de resultado) y de prestación de servicios (si las obligaciones son de medio), según Yanguas tienen tipicidad social, lo que en la práctica los convierte en especies de los contratos ya mencionados y, de acuerdo con el objeto de este estudio, *atípicos*.
- Se excluyeron como atípicos aquellos contratos de licenciamiento de software cuyo efecto práctico es la compraventa del producto, dejando de lado obligaciones de instalación y soporte técnico que rebasan aquellas establecidas en las normas de protección al consumidor.
- Convenios interadministrativos: se excluyen aquellos en donde, en virtud del principio de coordinación, las entidades participantes puedan ejecutar el objeto del convenio con sus propios recursos humanos y físicos, sin acudir a contratación adicional.
- Tampoco se incluyen, en los convenios interadministrativos, aquellos que no tienen contraprestación económica y cuyo objeto, generalmente, obedece a la unión (aunar) esfuerzos para alcanzar un fin común, donde se complementan los objetivos y funciones de las entidades involucradas.
- En cuanto a los contratos de gerencia de proyectos, si bien se encuentran nominados en el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, se considera que, en algunos casos, estudiado el alcance de las prestaciones (prestación de servicios, suministro de bienes, apoyo

¹⁵⁶ DIAN Manual de Administración de Recursos Físicos <http://www.cnsc.gov.co/docs/MANUALDERECURSOSFISICOS.pdf>, fecha de consulta 25 de marzo de 2013.

logístico, entre otros), son contratos atípicos mixtos y, por lo tanto, se incluyen en este estudio.

4.4. Tipologías de contratos atípicos encontradas

A continuación, se hará una relación de los contratos que, de la revisión del Sistema Electrónico de Contratación Pública (SECOP), pueden considerarse atípicos y que se enmarcan en las siguientes categorías generales:

1. Contratos de apoyo logístico
2. Contratos de bienestar
3. Contratos de medios
4. Contratos misionales
5. Contratos de outsourcing (aseo, cafetería y fotocopiado)
6. Contratos Interadministrativos
7. Contratos de tecnologías de la información y telecomunicaciones
8. Contratos de archivo y gestión documental
9. Contratos celebrados con entidades sin ánimo de lucro
10. Contratos de servicio al cliente/ciudadano
11. Contratos de gerencia

De esta lista, se hará, si existe, una definición de los contratos dada por la doctrina. Luego, se pasará a analizar algunos contratos celebrados por las entidades y sus caracteres particulares, y se harán unas observaciones generales a la tipología encontrada, las cuales se derivan de los caracteres específicos de cada contrato, establecidos en el anexo número 2 de este trabajo, anexo que fue construido teniendo en cuenta los siguientes elementos:

- **Número de contrato:** para determinar la trazabilidad del proceso.

- **Contratante:** entidad pública, Ministerio o Departamento Administrativo que convocó al proceso de contratación, en aras de atender a una necesidad específica.
- **Contratista:** persona natural o jurídica que atendió al llamado de la administración.
- **Prestaciones a cargo del contratante:** las obligaciones de la entidad contratante solo se incluyen cuando se trata de contratos donde ambas partes se comprometen más allá de las prestaciones genéricas, como lo son el pago, el suministro de información necesaria para la ejecución del objeto contractual o el ejercicio de la supervisión.
- **Prestaciones a cargo del contratista:** obligaciones del contratista, solo se incluyen aquellas que determinan el alcance del contrato. De nuevo, se excluyen estipulaciones que son comunes a los contratos estatales¹⁵⁷.

¹⁵⁷ Ejemplos de estas estipulaciones genéricas son:

Cumplir las instrucciones impartidas por el funcionario encargado del control y vigilancia del contrato y las demás que sean inherentes al objeto de la presente contratación.

Cumplir con los plazos establecidos en el contrato, y en particular con los determinados para la constitución de la Garantía.

Presentar la garantía para aprobación de la entidad contratante, dentro del día hábil siguiente al perfeccionamiento del contrato y tramitar las modificaciones que le sean solicitadas.

Prestar el objeto del contrato dentro del término y en el sitio señalado a. partir de las autorizaciones escritas emitidas por el supervisor del contrato.

Presentar al supervisor del contrato los comprobantes de pago de las obligaciones parafiscales y aportes al Sistema de Seguridad Social Integral (Salud, Pensiones y Riesgos Laborales).

Cumplir cada uno de los ofrecimientos hechos en su oferta, en todo aquello que no contraría lo estipulado en el contrato.

Defender en todas sus actuaciones los intereses de la entidad contratante y obrar con lealtad y buena fe en todas las etapas contractuales.

Adelantar los trámites y cumplir los requisitos para la ejecución del contrato dentro de los plazos establecidos.

Acreditar el pago de los derechos de publicación del contrato en los casos en que sea procedente.

Presentación de informes en los términos especificados en cada uno de los contratos.

Suscribir el acta de inicio.

No acceder a peticiones o amenazas de quienes actúen por fuera de la ley, con el fin de obligarlo a hacer u omitir algún acto o hecho, informando inmediatamente al Ministerio de Salud y Protección Social y a las demás autoridades competentes si esto llegara a presentarse.

Presentar al supervisor del contrato, cuando este lo requiera, las constancias de pago oportuno de nómina, horas extras, prestaciones sociales, aportes al sistema de seguridad social y parafiscales.

- **Modalidad de contratación:** determinada en el Sistema Electrónico de Contratación Pública - SECOP.
- **Tipificación entidad:** dada por la entidad contratante conforme a las categorías contractuales, objeto – producto o servicio, establecidas en el Sistema Electrónico de Contratación Pública - SECOP¹⁵⁸. Nótese, en este punto, que la misma página web de contratación determina dos grandes categorías: la primera, que se refiere a contratos que implican algún tipo de transferencia de dominio, como la compraventa, el suministro o arrendamiento; y la segunda, la prestación de distintos tipos de prestaciones de servicios, algunos que sugieren la necesidad de acudir a tipos contractuales, pero que, en la práctica, obedecen a dos grandes grupos de contratos típicos.
- **Supervisión:** hace referencia a los mecanismos de seguimiento a la ejecución del objeto contractual que usa la entidad contratante y en cabeza de quien recae.

En cuanto a la importancia de la supervisión, cabe traer a colación la propuesta de cuerpo normativo para la supervisión incluida en la tesis de grado “La Supervisión de los contratos estatales en las entidades autónomas del nivel nacional de la administración pública”, realizada por Ana Beatriz Balcázar Moreno:

Artículo 2.- De la definición de la supervisión contractual. Para los efectos de esta ley se denomina supervisión contractual a aquellas actividades de control, dirección y seguimiento de los negocios jurídicos celebrados por las entidades públicas, desarrollas de manera permanente e integral para la verificación del cabal cumplimiento de las obligaciones legales, administrativas, técnicas, financiero-contables a las que se han comprometido las partes y de la consecución de la finalidad y logros propuestos dentro de los planes de desarrollo iniciados por la entidad pública contratante.

Parágrafo Primero. Las actividades de supervisión contractual serán desarrolladas directamente por cada una de las entidades públicas contratantes a través la delegación de estas funciones a un servidor público o por medio de una persona natural o jurídica contratada para el efecto, en los términos del artículo 211 de la Constitución Política, la Ley 489 de 1998, la Ley 1150 de 2007 y la Ley 1474 de 2011 y en consideración de la cuantía y del objeto del contrato sobre el cual se ejercerá la supervisión.

¹⁵⁸ <https://www.contratos.gov.co/consultas/inicioConsulta.do>

Parágrafo Segundo. El supervisor y/o interventor del negocio jurídico debe estar altamente calificado, contar con conocimientos especializados teóricos y prácticos sobre la materia del objeto contractual, no estar incurso en causales de incompatibilidad e inhabilidad, no tener vínculos de consanguinidad ni afinidad hasta en segundo grado y primero civil ni tener la calidad de socio o asociado, accionista o propietario cuotas o partes de interés con el particular ejecutor del contrato sobre el cual se desarrollará la actividad de supervisión.

Parágrafo Tercero. Para determinar la idoneidad del interesado en ejercer las actividades de supervisoría y/o interventoría del negocio jurídico, éste deberá acreditar la misma experticia exigida al contratista de la entidad pública contratante para su evaluación frente a las especificaciones requeridas y posterior calificación, en aras de proceder con la delegación de funciones o de la adjudicación del contrato de interventoría¹⁵⁹.

- **Cláusulas excepcionales:** se refiere a si, en el contrato estudiado, se pactaron las cláusulas excepcionales de interpretación, modificación, interpretación y caducidad, todas estas estipulaciones propias del contrato estatal.

El siguiente bloque de ítems incluidos en las tablas de análisis: cláusula penal, multas y garantías, como mecanismos de salvaguarda de la ejecución del contrato y, por ende, de la satisfacción del interés general, e incluyen, teniendo en cuenta el mandato del numeral 2° del artículo 4° de la Ley 80 de 1993, sobre la necesidad de garantías para asegurarse el cumplimiento de los fines del Estado; además de lo estipulado en los incisos finales del artículo 25 de la misma ley sobre el principio de economía.

- **Cláusula penal:**

Sobre la cláusula penal pecuniaria, la Sección Tercera del Consejo de Estado, en sentencia del 13 de noviembre de 2008, con ponencia del magistrado Enrique Gil Botero, expuso:

La cláusula penal pecuniaria. Aunque las multas y la cláusula penal pecuniaria tienen una finalidad común -en lo sustancial-, que se concreta en el logro de los

¹⁵⁹ Ver Balcázar Moreno, La Supervisión de los contratos estatales, págs. 218-219.

objetivos propuestos en el contrato; se diferencian en que la multa por regla general es conminatoria del cumplimiento de las obligaciones en razón al acaecimiento de incumplimientos parciales; la cláusula penal constituye en principio una tasación anticipada de perjuicios, a raíz de la declaratoria de caducidad o del incumplimiento definitivo del contrato, es decir, que se impone por un incumplimiento severo y grave de las obligaciones. (...)

Con la imposición y ejecución de la cláusula penal se penaliza al contratista, por el incumplimiento grave del contrato, constituyendo una verdadera indemnización, que aunque parcial es definitiva, pues con ella se resarcen los perjuicios, o parte de ellos, a favor de la parte que ha cumplido el negocio.

La Sala resalta que, pese a que la cláusula penal es una tasación anticipada y definitiva de perjuicios, pueden presentarse dos situaciones: una, que el monto estipulado no cubra todos los perjuicios irrogados por el incumplimiento, es decir, que estos superan la sanción acordada; y otra hipótesis se constituye en el evento de que la entidad imponga al contratista incumplido el monto total de la cláusula, la cual puede ser considerada por el contratista como excesiva, en consideración a la ejecución parcial que haya hecho del objeto del contrato.

En ambos casos -por defecto o por exceso-, las partes deben solicitar al juez que determine el valor definitivo que una parte le debe pagar a la otra.

Por otro lado, sobre las multas, el Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Sentencia del 29 de noviembre de 2010 (2040), MP William Zambrano Cetina:

1. La imposición de multas en los contratos estatales tiene por objeto apremiar al contratista al cumplimiento de sus obligaciones, mediante la imposición de una sanción de tipo pecuniario en caso de mora o incumplimiento parcial. Su imposición unilateral por las entidades estatales se asocia normalmente a las necesidades de dirección del contrato estatal y de aseguramiento de los intereses públicos por parte de la Administración. 2. La obligación que nace de la multa es

el pago de una obligación dineraria liquidada en el respectivo acto. Esta obligación de pagar una suma de dinero es distinta (adicional) de las obligaciones contractuales propiamente dichas, pues representa una carga adicional originada en una situación de incumplimiento, por la que el contratista debe responder. Así, el contratista sigue obligado a cumplir el contrato, pero además, si es multado, debe pagar al Estado la suma de dinero correspondiente a la multa. Por tanto, las multas y su cumplimiento no pueden ser neutras o favorables al contratista, pues conllevan implícita una consecuencia desfavorable para él, derivada de la situación de incumplimiento en que se ha puesto. Si no fuera así, la multa no cumpliría su función de apremio, pues al contratista le podría ser indiferente cumplir o no sus obligaciones para con la Administración. 3. En ese sentido, las entidades estatales deben remitir información de las multas y sanciones impuestas a las Cámaras de Comercio de la respectiva jurisdicción, conforme lo ordena el artículo 6 de la Ley 1150 de 2007.

➤ **Garantías:**

Hace referencia a si el contrato, en los términos del numeral 19 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993, tiene garantías, bien sean estas expedidas por una compañía de seguros o por una entidad bancaria.

➤ **Observaciones al contrato:**

En este aparte se incluyen algunas consideraciones sobre el proceso contractual revisado como, por ejemplo, los aportes de las partes en caso de los convenios interadministrativos o la explicación del porqué se considera atípico el contrato.

A continuación, se pasa a hacer el estudio de los tipos contractuales atípicos usados por las entidades objeto de estudio:

4.4.1. Contratos de apoyo logístico

Los contratos logísticos son definidos por la doctrina como un tipo de outsourcing, donde una empresa encarga a un tercero los procesos de “(...) *la organización, planificación, control y ejecución del flujo de bienes, su desarrollo, compras, producción y distribución, hasta su puesta a disposición del consumidor y, además, a la restitución de materiales al establecimiento del usuario*”¹⁶⁰. Definición acorde con la hecha por la Real Academia Española, cuando define la palabra logística como un: “*Conjunto de medios y métodos necesarios para llevar a cabo la organización de una empresa, o de un servicio, especialmente de distribución*”¹⁶¹.

No obstante la definición de logística dada por la doctrina, derivada de las acepciones dadas por la Real Academia Española¹⁶², en la práctica contractual de los Ministerios y Departamentos Administrativos, los contratos denominados como de “apoyo logístico” se suscriben para organizar eventos; lo cual se aleja de la acepción tradicional y responde más a un uso local que se da a la palabra como sinónimo de organización. Así las cosas, los contratos de apoyo logístico contienen por lo menos dos de tres prestaciones:

¹⁶⁰ <http://www.logisticasud.enfasis.com/articulos/21460-el-contrato-logistico-tiempo-nominar-lo-innominado>, fecha de consulta 5 de enero de 2014.

¹⁶¹ <http://lema.rae.es/drae/?val=log%C3%ADstica>, fecha de consulta 5 de enero de 2014.

¹⁶² <http://lema.rae.es/drae/?val=log%C3%ADstica> logística.

(Del ingl. logistics).

1. f. Parte de la organización militar que atiende al movimiento y mantenimiento de las tropas en campaña.

2. f. Lógica que emplea el método y el simbolismo de las matemáticas.

3. f. Conjunto de medios y métodos necesarios para llevar a cabo la organización de una empresa, o de un servicio, especialmente de distribución.

logístico, ca.

1. adj. Perteneciente o relativo a la logística.

- Prestación de servicios: así, por ejemplo, el contratista debe prestar los servicios de adecuación del lugar del evento, suministrar personal como organizadores y meseros, personal de cocina y aseo, o información sobre el evento.
- Suministro de alimentos, materiales o información relacionada con el evento: así, el contratista debe proporcionar elementos como una estación de café, refrigerios, elementos de papelería o memorias de los eventos.
- Arrendamiento de inmuebles, mobiliario y equipos: lugar donde se realizará el evento, mobiliario, computadores, videobeams, equipos de audio y video.

Se encuentra entonces que, en la práctica contractual de la administración central en Colombia, los contratos de apoyo logístico, a diferencia de lo que se considera en otros lugares como logística, obedecen a la necesidad de celebrar eventos de capacitación o divulgación, para lo cual la administración acude a la tercerización.

4.4.2. Contratos de bienestar

Los contratos de bienestar son una modalidad del contrato de prestación de servicios que se derivan del cumplimiento de obligaciones legales¹⁶³ para con los funcionarios (servidores públicos, trabajadores oficiales y contratistas), tales como el suministro de dotación, realización de eventos de integración o fortalecimiento institucional, deportes o entretenimiento.

En el caso del suministro de dotaciones, que en principio puede considerarse una mera compraventa, esta se desdibuja cuando se le imponen al contratista prestaciones, como la que asume quien provee bonos canjeables de hacer los convenios con los comercios donde estos han de ser aceptados y garantizar la calidad de los productos que provean los establecimientos comerciales aliados.

¹⁶³ Ejemplo de estas obligaciones legales es aquella interpuesta por el Código Sustantivo de Trabajo de ofrecer dotaciones a los trabajadores.

En el caso de la organización de eventos (recreacionales, de motivación empresarial o deportivos) relacionados con el bienestar de la planta de personal, lo que usualmente se encuentra es una combinación de prestaciones de prestación de servicios (eventos recreativos, deportivos, charlas motivacionales) con prestaciones de suministro de bienes como alimentación y refrigerios, transporte al lugar del evento y alquiler de equipos o locaciones, lo cual hace que este contrato se parezca mucho al de apoyo logístico, diferenciándose de este por contener elementos lúdicos o por conceder beneficios al trabajador.

4.4.3. Contratos de medios

Este grupo de contratos se refiere a aquellos celebrados por las entidades para comunicarse con la ciudadanía, informarla sobre las gestiones y programas que estas adelantan en ejercicio de sus actividades; tarea que se realiza a través de instrumentos técnicos de transmisión de imagen y sonido, es decir, a través de medios impresos y audiovisuales.

En este punto, es necesario aclarar que lo que hace el Estado no es una actividad de comunicación comercial, sino de comunicación social, la cual se define como:

Este tipo de comunicación de masas incluye actividades tales como la educación, la divulgación, la propaganda, la información propiamente dicha... estas están relacionadas sobre todo con la transmisión de conceptos ideológicos (filosofías, ideas...) a la búsqueda de una reacción del receptor en el ámbito social¹⁶⁴.

También es importante aclarar que estas actividades de comunicación social no deben ser tenidas como propaganda, donde lo que prima es influir en el receptor para que se acerque a las ideas del emisor. La comunicación social, en este caso, busca educar, divulgar o informar a la ciudadanía sobre las actividades que desarrollan las distintas entidades

¹⁶⁴ Ver García-Uceda, *Las Claves de la Publicidad*, p. 28.

estatales. En este orden de ideas, respecto a los contratos que en este trabajo se denominan como de medios, se encuentran tres grandes categorías: los contratos de publicidad, de producción audiovisual y de producción radial.

4.4.3.1. El contrato de publicidad

Los contratos de publicidad son una especie del contrato de prestación de servicios. Consisten en una idea (el eslogan, la historia, la manera como esta se presenta, es decir, las personas y las imágenes) y su concreción material en un producto audiovisual o en medios físicos como carteles, ropa, papel, etc. La profesora argentina Gloria Portillo los define como:

El contrato de publicidad es una locación de obra, aunque especificada por su peculiar opus: la elaboración de un mensaje publicitario –lo intelectual de la obra– y su irradiación hacia un “público blanco” a través de medio, con propósitos publicitarios o propagandísticos o, en definitiva, promocionales de una cosa, un producto, una persona, un servicio u otros objetos que logre alcanzar la imaginación del publicitario¹⁶⁵.

Esta definición denota la dificultad de encuadrar el contrato de publicidad en un tipo preexistente, ya que la locación de obra se desnaturaliza por la presencia de un elemento que es esencial a la publicidad: la idea; una idea que logre calar en el imaginario del receptor y así venda el bien o servicio que se anuncia.

Es importante tener en cuenta que, si bien la publicidad tiene una regulación desde el marco del régimen de protección al consumidor, la protección a la propiedad intelectual y su cuantía puede ser restringida desde las normas presupuestales; su contenido obligacional y prestacional no se encuentra expresamente regulado, pudiendo incluir no solo la idea sino

¹⁶⁵ Ver Portillo, *Modernos contratos del derecho*, p. 186.

su concreción material, la provisión y el alquiler de los espacios donde se plasmará la idea, o la fabricación de los elementos publicitarios.

4.4.3.2. Contrato de producción audiovisual

Este contrato es definido por Lafont Pianetta como “(...) *aquel convenio en virtud del cual una persona natural o jurídica, llamada programadora, se obliga para con otra, llamada cliente, a realizar el proceso sobre producción audiovisual de un asunto o actividad, a cambio de una remuneración determinada*”¹⁶⁶.

“El **objeto** está representado principalmente por las actividades que comprende todo el proceso de producción, como las de creatividad, planificación o programación, diseño, elaboración, tecnificación, prueba y elaboración final”¹⁶⁷.

De la definición trascrita, es importante anotar que quien se obliga no es solo una programadora, persona que, por lo menos para el Derecho colombiano, debe llenar una serie de requisitos toda vez que su actividad implica el uso del espectro electromagnético, regulado desde la Constitución, pues también puede ser sujeto de este contrato una productora, la cual realiza el producto audiovisual y puede entregarlo para que se difunda solamente dentro de la entidad. En todo lo demás, la definición del profesor Lafont Pianetta incluye los elementos esenciales de este contrato.

4.4.3.3. Contratos de radiodifusión:

Este contrato se define como aquel donde el autor o el titular de los derechos patrimoniales autoriza a un organismo de radiodifusión a transmitir una obra, por cualquier medio que, sirviéndose del espectro radioeléctrico, haga posible su transmisión¹⁶⁸. Ejemplo de dichos contratos son los celebrados por el Ministerio de Defensa para incentivar la desmovilización de los alzados en armas (guerrilla o paramilitares).

¹⁶⁶ Ver Lafont Pianetta, *Manual de Contratos*, p. 300.

¹⁶⁷ Ver Lafont Pianetta, *Manual de Contratos*, p. 301.

¹⁶⁸ docs.seace.gob.pe/.../000490_ADS-21-2008-INADE_6401-CONTRATO

Pese lo común de estos contratos y las varias regulaciones que sobre ellos existen (por ejemplo, las concesiones para la prestación de servicios de comunicaciones o los límites a la publicidad existente, desde la consagración de normas de protección a los consumidores y de derechos fundamentales, como gozar de un ambiente sano), hasta ahora la legislación colombiana no ha establecido en detalle sus objetos y contenido prestacional, tal vez asimilando esta actividad al arrendamiento de servicios inmateriales, pero siempre apareciendo un elemento extraño pero esencial, la idea en la publicidad o la combinación de prestaciones en los contratos de producción audiovisual o radiodifusión, donde debe proveerse, al contratante de la idea, el producto y el medio para transmitir la idea y el producto.

4.4.4. Contratos Misionales

Este tipo de contratos tiene su razón de ser en el cumplimiento de obligaciones planteadas genéricamente en la ley y que corresponde a las entidades procurar los medios para su cumplimiento, lo cual en muchos casos implica el diseño de figuras contractuales mixtas que pueden ser consideradas como atípicas.

Ejemplo de este tipo de contratos es el contrato No 288 de 2011 por el Departamento Administrativo para la Prosperidad Social, en ese entonces Agencia Presidencial para la Acción Social, y la Cooperación Internacional con la Corporación Universitaria Autónoma del Cauca, y cuyo objeto es:

La Agencia Presidencial para la Acción Social y la Cooperación Internacional requiere contratar un operador que brinde el proceso de acompañamiento al proyecto incentivo al retorno y a la reubicación de acción social para la generación de capacidades y contribuir a la reparación colectiva, teniendo en cuenta los lineamientos establecidos por la entidad.

Este tipo de contratos se ha celebrado con base en los siguientes fundamentos:

6) Que el Departamento Administrativo para la Prosperidad Social, antes Agencia Presidencial para la Acción Social y la Cooperación Internacional –Acción Social–

hace parte de la estrategia integral del Gobierno Nacional, que se desarrolla a través de diversas entidades y programas, para atender a la población más pobre y vulnerable del país por situaciones de desplazamiento, violencia, pobreza y presencia de cultivos ilícitos, en el marco de las bases del Plan Nacional de Desarrollo 2010-2014.

Y continúa:

7) Que el proceso de restablecimiento de las personas en situación de desplazamiento culmina, cuando se han generado las condiciones que les permitan contar con alternativas para rehacer integralmente su proyecto de vida y lograr su estabilización socio-económica progresiva valiéndose de sus potencialidades y con el apoyo de la oferta institucional. Así pues, el punto de partida ideal para el restablecimiento de la persona desplazada por causa de la confrontación armada, es la posibilidad de retornar al lugar habitual de residencia del cual salió forzosamente, o reubicarse en otro distinto a este, en condiciones de voluntariedad, seguridad, dignidad y sostenibilidad.

Por último:

10) Que para avanzar en el logro de los objetivos trazados en el marco de la política de atención y reparación integral a la población desplazada, ACCIÓN SOCIAL, hoy –DPS– ha diseñado e implementado “Retornar es vivir”, como una estrategia de coordinación interinstitucional e intersectorial, orientada a brindar condiciones dignas, seguras y sostenibles para aquellos colombianos que luego de haber sufrido el desplazamiento forzado a causa de la violencia, han decidido regresar a sus tierras voluntariamente, sin que hubiere mediado inicialmente un acompañamiento Institucionalidad Estatal (sic), o que se establecieran en un lugar diferente al de su expulsión, de tal manera que se asegure su acceso a los mínimos básicos de atención integral bajo un esquema de atención preferente y diferencial; y se avance progresiva e integralmente hacia la realización de todos los elementos

de atención contenidos en la Política Pública de Retornos y Reubicaciones, bajo un enfoque restitutivo y reparador y de reconciliación nacional. De igual forma, bajo dicho esquema de coordinación, la estrategia “Retornar es Vivir”, incorporará aquellos casos de retorno o reubicación acompañados por la Institucionalidad Estatal, bajo los criterios y principios ya enunciados.

En este orden de ideas, este contrato, con fuente en la Constitución y la Ley de Víctimas (Ley 1448 de 2011, la cual no establece tipologías contractuales específicas para esta eventualidad), busca atender a las víctimas del conflicto armado, propiciando su retorno o reubicación, mezclando para tal fin distintas formas de los contratos de consultoría y prestación de servicios, a través de la realización de diagnósticos, capacitaciones e incluso una suerte de apoyo logístico: *“9. Desarrollar en la fase 2 la ejecución del plan del trabajo para la generación a través de incentivos que se entregan, Establecimiento de “Bosques de Memoria” y ejecución de un acto comunitario por municipio (al finalizar el primer año de ejecución del IRR)”.*

Otro ejemplo de contratos misionales han sido los celebrados por el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, cuyo objeto consiste en:

Prestación de servicios profesionales en las áreas física, biótica y social, requeridos para emitir los conceptos técnicos producto de las visitas de evaluación, seguimiento y/o modificación ambiental para apoyar a la Dirección de Licencias, Permisos y Trámites Ambientales en la evaluación y el seguimiento de los proyectos, obras o actividades objeto de licenciamiento ambiental de competencia del Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial y determinar el nivel de cumplimiento de las obligaciones, términos y condiciones bajo los cuales se

autorizó la ejecución y desarrollo de los mismos y bajo los lineamientos de la normatividad vigente¹⁶⁹.

Este tipo de contratos se ha celebrado basándose en los siguientes fundamentos:

7. Finalmente, el ya citado artículo 96 de la Ley 633 de 2000, estableció que las autoridades ambientales prestarán los servicios ambientales para proyectos que requieran o tengan licencia ambiental a través de sus funcionarios o contratistas, ante lo cual se evidencia falta de personal calificado y suficiente para desarrollar estas actividades, toda vez que el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial cuenta dentro de su planta de personal, con tan solo dieciséis (16) funcionarios asignados a la Dirección de Licencias, Permisos y Trámites Ambientales, lo cual resulta insuficiente.

8. En ejercicio de dichas funciones encomendadas al Ministerio, la Dirección de Licencias, Permisos y Trámites Ambientales, ha recibido hasta el mes de octubre de 2010, un total de 43.227 solicitudes de trámite a través del proceso de Relación con Usuarios, lo que hace evidente la necesidad de contar con el personal idóneo, capacitado y con la experiencia profesional necesaria, con el fin de garantizar la atención oportuna de los procesos de licenciamiento ambiental.

9. Por lo anterior, y habida cuenta de que la Dirección debe cumplir sus labores misionales en debida forma, y en todo caso garantizar la prestación de dichos servicios y el cumplimiento de las metas y compromisos del Gobierno Nacional y en particular, las asignadas al Ministerio, se hace necesario contratar personal profesional, especializado en áreas bióticas, sociales y físicas, con el fin que

¹⁶⁹ Por ejemplo el Contrato de Prestación de Servicios Profesionales No. 50F De 2011, suscrito entre el Fondo Nacional Ambiental - Fonam y la Unión Temporal Troika.

continúe ejecutando los procesos misionales establecidos, en cabeza de la Dirección.

Como se puede evidenciar en estos considerandos, el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible terceriza una de sus funciones legales, toda vez que no cuenta con el personal suficiente para ejecutarla y no puede suspender la prestación del servicio público.

Otro ejemplo de contratos misionales son los contratos de Underwriting, celebrados por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público para la colocación de deuda externa. Narváez define dicho contrato como *“asegurar contra riesgos, garantizar, suscribir una emisión de valores. La noción didáctica de este contrato de naturaleza financiera, es la de que se celebra por una entidad emisora con una empresa intermediaria que le garantiza o prefinancia la colocación de los títulos o valores que emite”*¹⁷⁰.

En este caso, la atipicidad deriva de una regulación parcial, donde el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero establece unos requisitos para ser underwriter, sin entrar a profundizar en los aspectos prestacionales del contrato. Dicho en otras palabras, define el quién pero no el cómo, el cuándo y el dónde.

4.4.5. Contratos de Outsourcing¹⁷¹

El outsourcing, por su parte, se refiere a la tercerización de funciones que se pueden ejecutar dentro de la organización, pero que no son esenciales para su actividad. De tal manera, en las entidades públicas estudiadas, el fotocopiado de documentos y el manejo del aseo y la cafetería se le han entregado a terceros, quienes se comprometen a suministrar los insumos necesarios para la ejecución del objeto contractual (maquinaria y bienes

¹⁷⁰ Ver Narváez García, Derecho Mercantil Colombiano, Tomo V, Pág. 77.

¹⁷¹ <https://www.contratos.gov.co/consultas/detalleProceso.do?numConstancia=11-9-324826>

fungibles como papelería e instrumentos de aseo) y a proveer el personal necesario, sin que este tenga ningún tipo de vinculación con la entidad contratante.

4.4.6. Convenios o Contratos Interadministrativos

Los convenios interadministrativos tienen su razón de ser en el cumplimiento de obligaciones planteadas genéricamente en la ley y que corresponde a las entidades procurar los medios para su cumplimiento; lo cual, en muchos casos, implica el diseño de figuras contractuales mixtas que pueden ser consideradas como atípicas.

El convenio interadministrativo es, en palabras del profesor Chávez Marín, una especie del género contrato, donde el acuerdo de voluntades está encaminado a alcanzar una finalidad común de las partes, que en el caso de las entidades públicas es la satisfacción del interés general. A contrario sensu, el contrato estatal o interadministrativo se caracteriza por la existencia de intereses jurídicos contrapuestos¹⁷². En este orden de ideas, el autor define el convenio interadministrativo como:

*Vínculo jurídico establecido mediante un acuerdo de voluntades celebrado entre dos o más personas jurídicas públicas con el objeto de coordinar, cooperar o colaborar en la realización de funciones administrativas de interés común a los sujetos contratantes*¹⁷³.

En sentencia del 7 de octubre de 2009, la Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado, en el proceso No. 35.476, con ponencia del magistrado Enrique Gil Botero, se refirió al tema en los siguientes términos:

(...) los convenios interadministrativos son formas de gestión conjunta de competencias administrativas que asumen el ropaje del negocio jurídico y, al

¹⁷² Ver Chávez Marín, *Los convenios de la Administración. Entre la gestión pública y la actividad contractual*, p. 73.

¹⁷³ Ver Chávez Marín, *Los convenios de la Administración. Entre la gestión pública y la actividad contractual*, p. 79-132.

hacerlo, regulan intereses que aunque coincidentes son perfectamente delimitables, por tanto se trata de relaciones en la que mínimo participan dos partes. Adicionalmente, mediante este instrumento se crean vínculos jurídicos que antes de su utilización no existían y que se traducen en obligaciones concretas. Finalmente, dichas obligaciones son emanaciones de los efectos jurídicos que puedan llegar a desprenderse, son un reflejo directo de las voluntades involucradas. Esta conclusión es concordante con la aplicación de las normas en materia de contratación estatal y, por ende, la utilización de iguales cauces judiciales para solucionar las controversias o las dudas sobre la legalidad que puedan llegar a surgir. Por ende, la sala considera que la acción contractual es la vía procesal adecuada para someter a conocimiento del juez contencioso administrativo las controversias que se deriven de los llamados convenios interadministrativos al ser estos una manifestación de la llamada actividad negocial de la administración pública.

Luego, con mayor detalle y delimitando sus caracteres esenciales, la Sección Tercera del Consejo de Estado, en sentencia del 23 de junio de 2010, con ponencia del Consejero Mauricio Fajardo Gómez, la cual, no obstante la distinción que hace Chávez Marín entre contratos interadministrativos y convenios interadministrativos, unifica los conceptos en estos términos¹⁷⁴:

Así, el principal efecto de los “convenios interadministrativos”, al igual que el de los demás contratos, es el de crear obligaciones que solo se pueden invalidar o modificar por decisión mutua de los contrayentes o por efecto de las disposiciones legales, tal y como claramente lo dispone el artículo 1602 del Código Civil; se advierte entonces que si en un convenio o contrato interadministrativo debidamente perfeccionado, en el cual han surgido las obligaciones correspondientes, una de las partes no cumple con los compromisos que contrajo, tal parte está obligada a

¹⁷⁴ Ver Chávez Marín, *Los convenios de la Administración. Entre la gestión pública y la actividad contractual*, p. 140 y 141.

responder por ello, salvo que la causa de su falta de cumplimiento encuentre justificación válida. En ese orden de ideas, otro efecto determinante que surge de los convenios referidos, es aquel que se denomina en la doctrina jurídica denomina como integración, el cual encuentra concreción en los artículos 1603 del Código Civil y 871 del Código de Comercio, en cuya virtud hacen parte de los contratos o convenios, a título de obligaciones y derechos, al lado de aquello que las partes acordaron expresamente, todo lo que, de acuerdo con su naturaleza, emerja de la ley, de la buena fe, de la costumbre y de la equidad, como elementos que adicionan el contenido y los efectos del negocio jurídico respectivo. (Subrayado fuera de texto)

En atención a lo anterior y en relación específicamente con lo que interesa para el caso concreto, se puede señalar que los convenios o contratos interadministrativos tienen como características principales las siguientes:

(i) constituyen verdaderos contratos en los términos del Código de Comercio cuando su objeto lo constituyen obligaciones patrimoniales;

(ii) tienen como fuente la autonomía contractual;

(iii) son contratos nominados puesto que están mencionados en la ley;

(iv) son contratos atípicos desde la perspectiva legal dado que se advierte la ausencia de unas normas que de manera detallada los disciplinen, los expliquen y los desarrollen, como sí las tienen los contratos típicos, por ejemplo compra venta, arrendamiento, mandato, etc.

(v) la normatividad a la cual se encuentran sujetos en principio es la del Estatuto General de Contratación, en atención a que las partes que los celebran son entidades estatales y, por consiguiente, también se obligan a las disposiciones que resulten pertinentes del Código Civil y del Código de Comercio;

(vi) dan lugar a la creación de obligaciones jurídicamente exigibles;

(vii) persiguen una finalidad común a través de la realización de intereses compartidos entre las entidades vinculadas;

(viii) la acción mediante la cual se deben ventilar las diferencias que sobre el particular surjan es la de controversias contractuales¹⁷⁵.

Las dos jurisprudencias citadas muestran que, si bien el convenio o contrato interadministrativo tienen *nomen* legal, su atipicidad deriva de la libertad de configuración que tienen las entidades intervinientes para ajustar el objeto y las prestaciones a sus necesidades específicas.

4.4.7. Contratos de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones

Este tipo de contratos ha sido regulado a la luz del Derecho de autor, por ejemplo a través del Decreto 1360 de 1989 reglamentario de la Ley 23 de 1982¹⁷⁶, pero como tal no

¹⁷⁵ Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Bogotá D.C., veintitrés (23) de junio de dos mil diez (2010), Consejero ponente (E): Mauricio Fajardo Gómez, Radicación número: 66001-23-31-000-1998-00261-01(17860).

¹⁷⁶ Consejo de Estado, Sección Cuarta treinta (30) de agosto de mil novecientos noventa y uno (1991) Consejero ponente Carmelo Martínez Conn: “Ahora bien, para la Sala es claro, que el servicio de computación, que como en el caso de *litis*, incluye programación y software (hojas 12 a 15 del acta de visita) en su ejecución predomina el factor intelectual sobre el manual o estrictamente material, hecho que caracteriza la prestación del servicio, independientemente del hecho de que el mismo se realice en cumplimiento de determinado contrato, lo cual no desvirtúa la esencia misma del pago o retribución por el servicio. Por ello la circunstancia por el accionante en el sentido de que se trata de arrendamiento de dichos servicios (programación y software) no desvirtúa la naturaleza del pago, porque de todas maneras se está dando el servicio de computación o programación cuya retribución evidentemente tiene el carácter de honorarios; y por ende sujeto al cumplimiento del requisito echado de menos por la Administración.

existe regulación específica del contrato, a excepción de algunos donde del estudio del objeto y las prestaciones es fácilmente discernible que se trata de una compraventa pura y simple, cuando hay transferencia del producto sin que haya soporte técnico o participación del contratante en la creación del software; o una prestación de servicios cuando se trata de una persona natural que apoya la gestión de la entidad contratante.

A continuación, se hará mención de los diferentes tipos de contrato que pueden darse sobre esta materia y que han celebrado las entidades del sector central de la administración pública colombiana:

4.4.7.1. Contrato de licencia

El creador del programa, a cambio de una remuneración, autoriza a otra persona a utilizarlo, conservando el licenciante la propiedad del software, pudiendo autorizar si quiere su reproducción y transformación, situación que implica la mezcla de los contratos de compraventa y del arrendamiento de cosas¹⁷⁷.

4.4.7.2. Contrato de Hosting

El hosting hace referencia al hospedaje de una página web en el entorno de internet. Como características principales de este contrato encontramos: es un contrato de adhesión; aunque, en el caso de las entidades estatales, vale la pena anotar que, si bien las entidades muchas veces se pliegan a las características técnicas del proveedor, por otra parte, el prestador del servicio acepta la presencia de cláusulas excepcionales. Es un contrato de carácter y contenido técnico, por lo que su contenido prestacional está ligado a la capacidad del hardware y las redes en que operan las partes, más que a temas jurídicos;

En esta forma, la Sala acoge la opinión que el Tribunal puntualiza, con fundamento en el artículo 2.063 del Código Civil, al regular el arrendamiento de servicios, como aquéllos en los que predomina la inteligencia sobre la mano de obra, ordenamiento legal que se encuentra acorde con los fundamentos que al calificar de " honorarios " ha señalado las distintas actuaciones administrativas.

177 Ver Múgica Arrien, *Los contratos informáticos*, p. 9.

y, por último, el proveedor del servicio debe garantizar unos niveles mínimos de seguridad¹⁷⁸.

4.4.7.3. Contrato de streaming

Con el término **streaming** se hace referencia al hecho de escuchar música o ver videos sin necesidad de descargarlos, sino que se hace por fragmentos enviados secuencialmente a través de la red (como lo es Internet)¹⁷⁹.

En este tipo de contratos, la entidad, para la transmisión de un evento, contrata a una empresa especializada que provee la plataforma necesaria para la transmisión del video a los destinatarios determinados en el contrato.

4.4.7.4. Contratos de mantenimiento informático

En este tipo de contratos, junto a la compra o el licenciamiento del software, se pacta también llevar a cabo las adaptaciones específicas a las necesidades del cliente y el suministro de las mejoras o actualizaciones en la medida que se hagan disponibles¹⁸⁰.

4.4.7.5. Contratos de suministro de soluciones integrales (Contrato llave en mano o turn key package)

Esta es la categoría más interesante, donde la entidad contrata la implementación y puesta en servicio de todas las soluciones informáticas que requiere; lo cual, en algunas ocasiones, además del suministro de hardware (terminales, servidores y otros equipos) y

¹⁷⁸ Ver Quijano Zapata, *El Contrato de Hosting*, [online], fecha de consulta, 3 de marzo de 2014.

¹⁷⁹ <http://aprenderinternet.about.com/od/ConceptosBasico/g/Que-Es-Streaming.htm>, fecha de consulta, 3 de marzo de 2014.

¹⁸⁰ Ver Múgica Arrien, *Los contratos informáticos*, p. 10.

software, implica obras de cableado estructural de las redes e incluso el diseño, suministro e instalación de las estaciones de trabajo con su mobiliario¹⁸¹.

Otro aspecto interesante de tales contratos es que, en ciertos casos, se celebran con empresas de telecomunicaciones del sector público, a través de la figura del contrato interadministrativo, según lo establecido en el literal c) del numeral 4 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007, modificado por el artículo 92 de la Ley 1474 de 2011 y el artículo 3.4.2.1.1 del Decreto 734 de 2012 *“Las entidades señaladas en el artículo 2° de la Ley 80 de 1993 celebrarán directamente contratos entre ellas, siempre que las obligaciones del mismo tengan relación directa con el objeto de la entidad ejecutora”*¹⁸².

4.4.8. Contratos de Archivo y Gestión Documental

Estos contratos son una especie de outsourcing, donde la entidad contratante entrega el manejo de su archivo y la gestión documental (de archivo y correspondencia) a un tercero especializado que debe responder, entre otras cosas, por la integridad y confidencialidad de los documentos que están bajo su manejo, el manejo de los insumos y el personal necesarios para ejecutar la tarea y, en algunos casos, proveer el espacio físico donde han de tenerse piezas de archivo.

4.4.9. Contratos con Entidades sin Ánimo de Lucro

Este tipo de contratos tiene su razón de ser en el cumplimiento de obligaciones planteadas genéricamente en la ley y que corresponde a las entidades procurar los medios para su cumplimiento; lo cual, en muchos casos, implica el diseño de figuras contractuales mixtas que pueden ser consideradas como atípicas.

¹⁸¹ Ver por ejemplo el Contrato Interadministrativo No. 695 de 2012, suscrito entre el Ministerio de Salud y UNE EPM Telecomunicaciones.

¹⁸² Contrato Interadministrativo No. 695 de 2012, suscrito entre el Ministerio de Salud y UNE EPM Telecomunicaciones.

El sustento legal de dichos contratos se encuentra primeramente en el artículo 355 de la Constitución Política¹⁸³ y reglamentada su celebración por el Decreto 777 de 1992, modificado parcialmente por el Decreto 1403 de 1993, norma que regula entre otros, los siguientes temas: exclusiones al ámbito de aplicación del Decreto (Art. 2°); requerimiento de autorización expresa para su celebración (Art. 4°); exigencia de garantías (Art. 5°); interventoría (Art. 6°); régimen de inhabilidades e incompatibilidades (Art. 9°); posibilidad de terminación unilateral del contrato (Art. 15).

Estos contratos han sido estudiados por la Sección Tercera del Consejo de Estado, quien en sentencia del 15 de agosto de 2007, con ponencia de la magistrada Ruth Stella Correa Palacio, denominándolos contratos de apoyo, en los siguientes términos:

*Los contratos de apoyo que celebren la Nación, los Departamentos, Distritos y Municipios con **entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad**, se encuentran, por tanto, sustraídos del ámbito de aplicación y alcance de la Ley 80 de 1993, pues cuentan con un régimen jurídico especial contenido en los mencionados decretos expedidos por el Ejecutivo en desarrollo de la atribución conferida por la Constitución Política en el artículo 355 superior y, por ende, gozan del carácter de reglamentos autónomos que regulan en forma especial los mencionados contratos.*

Así, de acuerdo con los citados decretos, los contratos de apoyo deben cumplir las siguientes condiciones y requisitos:

¹⁸³ Artículo 355. Ninguna de las ramas u órganos del poder público podrá decretar auxilios o donaciones en favor de personas naturales o jurídicas de Derecho privado.

El Gobierno, en los niveles nacional, departamental, distrital y municipal podrá, con recursos de los respectivos presupuestos, celebrar contratos con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad con el fin de impulsar programas y actividades de interés público acordes con el Plan Nacional y los planes seccionales de Desarrollo. El Gobierno Nacional reglamentará la materia.

- i) *Celebrarse con personas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad para realizar el objeto del contrato, lo cual deberá evaluarse previamente por la entidad en escrito motivado, respetando el régimen de inhabilidades propio que se establece para este tipo de entidades privadas.*
- ii) *Elevarse a escrito y sujetarse a los requisitos y formalidades que exige la ley para la contratación entre los particulares, sin perjuicio de que puedan incluirse cláusulas exorbitantes.*
- iii) *Ser congruente su objeto con los programas y actividades de interés público incluidos en los planes de desarrollo nacional o seccionales, según el caso.*
- iv) *No incluir una contraprestación directa en favor de la entidad pública, pues, de lo contrario, debe celebrarse un contrato con personas naturales o jurídicas privadas con ánimo de lucro, de acuerdo con las normas sobre contratación vigentes; o involucrar transferencias que se realizan con los recursos de los Presupuestos Nacional, Departamental, Distrital y Municipal a personas de Derecho privado para desarrollar funciones públicas o suministrar servicios; o apropiaciones presupuestales decretadas a favor de personas jurídicas creadas por varias entidades públicas; o transferencias que efectúe el Estado a personas naturales en cumplimiento de las obligaciones de asistencia o subsidio; o encargar a otras personas jurídicas que desarrollen un proyecto específico por cuenta de la entidad pública, de acuerdo con instrucciones de esta última.*
- v) *Establecer una interventoría, que podrá ser ejercida por un funcionario de la entidad contratante o puede contratarse con persona de reconocida idoneidad.*
- vi) *Prever la constitución de garantías adecuadas de manejo y cumplimiento, con la posibilidad de aceptar garantías reales o personales cuando el valor del contrato sea inferior a cien salarios mínimos mensuales.*

- vii) *Ser publicados en el Diario Oficial, cuando la cuantía sea igual o superior al equivalente de cien salarios mínimos mensuales, o en los respectivos diarios, gacetas o boletines oficiales de la correspondiente entidad territorial*¹⁸⁴.

El numeral cuarto de los requisitos citados debe entenderse como que el beneficiario de las prestaciones del contrato es la ciudadanía y no la entidad. Tienen un carácter *intuitu personae*, derivado de la exigencia de la reconocida idoneidad de la entidad contratista. En la práctica, estos contratos se celebran principalmente con cajas de compensación familiar, cámaras de comercio, fundaciones y entidades gremiales con las cuales existe identidad de propósito y funciones como, por ejemplo, el del Ministerio del Interior y Justicia y la Corporación Minuto de Dios, para la promoción y divulgación de la oferta de servicios de los Centros de Convivencia Ciudadana, el seguimiento de su gestión, entre otras actividades¹⁸⁵.

4.4.10. Contratos de Servicio al Cliente

Especie del contrato de prestación de servicios que implica la tercerización de servicios de atención a la ciudadanía, la cual queda en manos de una empresa especializada, la cual se encargará de proveer los espacios físicos y las adecuaciones donde se prestará el servicio (en caso de que la entidad no lo provea dentro de sus instalaciones), la contratación y manejo del personal que prestará el servicio (contratación y capacitación), todo esto a cambio de una remuneración económica.

¹⁸⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, Radicación número: 19001-23-31-000-2005-00993-01(AP), quince (15) de agosto de dos mil siete (2007), Consejera ponente: Ruth Stella Correa Palacio.

¹⁸⁵ Ver contrato No. 111 de 2011 suscrito entre el Ministerio del Interior y de Justicia y la Corporación Minuto de Dios.

4.4.11. Contratos de Gerencia

No obstante lo dicho en el artículo 32 de la Ley 80 de 1993 sobre la gerencia de proyectos como una modalidad del contrato de consultoría, se considera que la ley se limita a nominar el contrato, pero no a desarrollar su contenido prestacional; el cual implica que, para su apropiada ejecución, se requiere de la mezcla de obligaciones propias de varios contratos (prestación de servicios, compraventa de bienes, arrendamiento de bienes o vinculación de personal) que, en la práctica, superan la consultoría para constituirse en una suerte de outsourcing complejo. Configurándose, entonces, un contrato atípico derivado de la manera en que la entidad que lo celebre, en ejercicio de su autonomía de la voluntad, diseñe el contrato, persiguiendo que un tercero ejecute un Proyecto o Programa que, en principio, debería hacer la entidad. Esta tipología contractual se encontró dentro de los negocios celebrados por las entidades estudiadas con el FONADE (Fondo Nacional de Desarrollo) para la ejecución por parte de la segunda de determinados proyectos, en lo que termina siendo una forma de tercerización de los procesos misionales de las entidades.

4.5. Incidencia de la celebración de contratos atípicos en las entidades estudiadas

A continuación, se procede a hacer una indicación cuantitativa de los contratos atípicos celebrados por las entidades estudiadas entre el 1 de enero de 2011 y el 31 de diciembre de 2012, y cuyos caracteres generales fueron descritos en las líneas precedentes y los específicos en el anexo de este trabajo.

4.5.1. Indicación cuantitativa de los contratos atípicos celebrados por los Ministerios durante el periodo estudiado

	MININTERIOR	MINRELACIONES	MINHACIENDA	MINJUSTICIA	MINDEFENSA	MINAGRICULTURA	MINSALUD	MINTRABAJO	MINMINAS	MINCOMERCIO	MINEDUCACIÓN	MINAMBIENTE	MINVIVIENDA	MINTECNOLOGÍA	MINTRANSPORTE	MINCULTURA	TOTALES
Apoyo logístico	0	2	1	0	9	0	0	3	4	20	1	2	3	1	4	1	51
Bienestar	1	16	2	0	3	3	0	1	2	4	1	1	2	1	1	0	38
Medios	1	0	2	0	22	2	2	6	5	9	1	5	1	0	1	8	65
Misionales	0	1	4	0	4	0	1	3	0	2	13	5	0	0	0	0	34
Outsourcing	5	3	1	3	11	2	2	16	1	6	2	6	2	0	3	2	65
Interadministrativo	2	0	0	0	0	13	0	1	0	13	11	14	0	0	0	0	54
TIC	6	1	25	3	24	5	3	9	6	23	2	5	4	0	6	2	124
Archivo y Gestión Documental	0	1	4	0	0	1	1	0	1	0	4	0	0	0	0	0	12
Entidades sin Ánimo de Lucro	3	0	0	0	0	5	0	0	0	23	9	2	0	0	0	0	42
Servicio al Ciudadano	0	2	0	0	2	0	0	1	0	0	1	2	0	0	0	0	8
Gerencia	0	0	1	0	0	0	0	0	0	0	0	0	4	0	0	0	5
TOTAL	18	26	40	6	75	31	9	40	19	100	45	42	16	2	15	13	497

4.5.2. Indicación cuantitativa de los contratos atípicos celebrados por los Departamentos Administrativos durante el periodo estudiado

	DANE	DAFP	DAPS	DAS	COLCIENCIAS	DIR. NAL. DE INTELIGENCIA	COLDEPORTES	DAPR	DNP	TOTALES
Apoyo logístico	4	4	3	0	0	0	2	5	7	25
Bienestar	7	0	3	3	1	0	2	1	6	23
Medios	1	1	6	0	0	0	1	2	2	13

Misionales	0	1	28	0	0	9	0	0	1	39
Outsourcing	62	2	5	2	1	1	5	7	5	90
Interadministrativo	0	0	8	0	0	0	0	1	0	9
TIC	29	21	13	0	1	2	2	24	32	124
Archivo y Gestión Documental	0	0	0	0	0	0	0	2	0	2
Entidades sin Ánimo de Lucro		0	2	0	0	0	0	0	0	2
Servicio al Cliente	0	0	2	0	0	0	0	0	0	2
Gerencia	0	0	1	0	0	0	1	1	0	3
TOTAL	103	29	71	5	3	12	13	43	53	332

Estas tablas demuestran que, de acuerdo a los publicado en el SECOP, las entidades objeto de estudio no solo celebran contratos atípicos, sino que lo hacen también de manera constante y en números que para algunas tipologías pueden considerarse respetables. Ello significa que lo establecido en los artículos 13, 32 y 40 de la Ley 80 de 1993 no es letra muerta y que, ante ausencia de norma específica, los encargados de la contratación, debiendo satisfacer una necesidad específica, crearán sus propias formas de obligarse.

CONCLUSIONES

- Se encontró que el postulado de la autonomía de la voluntad para los contratos estatales, como una facultad discrecional otorgada por el legislador, más que oponerse al principio de legalidad es una afirmación de este, pues esta prerrogativa proviene de la ley y sólo puede provenir de ella en virtud del principio de reserva de ley.
- Respecto de la habilitación legal dada para acudir al derecho privado o a la autonomía de la voluntad en caso de no existir norma especial de derecho público se encontró que esta ópera para el establecimiento del objeto y las prestaciones, en todo lo demás: i) las competencias asignadas a las entidades por la ley y los reglamentos, ii) las reglas de selección objetiva del contratista, iii) el régimen de inhabilidades e incompatibilidades, iv) el régimen de garantías, v) las normas sobre supervisión de los contratos y vi) la presencia de cláusulas exorbitantes en muchos de ellos, aplican las normas del estatuto de contratación y las normas que lo reglamentan y complementan.
- La contratación estatal se soporta en tres ejes: el funcional, que determina el contenido de la contratación, con base en las funciones de la entidad contratante; el prestacional, donde la autonomía de la voluntad permite al funcionario encargado de la contratación crear y usar la mejor alternativa comercial para cumplir a cabalidad la función encomendada; y, por último, el procedimental, donde se establecen las reglas y procedimientos para la selección objetiva del contratista, el seguimiento a la ejecución del contrato y su terminación y liquidación.
- El sector central de la administración pública colombiana es ejemplo de que los Estados modernos son instituciones cada vez más complejas; que, con base en la Constitución y la instrumentalización que de ella hace la ley y los reglamentos, adquieren compromisos con la ciudadanía que deben ser satisfechos, so pena de

generar responsabilidad política y jurídica. Así pues, la contratación de bienes y servicios aparece como uno de los principales medios que tiene el Estado para honrar sus obligaciones.

- Se encuentra que el contrato estatal es una figura que contiene elementos de Derecho público y de Derecho privado. En cuanto a la parte dogmática de los contratos, es decir, sus reglas generales de validez y eficacia, así como su objeto y prestaciones, provienen del Derecho privado dejando al Derecho público la consagración de unas reglas específicas sobre selección objetiva, procedimientos de contratación y contenido de los contratos estatales (cláusulas exorbitantes, hasta el Decreto 734 de 2012 cláusulas de indemnidad), garantías, supervisión, terminación y liquidación.
- La contratación atípica debe adecuarse a las teorías contemporáneas de las fuentes del Derecho, es decir, la explicación de la teoría de los contratos atípicos; no desde una visión vertical de fuentes (la pirámide de Kelsen), sino desde una visión transversal donde las fuentes se integran de manera horizontal, adquiriendo “formas menores” de crear Derecho, como lo es el uso de la autonomía de la voluntad para crear contratos, siempre y cuando no vayan en contravía del resto del ordenamiento jurídico con carácter preponderante.
- Las categorías de contrato típico y atípico derivan su existencia de la capacidad del legislador de darles un régimen jurídico. Entonces, la tipicidad o atipicidad contractual dependerán de la capacidad regulatoria de los Estados, respecto a lo que los particulares crean para satisfacer una necesidad concreta. El contrato de uso marginal se va tornando así un contrato de uso común, con la participación en ese proceso del legislador, los jueces, los contratistas y terceros relativos, como las aseguradoras. Así, respecto de muchos de los contratos estudiados, la atipicidad

aparente se tornó en tipicidad al encontrar, haciendo una revisión más profunda del ordenamiento jurídico colombiano, regulación de los mismos en normas jurídicas, leyes, decretos y resoluciones.

- Respecto de las fuentes, se encontró que, además de la ley y los decretos, en algunos casos, en tratándose de materias de cierta complejidad técnica, se nominan o desarrollan contratos por medio de resoluciones; lo cual demuestra lo dicho en la primera parte del trabajo sobre las nuevas nociones de las fuentes del Derecho.
- En este trabajo, la identificación de los contratos atípicos se derivó de la determinación de lo típico y nominado en el derecho colombiano. Del resultado de esta delimitación se encontró una serie de contratos atípicos, algunos de los cuales se aplican indistintamente en el sector público y privado (outsourcing, gerencia, TIC, servicio al cliente y archivo y gestión documental), existen otros propios de las entidades públicas, ajustados a sus específicas necesidades y obligaciones legales (misionales, de bienestar, interadministrativos y aquellos celebrados con entidades sin ánimo de lucro)
- En el presente estudio se encontró que las prestaciones de donde se deriva la atipicidad corresponden al contratista, mientras que las prestaciones a cargo del contratante pueden denominarse “estándar”, como lo son el pago o el suministro de medio o información para la ejecución del contrato.
- En otros casos, se encontró una gran cantidad de contratos nominados, pero sin un régimen específico de su objeto y prestaciones; lo que fortalece la idea de existencia de contratos nominados, pero a su vez atípicos. En otras palabras, la atipicidad de los contratos proviene, no de la nomenclatura que se les dé sino de las prestaciones que se impongan las partes.

- Se encontró que los tipos contractuales detectados se hallan bastante decantados, tanto en su objeto como sus prestaciones (ver anexos); y en algunos casos su aplicación es bastante común, como los contratos informáticos en todas las entidades, los contratos de medios en el Ministerio de Defensa o los contratos de fotocopiado en el Departamento Administrativo Nacional de Estadística – DANE.

No obstante el nivel de desarrollo normativo encontrado a lo largo de esta investigación, se puede afirmar que, aunque muy pocos, aún existen contratos que se pueden reputar atípicos puros, como los de *underwriting* que celebra el Ministerio de Hacienda, y contratos atípicos mixtos creados para satisfacer las necesidades específicas de cada una de las entidades, mezclando prestaciones de distintos contratos. Ejemplo de esta afirmación es la categoría de contratos misionales, donde las entidades objeto de estudio, al momento de valerse del apoyo de terceros para cumplir con los objetivos y funciones asignados por la ley, generan formas contractuales a la medida de sus necesidades.

- Categorías contractuales, como el apoyo logístico o los contratos de bienestar, nacen de la combinación de contratos de compraventa, suministro y prestación de servicios, lo que los hace contratos atípicos mixtos.
- En efecto, buena parte de las tipologías contractuales encontradas son modalidades de prestación de servicios que implican la tercerización de servicios que debería o podría prestar la entidad, pero que siguiendo los lineamientos de nuevas tendencias administrativas, por ser secundarios a su actividad principal, se considera pueden ser prestados de una manera más eficiente y económica por un tercero.
- En el trabajo de campo se encontró que la tipificación, dada por el SECOP y las entidades a los contratos celebrados, se deriva de la clasificación estándar de bienes

y servicios propuesta por la Organización de las Naciones Unidas (UNSPSC – *United Nations Standard Product and Services Code*), que reduce la tipificación a dos géneros: compraventa y prestación de servicios y sus diversas subespecies.

- La autonomía de la voluntad que, como se vio, se manifiesta en el objeto y las prestaciones de los contratos encontrados, debe estar envuelta dentro de las formas propias del Derecho público en todo lo referente a la selección objetiva del contratista, las cláusulas exorbitantes cuando son procedentes, las garantías que debe otorgar el contratista, el régimen de supervisión y el régimen sancionatorio.

BIBLIOGRAFÍA

Libros

- Alexy, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2002.
- Arce Gargollo, Javier. *Contratos Mercantiles Atípicos*. Segunda edición. México D. F.: Editorial Trillas, 1989.
- Arrubla Paucar, Jaime Alberto. *Contratos Mercantiles, Tomo III, Contratos Atípicos*. 7ª Edición. Medellín: Editorial Dike, 2008.
- Ayala Caldas, Jorge Enrique. *Aplicación del Derecho Administrativo en Colombia – Su Proyección para el presente milenio*. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley, 2002.
- Benavides, José Luis. *El contrato estatal, entre el Derecho público y el Derecho privado*. Segunda Edición. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2004.
- Betti, Emilio. *Teoría General del Negocio Jurídico*. Granada: Editorial Comares, 2000.
- Bonivento Fernández, José Alejandro. *Los Principales Contratos Civiles (y su paralelo con los comerciales)*. Décima Cuarta Edición. Bogotá: Ediciones Librería del Profesional, 2000.
- Bonivento Fernández, José Alejandro. *Los Principales Contratos Civiles y Mercantiles*. Tomo II. Bogotá: Librería del Profesional, 1999.
- Breccia, Umberto. Bigliazzi, Lina. Natoli, Ugo y Busnelli, Francesco. *Derecho Civil. Tomo I, Volumen II. Hechos y Actos Jurídicos*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1992.
- Campillo Parra, Carlos Enrique. *Celebración y ejecución de contratos estatales: contrate bien para que no lo encarcelen o lo destituyan. Aplique las reglas y principios adecuadamente*. Bogotá: ECOE Ediciones, 2006.
- Cassagne, Juan Carlos. *El contrato administrativo*. Tercera Edición. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2009.

- Cepeda, Manuel José. *Introducción a la Constitución de 1991 (Hacia un Nuevo Constitucionalismo)*. Bogotá: Presidencia de la República, Consejería para el Desarrollo de la Constitución, 1993.
- Chávez Marín, Ramón Augusto. *Los Convenios de la Administración: Entre la Gestión Pública y la Actividad Contractual*. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, 2008.
- Chevallier, Jacques. *El Estado Posmoderno*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2011.
- Del Vecchio, Giorgio. *Filosofía del Derecho*. Séptima edición. Barcelona: Editorial Bosch, 1960.
- Drucker, Peter. *Las Nuevas Realidades (En el gobierno y la política... En la economía y los Negocios... En la sociedad y en la perspectiva mundial)*. Bogotá: Editorial Norma S. A., 1989.
- García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás-Ramón. *Curso de Derecho Administrativo*. Duodécima Edición. Madrid: Civitas Ediciones, 2004.
- García de Enterría, Eduardo. *Las transformaciones de la Justicia Administrativa: De excepción singular a la plenitud jurisdiccional. ¿Un Cambio de Paradigma?* Madrid: Editorial Thomsom Civitas, 2007.
- García Máynez, Eduardo. *Introducción al estudio del Derecho*. Medellín: Abogados Asociados Editores, 1990.
- García Uceda, Mariola. *Las Claves de la Publicidad*. Sexta Edición. Madrid: Editorial ESIC, 2008.
- Garrido, Roque Fortunato y Zago, Jorge Alberto. *Contratos Civiles y Comerciales*. Tomo I. Parte General. Segunda edición. Buenos Aires: Editorial Universidad, 1998.
- Garrigues, Joaquín. *Curso de Derecho Mercantil*. Tomo IV. Séptima Edición. Bogotá: Editorial Temis, 1987.
- Gaviria Trujillo, César. *Paso al futuro: Informe al congreso del Presidente de la República César Gaviria Trujillo*. Santafé de Bogotá: Departamento de Publicaciones de la Presidencia de la República, 1994.

- Gherzi, Carlos Alberto. *Contratos Civiles y Comerciales*. Tomo I. Cuarta Edición. Buenos Aires: Editorial Astrea 1998.
- Giddens, Anthony. *Sociología*. Tercera Edición. Madrid: Alianza Editorial, 2000.
- González Ramírez, Augusto. *Introducción al Derecho*. Novena Edición. Bogotá: Librería del Profesional, 2007.
- Heller, Hermann. *Teoría del Estado*. México: Fondo de Cultura Económica, 1995.
- Kaufmann, Arthur. *Filosofía del Derecho*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1999.
- Kelsen, Hans. *El método y los conceptos fundamentales de la teoría pura del Derecho*. Traducción Luis Legaz y Lacambra. Segunda Edición. Madrid: Editorial Reus, 2009.
- Kennedy, Duncan. *Libertad y restricción en la decisión judicial. El debate con la Teoría crítica*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes, Facultad de Ciencias Jurídicas Pontificia Universidad Javeriana, Instituto Pensar, Ediciones Uniandes, 1999.
- Lafont Pianetta, Pedro. *Manual de Contratos*. Tomo I. Bogotá: Ediciones Librería del Profesional, 2001.
- López de Zavalía, Fernando. *Teoría General de los Contratos*. Tomo I. Parte General. Cuarta Edición. Buenos Aires: Zavalía Editor, 1997.
- Lorenzetti, Ricardo Luis. *Contratos*. Parte especial. Tomo I. Buenos Aires: Rubinzal - Culzoni Editores, 2004.
- Madriñán de La Torre, Ramón. *Principios de Derecho Comercial*. Octava Edición. Santafé de Bogotá: Editorial Temis, 2000.
- Marienhoff, Miguel. *Tratado de Derecho Administrativo*. Tomo IIIA. Cuarta edición. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1994.
- Martorell, Ernesto Eduardo. *Tratado de los contratos de empresa*. Segunda edición. Buenos Aires: Editorial Depalma, 1998.
- Merquior, José Guiherme. *Liberalismo Viejo y Nuevo*. México D. F.: Fondo de Cultura Económica, 1993.

- Moncada Roa, Patricia (Et al.). *Los Estados Fallidos o Fracasados: Un Debate Inconcluso y Sospechoso*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes, Pontificia Universidad Javeriana, 2007.
- Monroy Cabra, Marco Gerardo. *Introducción al Derecho*. Decimocuarta Edición. Bogotá: Temis, 2006.
- Montoro Puerto, Miguel. *Contratos administrativos atípicos*. Madrid: Escuela Nacional de Administración Pública, 1969.
- Mosset Iturraspe, Jorge. *Contrato Conexos, Grupos y Redes de Contratos*. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni Editores, 1999.
- Murga Gener, José Luis; Paricio Serrano, Javier y otros. *Derecho romano de Obligaciones: Homenaje al profesor José Luis Murga Gener*. Madrid: Editorial Ramón Areces 1994.
- Narváez García, José Ignacio. *Derecho Mercantil Colombiano*. Tomo V. Obligaciones y Contratos Mercantiles. Bogotá: Legis, 2002.
- Nino, Carlos Santiago. *Introducción al Análisis del Derecho*. Barcelona: Editorial Ariel, 1983.
- Noguera Laborde, Rodrigo. *Introducción General al Derecho*. Volumen II. Santafé de Bogotá: Institución Universitaria Sergio Arboleda, 1994.
- Ospina Fernández, Guillermo y Ospina Acosta, Eduardo. *Teoría General del Contrato y Del Negocio Jurídico*. Séptima Edición. Bogotá: Editorial Temis, 2005.
- Ost, Francois y Van de Kerchove, Michel. *Elementos para una teoría crítica del Derecho*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, 2001.
- Palacio Hincapié, Juan Ángel. *La contratación de las entidades estatales*. Tercera edición. Bogotá: Biblioteca Jurídica Sánchez, 2001.
- Parra Gutiérrez, William René. *Los Contratos Estatales*. Cuarta Edición. Bogotá: Librería del Profesional, 1999.
- Petit, Eugene. *Tratado Elemental de Derecho Romano*. Bogotá: Editorial Esquilo, 2002.
- Polo Figueroa, Juan Alberto. *Elementos de Derecho Administrativo*. Bogotá: Universidad Sergio Arboleda, 2001.

- Portillo, Gloria Yolanda. *Modernos Contratos del Derecho*. Rosario: Editorial Juris, 1993.
- Reich, Robert. *Supercapitalism*. Nueva York: Alfred A. Knopf, 2007.
- Rivero, Jean. *Páginas de Derecho Administrativo*. Bogotá: Editorial Temis – Universidad del Rosario -Maestría en Derecho Administrativo-, 2002.
- Rodríguez Azuero, Sergio. *Contratos Bancarios, Su significación en América Latina*. Quinta Edición. Bogotá: Legis, 2002.
- Rodríguez Rodríguez, Libardo. *Derecho Administrativo – General y Colombiano*. Decimoquinta Edición. Bogotá: Editorial Temis, 2007.
- Rodríguez Rodríguez, Libardo. *Estructura del Poder Público en Colombia*. Undécima Edición. Bogotá: Editorial Temis, 2009.
- Saa Velasco, Ernesto. *Teoría Constitucional Colombiana*. Santafé de Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 1995.
- Sachs, Jeffrey. *Economía para un planeta abarrotado*. Barcelona: Random House Mondadori, 2008.
- Sánchez Cerón, Felipe Alejandro. *Cómo Violar las Normas de Contratación Estatal*. Bogotá: Editorial Doctrina y Ley, 2007.
- Santofimio Gamboa, Jaime Orlando. *Tratado de Derecho Administrativo*. Tomo IV. Contratación Indevida. Primera Edición. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2004.
- Santos Ballesteros, Jorge. *Instituciones de Responsabilidad Civil*. Tomo II. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana – Facultad de Ciencias Jurídicas, 2004.
- Solarte Maya, Felipe. *Contratos Estatales Atípicos*. Bogotá: Ediciones Nueva Jurídica, 2008.
- Soriano, Ramón. *Sociología del Derecho*. Barcelona: Editorial Ariel, 1997.
- Soros, George. *Open Society (Reforming Global Capitalism)*. Nueva York: Public Affairs, 2000. Edición Digital.
- Suescún Melo, Jorge. *Derecho Privado, Estudios de Derecho Civil y Comparado*. Tomo 2. “Estudio XVIII La aplicación del postulado de la autonomía de la voluntad

en la contratación de las entidades estatales”. Segunda Edición. Bogotá: Legis, 2003.

- Valencia Restrepo, Hernán. *Nomoárquica, principalística jurídica o filosofía y ciencia de los principios generales del derecho*. Cuarta edición. Medellín: Librería Jurídica Comlibros, 2007.
- Valencia Zea, Arturo y Ortiz Monsalve, Álvaro. *Derecho Civil*. Tomo I. Parte general y personas. Decimotercera edición. Santafé de Bogotá: Editorial Temis, 1994.
- Varios autores. *El Derecho Administrativo en los albores del siglo XXI*. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, 2007.
- Vidal Perdomo, Jaime. *Derecho Administrativo*. Décimo Tercera Edición. Bogotá: Legis, 2008.
- Younes Moreno, Diego. *Curso de Derecho Administrativo*. Octava Edición. Bogotá: Editorial Temis S. A., 2007.

Tesis de Grado

- Balcázar Moreno, Ana Beatriz. La Supervisión de los Contratos Estatales e las Entidades Autónomas del Nivel Nacional de la Administración Publica. Tesis presentada para optar al título de magister en Derecho administrativo. Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario. Bogotá: 2012.
- Ronderos Botero, Jorge Arturo. Contratos atípicos de las entidades descentralizadas del orden nacional sujetas al estatuto de contratación administrativa. Tesis presentada para optar al título de Magister en Derecho Administrativo Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario. Bogotá: 2012.
- Yucuma Carvajal, Catalina María. Procedencia en la configuración de contratos atípicos en la nación – superintendencias sin personería jurídica y la nación – unidades administrativas especiales sin personería jurídica sujetas al estatuto de contratación estatal. Tesis presentada para optar por el título de Magister en Derecho

Administrativo. Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario. Bogotá. 2012.

Artículos

- Amazo Parrado, Diana. “¿Es paradójica la autonomía de la voluntad frente al principio de legalidad de los contratos estatales?” *Estud. Socio-Juríd.* 9(2). (julio-diciembre de 2007): 181-203.
- Bernal Castillo, Fernando. *Gobernanza Pública, violencia y políticas de alivio a la pobreza. La ampliación del marco conceptual del programa familias en acción.* [online] Available from World Wide Web: <http://indh.pnud.org.co/redir.plx?d=indh.pnud.org.co/files/rec&f=Gobernanzapublica.pdf>.
- Casilda Bejar, Ramón. *América Latina y el Consenso de Washington.* [online] Available from World Wide Web: http://www.revistasice.com/cmsrevistasICE/pdfs/BICE_2803_19-38__4F750124143128257278CDB775B3F4F9.pdf
- Múgica Arrien, Gotzone. “Los contratos informáticos”. *Saberes – Revista de estudios jurídicos, económicos y sociales.* Universidad Alfonso X El Sabio Volumen I (2003): 9.
- Ost, Francois. “Júpiter, Hércules, Hermes: Tres Modelos de Juez”. *Revista Doxa.* Cuadernos de Filosofía del Derecho. Núm. 14 (1993): 169-194.
- Quijano Zapata, Milena. *El Contrato de Hosting.* [online] available from the world wide web <http://www.iuris.com/Articulos/hosting.html>
- Rengifo García, Ernesto. “Interpretación del contrato atípico a la luz de la jurisprudencia colombiana.” En *Los contratos en el Derecho privado.* Primera edición. Bogotá: Legis Editores S.A. Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, 1997.

- Rodrik, Dani. *The Global Governance of Trade as if Development Really Mattered*. [online] Available from World Wide Web: http://www.wcfia.harvard.edu/sites/default/files/529__Rodrik5.pdf
- Rodríguez Rodríguez, Libardo. *Las vicisitudes del Derecho administrativo y sus desafíos para el siglo XXI*. [online] Available from World Wide Web: <http://www.info5.juridicas.unam.mx/libros/1/316/9.pdf>
- Sconda, Mariana Verónica. Pomponio D.50.17.206. “Teoría del enriquecimiento sin causa: Origen y Recepción.” En *XV Congresos Latinoamericano de Derecho Romano*. [online] Available from World Wide Web: http://www.edictum.com.ar/miWeb4/ponencias_xv.htm
- Tetley, William. *Mixed jurisdictions: Common Law vs. Civil Law (Codified and uncodified)*. [online] Available from World Wide Web: <http://www.mcgill.ca/files/maritimelaw/mixedjur.pdf>
- Timm Hidalgo, Ana Karina. *Entre formalismos y antiformalismos – Algunas aproximaciones básicas*. Papeles de Teoría y Filosofía del Derecho. Número 12. (2010) Universidad Carlos III. [online] Available from World Wide Web: http://earchivo.uc3m.es/bitstream/10016/9830/1/entre_formalismos_antiformalismos.pdf
- docs.seace.gob.pe/.../000490_ADS-21-2008-INADE_6401-CONTRATO...
- <http://aprenderinternet.about.com/od/ConceptosBasico/g/Que-Es-Streaming.htm>

Jurisprudencia

- Colombia, Consejo de Estado, Sección Primera, sentencia del 18 de noviembre de 1999, Consejera Ponente Olga Inés Navarrete Barrero, Expediente 5123. www.consejodeestado.gov.co
- Colombia, Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia del 3 de agosto de 2006, Consejero Ponente Alejandro Ordoñez Maldonado, Expediente 25000-23-25-000-2000-04814-01(0589-05). www.consejodeestado.gov.co

- Colombia, Consejo de Estado, Sección Tercera, aclaración de voto del magistrado Ramiro Saavedra Becerra al fallo del 30 de noviembre de 2006, consejero Ponente Alíer Eduardo Hernández, Expediente 30832. www.consejodeestado.gov.co
- Colombia, Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 7 de octubre de 2009, Consejera Ponente Ruth Stella Correa Palacio, Expediente: 11001-03-24-000-2000-06198-01(18509). www.consejodeestado.gov.co
- Colombia, Consejo de Estado, sentencia del 23 de mayo de 2012, consejero Ponente Enrique Gil Botero, Expediente 11001-03-26-000-2011-00018-00(40743). www.consejodeestado.gov.co
- Colombia, Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia 23 de junio 2010, Consejero ponente (E): Mauricio Fajardo Gómez, Expediente 66001-23-31-000-1998-00261-01(17860). www.consejodeestado.gov.co
- Colombia, Consejo de Estado, Sección Cuarta, sentencia del 30 de agosto de 1991 Consejero ponente Carmelo Martínez Conn. www.consejodeestado.gov.co
- Colombia, Consejo de Estado, Sección Tercera, , sentencia del 15 de agosto de(2007, Consejera ponente: Ruth Stella Correa Palacio Expediente 19001-23-31-000-2005-00993-01(AP). www.consejodeestado.gov.co
- Colombia, Corte Constitucional, sentencia C-1437 de 2000, magistrado ponente José Gregorio Hernández Galindo. www.corteconstitucional.gov.co
- Colombia, Corte Constitucional, sentencia C-350 de 2009, magistrada ponente María Victoria Calle Correa. www.corteconstitucional.gov.co
- Colombia, Corte Constitucional, sentencia T-294 de 2004, magistrado ponente Jaime Araujo Rentería. www.corteconstitucional.gov.co
- Colombia, Corte Constitucional, sentencia T-406 de 1992, magistrado ponente Ciro Angarita Barón. www.corteconstitucional.gov.co
- Colombia, Corte Constitucional, sentencia C-836 de 2001, magistrado ponente Rodrigo Escobar Gil. www.corteconstitucional.gov.co
- Colombia, Corte Constitucional, sentencia C-566 de 1995, magistrado ponente Eduardo Cifuentes Muñoz. www.corteconstitucional.gov.co

- Colombia, Corte Constitucional, sentencia C-216 de 1994, magistrado ponente Vladimiro Naranjo Mesa. www.corteconstitucional.gov.co

Páginas de Internet

- www.secretariasenado.gov.co
- www.suin-juriscol.gov.co
- www.corteconstitucional.gov.co
- www.consejodeestado.gov.co
- <http://www.supertransportes.gov.co>
- <http://www.parquesnacionales.gov.co>
- <http://www.cra.gov.co>
- <http://www.creg.gov.co>
- <http://www.crcm.gov.co>
- <http://www.bibliotecanacional.gov.co>
- <http://www.museonacional.gov.co>
- <http://www.mincultura.gov.co>
- <http://derecho.laguia2000.com/parte-general/las-fuentes-del-derecho>
- The nature of contract, definitions and principles; Semple, Piggot Rochez Ltd. Oxford 2003 www.spr-law.com
- http://www.cec.org/pubs_info_resources/law_treat_agree/summary_enviro_law/publication/us01.cfm?varlan=espanol
- <http://www.dinero.com/noticias-negocios/conejo-ley-factoring/58027.aspx>
- www.gobiernoenlinea.gov.co
- <http://www.cid.harvard.edu/cidtrade/issues/washington.html>
- http://europa.eu/legislation_summaries/institutional_affairs/decisionmaking_process/110109_es.htm
- <http://financialdictionary.thefreedictionary.com/Corporate+Governance>.
- Manual de Oferta Institucional del Gobierno Nacional hacia Entidades Territoriales 2011
<http://www.dnp.gov.co/LinkClick.aspx?fileticket=lxYI9eXXqow%3D&tabid=381>

- https://www.contratos.gov.co/Archivos/Catalogo_UNSPSC.pdf
- <http://wsp.presidencia.gov.co/dapre/Documents/Contratos/Manual-Contratacion-DAPRE-M-BS-01-v7.pdf>
- <http://camara.ccb.org.co/contenido/contenido.aspx?conID=293&catID=73>
- http://www.jus.unitn.it/cardoza/Obiter_Dictum/codciv/Lib4.htm
- <http://www.fedeleasing.org.co/generales.htm>
- www.contratos.gov.co
- <http://www.cnsc.gov.co/docs/MANUALDERECURSOSFISICOS.pdf>
- <http://www.logisticasud.enfasis.com/articulos/21460-el-contrato-logistico-tiempo-nominar-lo-innominado>
- <http://lema.rae.es/drae/?val=log%C3%ADstica>

Normatividad

- Colombia, Constitución Política de Colombia de 1991
- Colombia, Código Civil
- Argentina, Código Civil
- Italia, Código Civil
- Colombia, Código de Comercio, Decreto 410 de 1971 DIARIO OFICIAL No. 33.339 del 16 de junio de 1971
- Colombia, Código Sustantivo del Trabajo, Decreto Ley 2663 de 1950, DIARIO OFICIAL NO. 27.407 del 9 de septiembre de 1950
- Colombia, Congreso de la República, Ley 153 de 1887, Diarios Oficiales Nos. 7.151 y 7.152 del 28 de Agosto de 1887
- Colombia, Congreso de la República, Ley 19 de 1958
- Colombia, Congreso de la República, Ley 188 de 1959, DIARIO OFICIAL No 30.140 del 25 de enero de 1960.
- Colombia, Congreso de la República, Ley 11 de 1972, DIARIO OFICIAL. AÑO CIX. N. 33776. 30, ENERO, 1973. PÁG. 225
- Colombia, Congreso de la República, Ley 9 de 1989, DIARIO OFICIAL. AÑO CXXV. N. 38650. 11, ENERO, 1989. PAG.1

- Colombia, Congreso de la República, Ley 29 de 1990
- Colombia, Congreso de la República, Ley 55 de 1990
- Colombia, Congreso de la República, Ley 1 de 1991, DIARIO OFICIAL. AÑO CXXVII. N. 39626. 11, ENERO, 1991. PAG. 1.
- Colombia, Congreso de la República, Ley 9 de 1991, DIARIO OFICIAL. AÑO CXXVII. N. 39634. 17, ENERO, 1991. PAG. 1.
- Colombia, Congreso de la República, Ley 72 de 1989, DIARIO OFICIAL. AÑO CXXVI. N. 39111. 20, DICIEMBRE, 1989. PAG. 1
- Colombia, Congreso de la República, Ley 37 de 1993, DIARIO OFICIAL. AÑO CXXVIII. N. 40710, 7, ENERO, 1993. PAG. 8.
- Colombia, Congreso de la República, Ley 70 de 1993, DIARIO OFICIAL. AÑO CXXIX. N. 41013. 31, AGOSTO, 1993. PAG. 1.
- Colombia, Congreso de la República, exposición de motivos, Ley 80 de 1993
- Colombia, Congreso de la República, Ley 80 de 1993, DIARIO OFICIAL. AÑO CXXIX. N. 41094. 28, OCTUBRE, 1993. PAG. 1
- Colombia, Congreso de la República, Ley 99 de 1993, DIARIO OFICIAL. AÑO CXXIX. N. 41146. 22, DICIEMBRE, 1993. PAG. 1
- Colombia, Congreso de la República, Ley 100 de 1993, DIARIO OFICIAL. AÑO CXXIX. N.41148. 23, DICIEMBRE, 1993. PAG. 1.
- Colombia, Congreso de la República, Ley 101 de 1993, DIARIO OFICIAL. AÑO CXXIX. N. 41149, 23, DICIEMBRE, 1993. PAG. 1.
- Colombia, Congreso de la República, Ley 105 de 1993, DIARIO OFICIAL. AÑO CXXIX. N. 41158. 30, DICIEMBRE, 1993. PAG. 11.
- Colombia, Congreso de la República, Ley 115 de 1994, DIARIO OFICIAL. AÑO CXXIX. N. 41214. 8, FEBRERO, 1994. PAG. 1
- Colombia, Congreso de la República, Ley 140 de 1994, DIARIO OFICIAL. AÑO CXXX. N. 41406. 24, JUNIO, 1994. PAG.1
- Colombia, Congreso de la República, Ley 141 de 1994
- Colombia, Congreso de la República, Ley 142 de 1994, DIARIO OFICIAL. AÑO CXXX. N. 41433. 11, JULIO, 1994.

- Colombia, Congreso de la República, Ley 152 de 1994
- Colombia, Congreso de la República, Ley 160 de 1994, DIARIO OFICIAL. AÑO CXXX. N. 41479. 5, AGOSTO, 1994. PAG. 1.
- Colombia, Congreso de la República, Ley 181 de 1995
- Colombia, Congreso de la República, Ley 182 de 1995, DIARIO OFICIAL. AÑO CXXX. N. 41681. 20, ENERO, 1995. PAG.1.
- Colombia, Congreso de la República, Ley 225 de 1995
- Colombia, Congreso de la República, Ley 232 de 1995, DIARIO OFICIAL. AÑO CXXXI. N. 42162. 26, DICIEMBRE, 1995. PAG. 5.
- Colombia, Congreso de la República, Ley 300 de 1996, DIARIO OFICIAL. AÑO CXXXII. N. 42845. 30, JULIO, 1996. PAG. 3.
- Colombia, Congreso de la República, Ley 336 de 1996, DIARIO OFICIAL. AÑO CXXXII. N. 42948. 28, DICIEMBRE, 1996. PAG. 1.
- Colombia, Congreso de la República, Ley 388 de 1997, DIARIO OFICIAL. AÑO CXXXIII. No. 43091. 24, JULIO, 1997. PAG. 4.
- Colombia, Congreso de la República, Ley 397 de 1997
- Colombia, Congreso de la República, Ley 443 de 1998
- Colombia, Congreso de la República, Ley 489 de 1998, DIARIO OFICIAL. AÑO CXXXIV. N. 43464. 30, DICIEMBRE, 1998. PAG. 1.
- Colombia, Congreso de la República, Ley 527 de 1999, DIARIO OFICIAL. AÑO CXXXV. N. 43673. 21, AGOSTO, 1999. PAG. 1.
- Colombia, Congreso de la República, Ley 546 de 1999, DIARIO OFICIAL. AÑO CXXXV. N. 43827. 23, DICIEMBRE, 1999. PAG. 1.
- Colombia, Congreso de la República, Ley 607 de 2000, DIARIO OFICIAL. AÑO CXXXVI. N. 44113. 3, AGOSTO, 2000. PAG. 1.
- Colombia, Congreso de la República, Ley 675 de 2001, DIARIO OFICIAL. AÑO CXXXVII. N. 44509. 4, AGOSTO, 2001. PAG. 1
- Colombia, Congreso de la República, Ley 685 de 2001, DIARIO OFICIAL. AÑO CXXXVII. N. 44545. 8, SEPTIEMBRE, 2001. PÁG. 1

- Colombia, Congreso de la República, Ley 715 de 2001, DIARIO OFICIAL. AÑO CXXXVII. N. 44654. 21, DICIEMBRE, 2001. PÁG. 1.
- Colombia, Congreso de la República, Ley 731 de 2002, DIARIO OFICIAL. AÑO CXXXVII. N. 44678. 16, ENERO, 2002. PAG. 1.
- Colombia, Congreso de la República, Ley 756 de 2009
- Colombia, Congreso de la República, Ley 769 de 2002, DIARIO OFICIAL. AÑO CXXXVIII. N. 44932. 13, SEPTIEMBRE, 2002. PAG. 1.
- Colombia, Congreso de la República, Ley 790 de 2002
- Colombia, Congreso de la República, Ley 811 de 2003, DIARIO OFICIAL. AÑO CXXXIX. N. 45236. 2, JULIO, 2003. PAG. 1.
- Colombia, Congreso de la República, Ley 820 de 2003, DIARIO OFICIAL. AÑO CXXXIX. N. 45244. 10, JULIO, 2003. PAG. 17.
- Colombia, Congreso de la República, Ley 909 de 2004
- Colombia, Congreso de la República, Ley 963 de 2005, DIARIO OFICIAL. AÑO CXLI. N. 45963. 8, JULIO, 2005. PAG. 34.
- Colombia, Congreso de la República, Ley 964 de 2005, DIARIO OFICIAL. AÑO CXLI. N. 45963. 8, JULIO, 2005. PAG. 36.
- Colombia, Congreso de la República, Ley 1122 de 2007, DIARIO OFICIAL AÑO CXLII. N. 46506. 9, ENERO, 2007. PAG. 60.
- Colombia, Congreso de la República, Ley 1150 de 2007, DIARIO OFICIAL AÑO CXLIII. N. 46691. 16, JULIO, 2007. PAG. 1.
- Colombia, Congreso de la República, Ley 1151 de 2007, DIARIO OFICIAL. AÑO. CXLIII. N. 46700. 25, JULIO, 2007. PAG. 1.
- Colombia, Congreso de la República, Ley 1176 de 2007
- Colombia, Congreso de la República, Ley 1231 de 2008
- Colombia, Congreso de la República, Ley 1242 de 2008
- Colombia, Congreso de la República, Ley 1245 de 2008, DIARIO OFICIAL. AÑO CXLIV. N. 47135. 7, OCTUBRE, 2008. PAG. 7
- Colombia, Congreso de la República, Ley 1231 de 2008, DIARIO OFICIAL. AÑO CXLIV. N. 47053. 17, JULIO, 2008.

- Colombia, Congreso de la República, Ley 1286 de 2009
- Colombia, Congreso de la República, Ley 1341 de 2009, DIARIO OFICIAL. AÑO CXLIV. N. 47426. 30, JULIO, 2009. PAG. 42.
- Colombia, Congreso de la República, Ley 1355 de 2009
- Colombia, Congreso de la República, Ley 1369 de 2009, DIARIO OFICIAL. AÑO CXLIV. N. 47578. 30, DICIEMBRE, 2009. PAG. 1.
- Colombia, Congreso de la República, Ley 1438 de 2011, DIARIO OFICIAL. AÑO CXLI. N. 47957. 19, ENERO, 2011. PAG. 1.
- Colombia, Congreso de la República, Ley 1450 de 2011, DIARIO OFICIAL. AÑO CXLVII. N. 48102. 16, JUNIO, 2011. PAG. 1.
- Colombia, Congreso de la República, Ley 1444 de 2011, DIARIO OFICIAL. AÑO CXLVII. N. 48059. 4, MAYO, 2011. PAG. 1.
- Colombia, Congreso de la República, Ley 1448 de 2011
- Colombia, Congreso de la República, Ley 1474 de 2011, Diario Oficial No.48.128 del 12 de julio de 2011.
- Colombia, Congreso de la República, Ley 1480 de 2011, DIARIO OFICIAL. AÑO CXLVII. N. 48220. 12, OCTUBRE, 2011. PAG. 1.
- Colombia, Congreso de la República, Ley 1493 de 2011, DIARIO OFICIAL. AÑO CXLVII. N. 48294. 26, DICIEMBRE, 2011. PAG. 2.
- Colombia, Congreso de la República, Ley 1507 de 2012, DIARIO OFICIAL. AÑO CXLVII. N. 48308. 10, ENERO, 2012. PAG. 2.
- Colombia, Congreso de la República, Ley 1508 de 2012, DIARIO OFICIAL. AÑO CXLVII. N. 48308. 10, ENERO, 2012. PAG. 7.
- Colombia, Congreso de la República, Ley 1523 de 2012, DIARIO OFICIAL. AÑO CXLVII. N. 48411. 24, ABRIL, 2012. PAG. 1.
- Colombia, Congreso de la República, Ley 1529 de 2012
- Colombia, Congreso de la República, Ley 1530 de 2012, DIARIO OFICIAL. AÑO CXLVIII. N. 48433. 17, MAYO, 2012. PAG. 1.
- Colombia, Congreso de la República, Ley 1532 de 2012, DIARIO OFICIAL. AÑO CXLVIII. N. 48454. 7, JUNIO 2012. PAG. 1

- Colombia, Congreso de la República, Ley 1551 de 2012, DIARIO OFICIAL. AÑO CXLVIII. N. 48483. 6, JULIO, 2012. PAG. 1.
- Colombia, Congreso de la República, Ley 1556 de 2012, DIARIO OFICIAL. AÑO CXLVIII. N. 48486 9, JULIO, 2012. PAG. 4.
- Colombia, Congreso de la República, Ley 1676 de 2013, DIARIO OFICIAL. AÑO CXLIX. N. 48888. 20, AGOSTO, 2013. PAG. 1.
- Colombia, Congreso de la República, Ley 1680 de 2013, DIARIO OFICIAL. AÑO CXLIX. N. 48980. 20, NOVIEMBRE, 2013. PAG.
- Colombia, Congreso de la República, Ley 1682 de 2013, DIARIO OFICIAL. AÑO CXLIX. N. 48987. 27, NOVIEMBRE, 2013. PAG. 3.
- Colombia, Congreso de la República, Ley 1700 de 2013, DIARIO OFICIAL. AÑO CXLIX. N. 49016. 27, DICIEMBRE, 2013. PAG. 5.
- Colombia, Presidencia de la Republica, Decreto 1056 de 1953, DIARIO OFICIAL. AÑO XC. N. 28199. 16, MAYO, 1953. PAG. 645
- Colombia, Presidencia de la Republica, Decreto 2869 de 1968
- Colombia, Presidencia de la Republica, Decreto 3057 de 1968
- Colombia, Presidencia de la Republica, Decreto 2811 de 1974, DIARIO OFICIAL 34243. 19 de diciembre de 1974
- Colombia, Presidencia de la Republica, Decreto Ley 222 de 1983 DIARIO OFICIAL. AÑO CXIX. N. 36189. 9, FEBRERO, 1983. PAG. 417.
- Colombia, Presidencia de la Republica, Decreto 624 de 1989, DIARIO OFICIAL No. 38.756 de 30 de marzo de 1989 http://200.75.47.49/senado/basedoc/codigo/estatuto_tributario.html
- Colombia, Presidencia de la República, Decreto 1767 de 1990
- Colombia, Presidencia de la Republica, Decreto 585 de 1991
- Colombia, Presidencia de la República, Decreto 591 de 1991
- Colombia, Presidencia de la Republica, Decreto 777 de 1992, DIARIO OFICIAL AÑO CXXVII. N.40451. 18, MAYO, 1992. PAG. 3.
- Colombia, Presidencia de la Republica, Decreto 2118 de 1992
- Colombia, Presidencia de la Republica, Decreto 2169 de 1992

- Colombia, Presidencia de la Republica, Decreto 2170 de 1992
- Colombia, Presidencia de la Republica, Decreto 663 de 1993, DIARIO OFICIAL. AÑO CXXVIII. N. 40820. 5, ABRIL, 1993. PAG. 1.
- Colombia, Presidencia de la República Decreto 913 de 1993 DIARIO OFICIAL. AÑO CXXIX. N. 40884. 20, MAYO, 1993, PAG. 2
- Colombia, Presidencia de la República, Decreto 356 de 1994, DIARIO OFICIAL. AÑO CXXIX. N. 41220. 11, FEBRERO, 1994. PAG. 19.
- Colombia, Presidencia de la República, Decreto 2934 de 1994
- Colombia, Presidencia de la Republica, Decreto 1745 de 1995, DIARIO OFICIAL. AÑO CXXXI. N.42049. 13, OCTUBRE, 1995. PAG.1
- Colombia, Presidencia de la República, Decreto 730 de 1997 DIARIO OFICIAL. AÑO CXXXII. N. 43007. 20, MARZO, 1997. PAG. 3
- Colombia, Presidencia de la Republica, Decreto 213 de 1999, DIARIO OFICIAL. AÑO CXXXIV. N. 43496. 8, FEBRERO, 1999. PAG. 3.
- Colombia, Presidencia de la Republica, Decreto 415 de 1999, DIARIO OFICIAL. AÑO CXXXIV. N. 43521. 8, MARZO, 1999. PAG. 13.
- Colombia, Presidencia de la Republica, Decreto 1444 de 1999
- Colombia, Presidencia de la Republica, Decreto 2685 de 1999, DIARIO OFICIAL. AÑO CXXXV. N. 43834. 29, DICIEMBRE, 1999. PAG. 7.
- Colombia, Presidencia de la Republica, Decreto 1152 de 2000
- Colombia, Presidencia de la Republica, Decreto 1444 de 2000
- Colombia, Presidencia de la Republica, Decreto 1512 de 2000, DIARIO OFICIAL. AÑO CXXXVI. N. 44125. 11, AGOSTO, 2000. PAG. 1
- Colombia, Presidencia de la Republica, Decreto 1677 de 2000
- Colombia, Presidencia de la Republica, Decreto 70 de 2001, DIARIO OFICIAL. AÑO CXXXVI. N. 44297. 19, ENERO, 2001. PAG. 1.
- Colombia, Presidencia de la República, Decreto 2170 de 2002 DIARIO OFICIAL. AÑO CXXXVIII. N. 44952. 3, OCTUBRE, 2002. PAG. 7.
- Colombia, Presidencia de la Republica, Decreto 210 de 2003, DIARIO OFICIAL. AÑO CXXXVIII. N. 45086. 3 FEBRERO, 2003. PAG. 39.

- Colombia, Presidencia de la Republica, Decreto 1746 de 2003, DIARIO OFICIAL. AÑO CXXXIX. N. 45229. 25, JUNIO, 2003. PAG. 78.
- Colombia, Presidencia de la Republica, Decreto 188 de 2004
- Colombia, Presidencia de la Republica, Decreto 195 de 2004
- Colombia, Presidencia de la Republica, Decreto 262 de 2004
- Colombia, Presidencia de la Republica, Decreto 264 de 2007
- Colombia, Presidencia de la República, Decreto 4747 de 2007 DIARIO OFICIAL. AÑO CXLIII. N. 46835. 7, DICIEMBRE, 2007. PAG. 31.
- Colombia, Presidencia de la República, Decreto 2474 de 2008, Diario Oficial No. 47.043 del 7 de julio de 2008.
- Colombia, Presidencia de la República, Decreto 4712 de 2008 DIARIO OFICIAL. AÑO CXLIV. N. 47205. 16, DICIEMBRE, 2008. PAG. 15.
- Colombia, Presidencia de la República, Decreto 1904 de 2009
- Colombia, Presidencia de la Republica, Decreto 3355 de 2009, DIARIO OFICIAL. AÑO CXLIV. N. 47465. 7, SEPTIEMBRE, 2009. PAG. 1.
- Colombia, Presidencia de la Republica, Decreto 3517 de 2009
- Colombia, Presidencia de la República, Decreto 4350 de 2009 DIARIO OFICIAL. AÑO CXLIV. N. 47529. 10, NOVIEMBRE, 2009. PAG. 5.
- Colombia, Presidencia de la Republica, Decreto 5012 de 2009, DIARIO OFICIAL. AÑO CXLIV. N. 47577. 29, DICIEMBRE, 2009. PAG. 98.
- Colombia, Presidencia de la República, Decreto 2473 de 2010 DIARIO OFICIAL. AÑO CXLV. N. 47765. 9, JULIO, 2010. PAG. 41.
- Colombia, Presidencia de la Republica, Decreto 2555 de 2010, DIARIO OFICIAL. AÑO CXLIV. N. 47771. 15, JULIO, 2010. PAG. 20.
- Colombia, Presidencia de la Republica, Decreto 3443 de 2010
- Colombia, Presidencia de la Republica, Decreto 3715 de 2010
- Colombia, Presidencia de la Republica, Decreto 2893 de 2011, DIARIO OFICIAL. AÑO CXLVII. N. 48158. 11, AGOSTO, 2011. PAG. 14.

- Colombia, Presidencia de la Republica, Decreto 087 de 2011, DIARIO OFICIAL. AÑO CXLV. N. 47955. 17, ENERO, 2011. PAG. 4
- Colombia, Presidencia de la Republica, Decreto 2897 de 2011, DIARIO OFICIAL. AÑO CXLVII. N. 48158. 11, AGOSTO, 2011. PAG. 24.
- Colombia, Presidencia de la Republica, Decreto 3570 de 2011, DIARIO OFICIAL. AÑO CXLVII. N. 48205. 27, SEPTIEMBRE, 2011. PAG. 16.
- Colombia, Presidencia de la Republica, Decreto 3571 de 2011, DIARIO OFICIAL. AÑO CXLVII. N. 48205. 27, SEPTIEMBRE, 2011. PAG. 23.
- Colombia, Presidencia de la Republica, Decreto 4107 de 2011, DIARIO OFICIAL. AÑO CXLVII. N. 48241. 2, NOVIEMBRE, 2011. PAG. 103.
- Colombia, Presidencia de la Republica, Decreto 4108 de 2011, DIARIO OFICIAL. AÑO CXLVII. N. 48241. 2, NOVIEMBRE, 2011. PAG. 114.
- Colombia, Presidencia de la Republica, Decreto 4122 de 2011, DIARIO OFICIAL. AÑO CXLVII. N. 48241. 2, NOVIEMBRE, 2011. PAG. 131.
- Colombia, Presidencia de la Republica, Decreto 4155 de 2011, DIARIO OFICIAL. AÑO CXLVII. N. 48242. 3, NOVIEMBRE, 2011. PAG. 63.
- Colombia, Presidencia de la Republica, Decreto 4635 de 2011
- Colombia, Presidencia de la Republica, Decreto 734 de 2012, DIARIO OFICIAL. AÑO CXLVII. N. 48400. 13, ABRIL, 2012. PAG. 72.
- Colombia, Presidencia de la Republica, Decreto 1832 de 2012
- Colombia, Presidencia de la Republica, Decreto 1510 de 2013, DIARIO OFICIAL. AÑO CXLIX. N. 48854. 17, JULIO, 2013. PAG.3.
- Colombia, Presidencia de la Republica, Decreto 1985 de 2013, DIARIO OFICIAL. AÑO CXLIX. N. 48911. 12, SEPTIEMBRE, 2013. PAG.10.
- Colombia, Ministerio del Medio Ambiente, Resolución 620 de 1997 <http://www.minambiente.gov.co/>
- Colombia, Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, Resolución 415 de 2010 <http://www.mintic.gov.co/>
- Colombia, Comisión Reguladora de Comunicaciones, Resolución 3066 de 2011 Diario Oficial. No.48.073 18/05/2011 PAG 7

- Colombia, Banco de la República, Resolución Externa No. 08 de 2000, BOLETIN JUNTA DIRECTIVA. N. 16. 11, MAYO, 2000. PAG. 1.
- Comunidad Andina, Decisión 486 de 2000, Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena Año XVII No. 600, Lima, 19 de Septiembre de 2000, Pág. 2.
- Comunidad Andina, Decisión 391 de 1996 de la Comunidad Andina de Naciones. En: Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena Año XII No. 213, Lima, 17 de Julio de 1996, Pág. 1.
- Comunidad Andina, Resolución 414 de 1996 de la Comunidad Andina de Naciones. En: Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena Año XIII No. 217, Lima, 5 de Agosto de 1996, Pág. 4.