

LOS PRINCIPIOS DE LA FUNCIÓN ADMINISTRATIVA Y EL PRINCIPIO DE AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD EN LAS ENTIDADES EXCEPTUADAS DE LEY 80 DE 1993: ¿UNA RELACIÓN NECESARIA?

-Un análisis de la Sentencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado con Radicado 02130-01 (AP)-

José Luis Sánchez Cardona¹

“[...] parece que ha llegado para muchos el tiempo de volver a colocar la anatomía antes que la patología y de estudiar las modalidades y el régimen de la acción antes de examinar la limitación y el control». (WEIL, Prosper. Derecho administrativo)

Introducción

Una de las constantes e interesantes discusiones es la aplicación de los principios de la función administrativa en las entidades no sujetas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública –EGCAP–. Esta discusión no sólo se enfoca en la disyuntiva entre el *derecho público-derecho privado*, sino que parte de establecer cómo se concibe la acción administrativa ante entidades en régimen de competencia, especialmente, en la forma de cómo se contrata.

En este contexto, se discute la Sentencia del Consejo de Estado en segunda instancia con radicado 02130-01 (AP)², cuyo problema jurídico se centraba en una acción popular, en la que se pretendía la protección de los derechos colectivos a la moralidad administrativa y la defensa del patrimonio público, porque Empresas municipales de Cali –EMCALI–, entidad prestadora de servicios públicos domiciliarios, presuntamente desconoció los principios constitucionales de igualdad, moralidad, imparcialidad y transparencia a los que estaba obligada, en el sentido que adjudicó a PARQUESOFT un contrato de prestación de servicios sin previo concurso de proponentes, ocasionando que la entidad pública no haya tenido las mejores condiciones de precios y servicios. En tal sentido, se planteaba

¹ Integrante activo del Centro de Estudios de Derecho Administrativo –CEDA–. Abogado y especialista en derecho administrativo de la Universidad de Antioquia. Actualmente es abogado de la Unidad de Gestión Legal de la Institución Universitaria Colegio Mayor de Antioquia.

² CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Sentencia del 2 de diciembre de 2013. C.P. Stella Conto Díaz del Castillo. Exp. 02130-01 (AP).

un desconocimiento de los principios regulados en el artículo 209 constitucional y el artículo 24 de la Ley 80 de 1993.

Las entidades demandadas argumentaron que suscribieron un contrato de derecho privado, no siendo aplicable lo regulado sobre selección objetiva en Ley 80 de 1993, pues las empresas de servicios públicos domiciliarios se sujetan a los artículos 31 y 32 de la Ley 142 de 1994. A partir de este fundamento normativo planteaban que se podía contratar directamente, teniendo en cuenta las normas del estatuto contractual interno de EMCALI, por lo que es improcedente la acción popular para cuestionar la validez y posterior nulidad del contrato.

La Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado después de hacer un análisis en sus consideraciones de los principios de la función administrativa y los principios que rigen a las empresas de servicios públicos domiciliarios, planteó la indebida actuación de EMCALI. Así pues, señaló la violación de las normas de la Ley 142 de 1994, las cuales son sustento de la transparencia y rectitud con que se debió desarrollar el proceso de contratación y ausencia de defender el patrimonio público. Por lo tanto, declaró la nulidad absoluta la invitación que hizo EMCALI a PARQUESOFT como único proponente.

De lo expuesto, el escrito plantea la discusión de esta sentencia desde dos tópicos: i) los principios de la función administrativa como ruta metodológica de las actuaciones contractuales en las empresas de servicios públicos domiciliarios; y ii) los procesos de selección, la libre competencia, los principios de la función de la función y el principio de autonomía de la voluntad, como una relación necesaria en la contratación de las entidades exceptuadas. De este modo, la sentencia a analizar es muy pertinente en el derecho administrativo, toda vez que se debate las particularidades de la actuación administrativa contractual en las empresas de servicios públicos domiciliarios, y que indirectamente, involucra las demás entidades sujetas a un régimen especial de contratación.

1. Los principios de la función administrativa como ruta metodológica de las actuaciones contractuales en las empresas de servicios públicos domiciliarios

La Sección Tercera del Consejo de Estado expuso que, con sujeción a los principios de libre iniciativa, competencia y eficiencia económica, transparencia y neutralidad, la Ley 142 de 1994 dispuso en el Título II el régimen jurídico de las empresas de servicios públicos domiciliarios. En este sentido, señaló los aspectos generales:

i) Los prestadores de servicios públicos domiciliarios se sujetan a las reglas del derecho privado y no por el EGCAP, salvo en aquellos contratos en los que se usan las cláusulas exorbitantes autorizados por las Comisiones de Regulación, así como en los contratos por medio de la cual las entidades territoriales trasladan la

prestación directamente o en razón de la disolución o liquidación de empresas estatales encargadas de hacerlo –artículos 31 y 32³.

ii) Las normas de contratación de las empresas de servicios públicos domiciliarios, incluyendo las de derecho privado, se interpretan según lo prescrito en el artículo 30 de la Ley 142 de 1994 que dispone: «Las normas que esta ley contiene sobre contratos se interpretarán de acuerdo con los principios que contiene el título preliminar; en la forma que mejor garantice la libre competencia y que mejor impida los abusos de la posición dominante, tal como ordena el artículo 333 de la Constitución Política; y que más favorezca la continuidad y calidad en la prestación de los servicios».

iii) Sus actuaciones se sujetan al principio de neutralidad, es decir, la eliminación de privilegios y tratos injustificados en sus actos y contratos, de acuerdo a lo regulado en el artículo 34 de la Ley 142 de 1994⁴.

³ El artículo 31 de la Ley 142 de la Ley 1994 dispone: «Los contratos que celebren las entidades estatales que prestan los servicios públicos a los que se refiere esta ley *no estarán sujetos a las disposiciones del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, salvo en lo que la presente ley disponga otra cosa.*

»Las Comisiones de Regulación podrán hacer obligatoria la inclusión, en ciertos tipos de contratos de cualquier empresa de servicios públicos, de cláusulas exorbitantes y podrán facultar, previa consulta expresa por parte de las empresas de servicios públicos domiciliarios, que se incluyan en los demás. Cuando la inclusión sea forzosa, todo lo relativo a tales cláusulas se regirá, en cuanto sea pertinente, por lo dispuesto en la Ley 80 de 1993, y los actos y contratos en los que se utilicen esas cláusulas y/o se ejercent esas facultades estarán sujetos al control de la jurisdicción contencioso administrativa. Las Comisiones de Regulación contarán con quince (15) días para responder las solicitudes elevadas por las empresas de servicios públicos domiciliarios sobre la inclusión de las cláusulas excepcionales en los respectivos contratos, transcurrido este término operará el silencio administrativo positivo.

»PARÁGRAFO. Los contratos que celebren los entes territoriales con las empresas de servicios públicos con el objeto de que estas últimas asuman la prestación de uno o de varios servicios públicos domiciliarios, o para que sustituyan en la prestación a otra que entre en causal de disolución o liquidación, se regirán para todos sus efectos por el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, en todo caso la selección siempre deberá realizarse previa licitación pública, de conformidad con la Ley 80 de 1993».

»Artículo 32. Régimen de derecho privado para los actos de las empresas. Salvo en cuanto la Constitución Política o esta Ley dispongan expresamente lo contrario, la constitución, y los actos de todas las empresas de servicios públicos, así como los requeridos para la administración y el ejercicio de los derechos de todas las personas que sean socias de ellas, en lo no dispuesto en esta Ley, se regirán exclusivamente por las reglas del derecho privado [...]» (énfasis fuera de texto).

»Artículo 34. Prohibición de prácticas discriminatorias, abusivas o restrictivas. Las empresas de servicios públicos, en todos sus actos y contratos, deben evitar privilegios y discriminaciones injustificados, y abstenerse de toda práctica que tenga la capacidad, el propósito o el efecto de generar competencia desleal o de restringir en forma indebida la competencia [...]».

iv) Las empresas que prestan servicios públicos domiciliarios en posición dominante en el mercado, donde su principal actividad sea la distribución de bienes y servicios, deben someter su adquisición a procedimientos que aseguren la concurrencia de futuros proponentes, bajo condiciones de objetividad y de igualdad, es decir, aplicando los principios de transparencia y eficiencia. Por otro lado, las comisiones de regulación podrán exigir en estos eventos, la celebración de licitaciones públicas o de procesos que propendan por la concurrencia de oferentes –artículo 35⁵.

Estas 4 características planteadas por el Consejo de Estado implican el vínculo entre el régimen jurídico de los actos y de los contratos de las empresas de servicios públicos domiciliarios y los principios constitucionales de la función administrativa. Al respecto, este órgano jurisdiccional señaló: «[...] las normas que rigen la contratación de las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios, atrás señaladas, guardan inescindible relación, de medio a fin, con el régimen de derecho privado al que se encuentran sujetas, en cuanto éste permite realizar los principios de igualdad, neutralidad y libre competencia, asegurando así una prestación que responda a la realización de los fines sociales del Estado».

Así mismo, se plantea que EMCALI al ser una empresa industrial y comercial del Estado pertenece a la rama ejecutiva del poder público del sector descentralizado, y por tanto, se sujeta a los principios prescritos en el artículo 3º de la Ley 489 de 1998⁶, esto es, deben tenerse en cuenta por esta entidades y por sus servidores públicos.

⁵ «Artículo 35. Deber de buscar entre el público las mejores condiciones objetivas. Las empresas de servicios públicos que tengan posición dominante en un mercado, y cuya principal actividad sea la distribución de bienes o servicios provistos por terceros, tendrán que adquirir el bien o servicio que distribuyan por medio de procedimientos que aseguren posibilidad de concurrencia a los eventuales contratistas, en igualdad de condiciones. En estos casos, y en los de otros contratos de las empresas, las comisiones de regulación podrán exigir, por vía general, que se celebren previa licitación pública, o por medio de otros procedimientos que estimulen la concurrencia de oferentes».

⁶ «Artículo 30. Principios de la función administrativa. La función administrativa se desarrollará conforme a los principios constitucionales, en particular los atinentes a la buena fe, igualdad, moralidad, celeridad, economía, imparcialidad, eficacia, eficiencia, participación, publicidad, responsabilidad y transparencia. Los principios anteriores se aplicarán, igualmente, en la prestación de servicios públicos, en cuanto fueren compatibles con su naturaleza y régimen.

» Parágrafo. Los principios de la función administrativa deberán ser tenidos en cuenta por los órganos de control y el Departamento Nacional de Planeación, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 343 de la Constitución Política, al evaluar el desempeño de las entidades y organismos administrativos y al juzgar la legalidad de la conducta de los servidores públicos en el cumplimiento de sus deberes constitucionales, legales o reglamentarios, garantizando en todo momento que prime el interés colectivo sobre el particular».

De lo expuesto en esta sentencia, se asume la postura que los principios constitucionales de la función administrativa tienen la característica de ser generales, en el sentido que informan sobre las bases que constituyen el derecho administrativo como un régimen jurídico de un determinado tipo de sujeto, denominado Administración o particulares que cumplen funciones administrativas.

Los principios de la función administrativa, como la igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad componen una brújula o ruta metodológica para la actuación de las entidades, independiente del régimen jurídico que les aplique, lo cual se evidencia no solo en las normas precitadas por el Consejo de Estado, sino en el artículo 13 de la Ley 1150 de 2007⁷, el cual dispone que las entidades de régimen exceptuado las deben tener en cuenta, igual que los principios de la gestión fiscal y el régimen de inhabilidades e incompatibilidades.

En efecto, esta idea implica también entender que los principios de la función administrativa tienen una doble funcionalidad: i) *criterios de interpretación* de las decisiones de las autoridades en la selección, celebración y ejecución de los contratos de entidades de servicios públicos domiciliarios, así como las demás de régimen especial, y ii) *un sistema de control*, que implica que este tipo de organismos no solo se someten a la legalidad en estricto sentido, sino a una teleológica, lo cual se le discute la generación de inseguridad jurídica, porque es el juez, quien define el contenido de este tipo de normas de textura abierta.

La aplicación de los principios constitucionales de la función administrativa en las entidades de régimen exceptuado implica que cada actuación sujeta al derecho privado debe tener en cuenta, en un primer momento, este tipo de principios. En tal sentido, la acción de las empresas industriales y comerciales del Estado no es totalmente privada, sino que hay una mezcla de derecho administrativo manifestada en principios, que da una nueva orientación problemática, lo cual implica interrogarse: ¿cuál es la naturaleza de los actos que expide las entidades de régimen exceptuado? ¿actos civiles y mercantiles o actos administrativos? ¿cuál es la naturaleza de los manuales de contratación? ¿hay un nuevo derecho administrativo?

La relación tan cercana y necesaria que muchos hablan de *derecho administrativo-derecho privado*, no es más que una articulación de una rama del

⁷ «Artículo 13. Principios generales de la actividad contractual para entidades no sujetas al estatuto general de contratación de la administración pública. Las entidades estatales que por disposición legal cuenten con un régimen contractual excepcional al del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, aplicarán en desarrollo de su actividad contractual, acorde con su régimen legal especial, los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal de que tratan los artículos 209 y 267 de la Constitución Política, respectivamente según sea el caso y estarán sujetas al régimen de inhabilidades e incompatibilidades previsto legalmente para la contratación estatal».

derecho cuando acude a otra, para que las actividades de un tipo de órganos, como las empresas industriales y comerciales del Estado cumplan con sus actividades. En este sentido, el derecho administrativo toma los contenidos del derecho privado como suyos, sin que implique renunciar a su naturaleza. En otras palabras, la modificación de las reglas del derecho público, teniendo como reflejo al derecho privado, sigue con particularidades que lo hacen diferente, ya que sus fines, dificultades y circunstancias de operación no son las mismas, pero la discusión dicotómica *público-privado* parece superada ante las nuevas exigencias y retos de las sociedades contemporáneas.

La acción administrativa muta, en el sentido que se fundamenta en los contenidos del derecho privado, buscando agilidad, pero no pierda su naturaleza de sujeción al derecho administrativo. En esta orientación, se plantea que los actos que expiden las entidades de régimen exceptuado son administrativos, por dos aspectos: i) la naturaleza de la entidad; y ii) la sujeción de los principios de la función administrativa. Estas dos variables son interrelacionadas y en este sentido, la aplicación del derecho privado por parte de las empresas de servicios públicos domiciliarios, como EMCALI, no es absoluta. Para dimensionar lo que se plantea, se cita a Prosper Weil, el cual señala: «En una palabra, el derecho privado aplicable a la acción administrativa se encuentra siempre teñido por la finalidad de interés general y reviste un cierto particularismo; no es jamás idéntico al que se le aplica en las relaciones particulares»⁸.

La remisión de las *normas administrativas* al privado, evidencia la existencia de un *derecho-medio*, que le permite actuar más ágil, pero no implica que se renuncie a la naturaleza y esencia de ser una autoridad del derecho administrativo. García de Enterría y Ramón Fernández aducen: [...] toda actuación de Derecho Privado de la Administración es la expresión del centro subjetivo último de la Administración como organización política, como “poder público” [...] el que somete, domina e instrumentaliza todas las manifestaciones orgánicas y funcionales de la Administración, de modo que en la aplicación al mismo del Derecho Administrativo, podemos y debemos hablar de un verdadero límite sustancial»⁹.

No obstante, la aplicación de los principios de la función administrativa es problemático en la contratación estatal, puesto que procesos de selección públicos y abiertos y contratar de forma directa, en un sentido genérico, no vulneran ningún principio. Cada supuesto de hecho es el que logra definir los límites y alcances que tienen estos principios en cada una de las actuaciones contractuales, pero teniendo

⁸ WEIL, Prosper. Derecho administrativo. Madrid: Civitas, 1986. p. 122.

⁹ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; RAMÓN FERNÁNDEZ, Tomás. Curso de derecho administrativo. Tomo I. Madrid: Civitas, 1997. p. 49.

en cuenta necesariamente el principio de la autonomía de la voluntad como base del derecho privado.

2. Los procesos de selección, la libre competencia, los principios de la función administrativa y la autonomía de la voluntad: ¿una relación necesaria?

La Sección Tercera del Consejo de Estado expresó que la invitación a contratar que hizo EMCALI para el diseño e implementación de su plataforma tecnológica, desconoció los principios, valores y normas que rigen los procesos de selección, al no garantizar la libre concurrencia, la objetividad y la transparencia. Se señaló que la labor del contratista era gerenciar la integración de redes, hardware, software, teniendo como fin soportar la información comercial de la empresa, los cuales son componentes de fácil adquisición en el mercado. Por tanto, existía pluralidad de oferentes, por lo que EMCALI no necesitaba un sistema de condiciones tecnológicas y científicas, como lo justificó mediante la interpretación de disposiciones de su manual de contratación, la cual permitía la contratación directa con una sola oferta, en aquellos contratos para el desarrollo directo de actividades científicas, artísticas o tecnológicas, que solo se encomiendan a determinados científicos, artistas o expertos.

Se evidenció que la ejecución del contrato convenido por PARQUESOFT, si bien contenía actividades tecnológicas, no implicaba el desarrollo de actividades científicas ni que debían encomendarse a determinados sujetos. En esta línea, desconoció su propio manual de contratación, por lo que el Consejo de Estado concluyó:

«[...] que el procedimiento previo y posterior, es decir, la invitación directa de EMCALI a PARQUESOFT, como único proponente y la celebración del contrato, contrariaron abiertamente los principios de selección objetiva, concurrencia en condiciones libres de competencia, eficiencia, eficacia, moralidad, transparencia, imparcialidad, imparcialidad y publicidad, que según los artículos 2 numerales 2.5. y 2.6; 3º, numeral 3.9.; 30 y 34 de la Ley 142, 3º de la Ley 489 de 1998 y 2º, 13, 20, 21 y 23 de la citada Resolución, debían regir el proceso de contratación».

El Consejo de Estado manifestó que EMCALI como empresa prestadora de servicios públicos domiciliarios subordinó la defensa del patrimonio público y la eficiencia en la prestación de los servicios a intereses ajenos, particularmente del contratista. De este modo, le posibilitó ser el único oferente sin una justificación dentro de su manual de contratación.

A partir de la relación entre los procesos de selección, libre concurrencia y los demás principios de la función administrativa se generan interrogantes: ¿cómo deben elaborarse los manuales de contratación? ¿cómo deben ser las actuaciones

administrativas contractuales? ¿los principios de la función administrativa deben asimilarse en sus contenidos a lo regulado a los principios de la contratación estatal del EGCAP? ¿Dónde queda la remisión del derecho privado si hay una intromisión de las reglas del derecho público?

El Consejo de Estado en esta sentencia no discutió la aplicación o no de los principios de la contratación regulados en el EGCAP, a pesar que el accionante los expuso como uno de sus fundamentos. No obstante, queda el sinsabor cómo deben interpretarse los principios de la función administrativa en un ámbito como la contratación de las entidades no sujetas al EGCAP. En este escenario, se discute si el principio de igualdad y el de imparcialidad deben ser entendido como la selección objetiva regulada en el EGCAP o debe ser mucho más amplia.

En esta sentencia, no establecieron de forma clara cómo se deben concebir los principios de la función administrativa en la contratación de entidades de régimen exceptuado, desde la elaboración de los manuales de contratación, como las diversas actuaciones que se presentan en los procesos de contratación. De este modo, hay una discrecionalidad de la Administración para la elaboración de sus manuales de contratación, que al ser actos administrativos deben orientarse al cumplimiento de los principios de la función administrativa y la libre competencia.

A partir de la idea anterior, la aclaración de voto de Ramiro Pazos Guerrero expresó que la aplicación de los principios de la función administrativa al campo de la contratación en los servicios públicos, sin una debida fundamentación, no se acomoda con el régimen constitucional y legal aplicable al respecto. Así pues, consideró: «[...] que no era menester –para la solución del caso en concreto– introducir en la parte considerativa estas remisiones que pueden poner en cuestión el régimen de contratación de derecho común, al que están sometidos los operadores de servicios públicos domiciliarios».

En esta idea debió dimensionarse que la aplicación de los principios de la función administrativa no es una sujeción a las reglas de contratación, por el contrario, establece que las entidades exceptuadas deben buscar en sus actuaciones el cumplimiento de estos. Se presenta una relación necesaria entre principios de la función administrativa y el principio de autonomía de la voluntad privada. Ante este panorama, se entiende que, a pesar de la aplicación de la autonomía privada en la contratación de entidades de régimen especial, no implica que puedan tratar de manera desigual a aquellos sujetos que quieran participar en la suscripción de un contrato. Es decir, los procesos de selección no pueden ser arbitrarios, sino basados en criterios objetivos y razonables que comienzan de la interpretación adecuada de los manuales de contratación.

Hay una oportunidad que tienen las entidades de régimen exceptuado, que parte con la elaboración de los manuales de contratación, al tener la posibilidad de

crear formas diferentes de seleccionar un contratista, en aplicación a los diversos principios de la función administrativa, sin tener que recurrir a los contenidos prescritos en el EGCAP. Es decir, la construcción de reglas a partir de principios es un avance para que las entidades exceptuadas busquen formas que garanticen la libre competencia, teniendo en cuenta sus lógicas como entidad dentro un sector.

La autonomía de la voluntad como postulado del derecho privado se combina con los principios de la función administrativa, los cuales no entran en conflicto, antes permiten que los procesos de selección no se construyan bajo intereses particulares, sino que se pretende que el que sea seleccionado, sea el oferente más idóneo. Bajo este panorama, se garantiza un mayor nivel de eficiencia y competitividad en los mercados, es decir, mejores condiciones económicas y técnicas con quienes pretendan suscribir contratos.

El discurso y la crítica recurrente de las entidades exceptuadas, en la que se afirma que el derecho público es ineficiente, se desvirtúa al señalar que antes los principios de la función administrativa pueden salvaguardar la libre concurrencia de oferentes. Así, la acción administrativa en la actualidad se convierte en el importante componente de estudio del derecho administrativo, pues sus manifestaciones son diversas y hasta complejas al estar compuesta de una relación necesaria entre procesos de selección, libre competencia, principios de la función administrativa y la autonomía de la voluntad.

Así las cosas, la idea de Prosper Weil citada en el inicio de este texto sigue vigente: «[...] históricamente el Derecho Administrativo ha sido, como el *common law*, “segregado en los intersticios del procedimiento, ilustrando así la vieja máxima inglesa *Remedies precede rights*, parece que ha llegado para muchos el tiempo de volver a colocar la anatomía antes que la patología y de estudiar las modalidades y el régimen de la acción antes de examinar la limitación y el control»¹⁰. De esta manera, es necesario analizar las particularidades de la acción administrativa de las entidades exceptuadas, teniendo en cuenta la convivencia permanente entre la libertad del derecho privado y las reglas del derecho administrativo.

Para finalizar, se señala que el juez administrativo como fue en este caso, debe comprender la relación simbiótica –*procesos de selección, libre competencia, principios de la función administrativa y principio de la autonomía de la voluntad*– en el momento de hacer un control a las actuaciones contractuales de las entidades exceptuadas del EGCAP. En este tipo de controles, es donde se empieza a defender y definir los límites que tiene la jurisdicción de lo contencioso administrativo en los tiempos contemporáneos.

¹⁰ WEIL, Op. cit., p. 61-62.

Bibliografía

CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Sentencia del 2 de diciembre de 2013. C.P. Stella Conto Díaz del Castillo. Exp. 02130-01 (AP).

WEIL, Prosper. Derecho administrativo. Madrid: Civitas, 1986. 190 p.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; RAMÓN FERNÁNDEZ, Tomás. Curso de derecho administrativo. Tomo I. Madrid: Civitas, 1997. 824 p.

