

ACCIONES CONTENCIOSO ADMINISTRATIVAS - Elementos. Evolución normativa. Criterios de estructuración

Es importante hacer notar que las acciones, en su concepción inicial, se basan en instituciones jurídicas suficientemente definidas y cuyos elementos no ofrecen mayor fuente de duda. Veamos entonces: 1) La del acto administrativo unilateral con las implicaciones procesales que conlleva, como por ejemplo la distinción entre los generales y los particulares, los definitivos y los de trámite, el agotamiento de la vía gubernativa, etc. Cuando el Código Contencioso Administrativo establece las acciones de nulidad y la de restablecimiento del derecho para el control de estos actos jurídicos, es evidente que conlleva todos los elementos de la institución, pues lo que determina la acción es la presencia o no de un acto administrativo, y no la naturaleza de la función o actividad que cumpla con el acto o la de la entidad que lo expidió. 2) De la misma manera, cuando se establecen las acciones relativas a contratos, se incorporan como elemento central de ellas, las instituciones del contrato administrativo, del contrato de derecho privado y del contrato de derecho privado con cláusula de caducidad, que se encontraban vigentes en 1984. Lo que determina la acción, no es la connotación de si la actividad que se desarrolla con el contrato es administrativa o no, sino la presencia de un contrato de los citados. A manera de explicación se puede poner este ejemplo bajo la legislación de esa época: si un Ministerio, para albergar sus funcionarios, arrienda un inmueble y se presenta algún litigio originado en el contrato, pueden ocurrir dos situaciones: si al contrato se había incorporado la cláusula de caducidad, el juez era el administrativo, pero si no la tenía, el juez era el civil. La definición de la jurisdicción competente no dependía de la función que desarrollara el Ministerio, sino de la categoría jurídica denominada contrato de derecho privado con cláusula de caducidad. 3) En relación con la acción de reparación directa, la redacción primigenia del artículo 83 definía los “hechos administrativos” como la fuente de la responsabilidad de la administración. Si bien la regla general consistía en que ese hecho debía ser ilícito para que diera lugar a la responsabilidad, desde mucho tiempo antes de expedido el Código, se reconocía la responsabilidad sin falta, es decir, por la actividad legal de la administración. Esta situación, aunada a la jurisprudencia que ha reconocido la responsabilidad del Estado por hechos no administrativos, como los de la administración de justicia, llevó a que no se estructurara una institución jurídica denominada “hecho administrativo” como la de acto administrativo o de contrato administrativo, sino que se estudiara en su conjunto la idea de responsabilidad extracontractual del Estado, siendo uno de sus elementos el hecho dañoso, que como se dijo, no necesariamente debía ser ni ilícito ni administrativo. 4) También reseña la Sala la forma como los numerales sextos de los artículos 131 y 132 del Código Contencioso Administrativo delimitaron el ámbito de la jurisdicción laboral y la administrativa, al establecer como acción propia de esta última la de nulidad y restablecimiento del derecho, que implica la existencia de un acto administrativo, lo que a su vez supone la existencia previa de una relación laboral de naturaleza legal y reglamentaria. Bajo esta idea, resulta claro que la jurisdicción contencioso administrativa no es competente para conocer de las relaciones laborales originadas en los contratos de trabajo celebrados por las entidades públicas, asuntos que son de competencia de la jurisdicción del Trabajo. Nuevamente es la institución del acto administrativo, necesario para generar una relación de trabajo legal y reglamentaria, la que permite distinguirla de la relación regida por un contrato de trabajo, y por ende fijar la jurisdicción que les es aplicable.

CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - No tiene un criterio único para la atribución de competencias a la jurisdicción contencioso administrativa

El Código Contencioso Administrativo, al definir el objeto de la jurisdicción contenciosa administrativa en el artículo 82, utilizó un criterio material basado en la naturaleza administrativa de la actividad que se controla; pero al tipificar las acciones (pretensiones) a través de las cuales es posible acceder a esta justicia, utilizó las instituciones de acto administrativo y de contrato administrativo (hoy contrato estatal) para configurar las acciones de nulidad, de restablecimiento del derecho y la contractual, para definir la competencia de la jurisdicción cuando aquéllos sean ilegales o produzcan un daño. Por corresponder a instituciones suficientemente delineadas, y en las que se debate en buena medida la legalidad de tales actos jurídicos, el criterio material o de la actividad no es el determinante de la posibilidad de acceso a la jurisdicción, sino el de la existencia de tales actos. En relación con la acción de reparación directa, si bien inicialmente se estructuró bajo la idea de la responsabilidad por el “hecho administrativo” la jurisprudencia se construyó sobre la del derecho a la reparación del daño causado por la actividad del Estado. No existió, pues, en el Código Contencioso Administrativo, un criterio único para la delimitación de las jurisdicciones administrativa y ordinaria.

CONTRATO ESTATAL - Incidencia de la diversidad de regímenes jurídicos aplicables sobre la determinación de la jurisdicción competente para conocer las controversias / ACCION CONTRACTUAL - Tesis existentes sobre su estructuración a partir de la noción de contrato estatal / CONTROVERSIA CONTRACTUALES - Reglas para determinar jurisdicción competente

La idea de que la administración por regla general debe celebrar contratos estatales es fundamental para los efectos de la interpretación de las normas sobre competencia de la jurisdicción en lo contencioso administrativo, pues de aquí se desprende entonces que sólo por vía de excepción, de rango constitucional o legal, puede haber contratos que no estén sometidos al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, cuyos posibles conflictos no sean de competencia de esta jurisdicción. El efecto unificador de todos los contratos estatales bajo un mismo régimen se ha desdibujado, pues en la misma ley 80 de 1993 se consagraron algunas excepciones a su aplicación, permitiendo que en la realidad hubiera unos contratos regidos por el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública y otros por normas diferentes. Bajo esta perspectiva, hay contratos estatales, que son los regidos por la ley 80 de 1993, y contratos con regímenes especiales regidos por leyes diferentes de este Estatuto, que vienen a ser especiales por oposición a la regla general que es el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. A partir de la ley 1150 de 2007, la especialidad dependerá de la entidad que celebra el contrato, más que del objeto del mismo. A la situación que acaba de describirse, en la que se pone de presente la existencia de dos regímenes aplicables a los contratos de las entidades públicas, se agrega que en ciertos casos se permite incluir las cláusulas excepcionales de la ley 80 de 1993 a los contratos con regímenes especiales. (...) Volviendo al asunto del concepto, cual es el de la forma como se estructura la acción contractual a partir de la noción de contrato estatal, se tiene que el problema surge sobre cuál debe ser el juez competente para conocer de los posibles litigios generados alrededor de los contratos celebrados por entidades con régimen de contratación especial, si debe ser el administrativo o el ordinario. Sobre el particular se han presentado dos tesis: La primera tesis, que no comparte la Sala como se analizará más adelante, parte del artículo 32 de la ley 80 de 1993, que define el contrato estatal como “todos los actos jurídicos generadores de obligaciones”, por lo que todos los contratos son estatales, independientemente de que se rijan por el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública o por el derecho privado u otra regulación especial, y por ser contratos estatales

entonces el juez competente para conocer de los litigios que en ellos se originen es el administrativo. Esta tesis supone que la jurisdicción que conoce de los litigios no está definida por la naturaleza pública o privada del régimen aplicable al contrato, y por lo mismo la jurisdicción en lo contencioso administrativa puede decidir procesos sobre contratos que no están sujetos al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. La segunda tesis, parte de la idea de la existencia de un régimen especial diferente del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, de suerte que si no se aplica este estatuto, no hay razón para aplicar la jurisdicción que en él se define, pues es exclusiva de los contratos que en él se regulan. Bajo esta perspectiva, estos contratos con regímenes especiales serían contratos no regulados por la ley 80 de 1993. Para la Sala, la tesis correcta para entender y aplicar la competencia para juzgar los conflictos que pudieren surgir alrededor de los contratos con regímenes especiales que excepcionan la aplicación del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, es la segunda, esto es, que al tener un régimen jurídico especial, diferente al del Estatuto, esa especialidad conlleva también la jurisdicción competente, por las razones que de manera breve se exponen a continuación.

RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL DE PARTICULARES - Jurisdicción competente / ACCION DE REPARACION DIRECTA - Jurisdicción competente cuando el demandado es un particular y el demandante es una entidad pública

En relación con la acción de reparación directa, cuando es una entidad pública la demandante y un particular el demandado, procede si el hecho que se le imputa al particular no se origina en un contrato, en un acto administrativo o en una relación de subordinación que pueda dar lugar a una sanción administrativa. De esto se desprende que si el hecho dañino imputado al demandado tiene como causa un contrato, la acción será la relativa a los contratos estatales, si proviene del incumplimiento de un acto administrativo, la administración deberá proceder a su ejecución forzosa conforme al artículo 64 del Código Contencioso Administrativo, y si como consecuencia de dicho incumplimiento la administración puede sancionar al particular deberá hacerlo ella misma, sin necesidad de acudir al juez.

LEY 1107 DE 2006 - Reformas al objeto de la jurisdicción contencioso administrativa. Justificación de la reforma introducida al objeto de la jurisdicción contencioso administrativa / JURISDICCION CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA - Justificación y principales cambios de la reforma introducida por la Ley 1107 de 2006 sobre su objeto

De los antecedentes legislativos de la ley 1107 de 2006, la Sala destaca por su pertinencia para determinar el alcance de la reforma que introdujo, los siguientes aspectos: 1) La calificación de la reforma como una “sencilla” modificación a la cláusula general de competencia, que eliminando el calificativo de “administrativos” contenido en el artículo 82 del Código Contencioso Administrativo, introduciría el criterio orgánico, con el fin de garantizar la seguridad jurídica de los administrados en “algunas áreas” en las que en la práctica judicial se estaban presentando conflictos de competencia entre las diferentes jurisdicciones. 2) El eje central de la reforma fue la búsqueda de una solución a un problema de interpretación del concepto de función administrativa frente a un sujeto específico, las empresas de servicios públicos domiciliarios de carácter mixto. Al respecto, en la exposición de motivos del proyecto 069 de 2005, se relacionaron los cambios en los criterios adoptados tanto por el Consejo Superior de la Judicatura como por el Consejo de Estado, al resolver conflictos relativos a esas empresas de servicios, y se propuso clarificar la competencia, incluso en los

casos de controversia de los contratos estatales, por considerar que la regla general de competencia en la jurisdicción contencioso administrativa tenía muchas excepciones, como la de las empresas de servicios públicos domiciliarios mixtas; pero conservando la vigencia de la ley 712 de 2001 para los conflictos laborales, y de los artículos 18 de la ley 689 de 2001 y 33 de la ley 142 de 1994, sobre el cobro de deudas derivadas de la prestación de los servicios públicos domiciliarios, y la distribución de las competencias jurisdiccionales en la prestación de los mismos servicios, respectivamente. 3) La ley 472 de 1998, por la cual se desarrolló el artículo 88 de la Constitución Política en relación con el ejercicio de las acciones populares y de grupo, sirvió de paradigma para la reforma, pues se afirmó que ha dado buenos resultados al haber establecido en sus artículos 15 y 50 que la jurisdicción contencioso administrativa conoce de las acciones originadas en la actividad de las entidades públicas y de las personas privadas que desempeñen funciones administrativas. 4) A pesar de que el proyecto de ley se estructuró sobre la base de las dificultades de interpretación para establecer qué se entendía por función administrativa en materia de servicios públicos prestados por entidades públicas, en el curso del trámite legislativo se solicitó incluir expresamente a las sociedades de economía mixta con más del 50% de capital público por considerar que el criterio material contenido en el artículo 82 del Código Contencioso Administrativo genera una enorme inseguridad en la definición del juez competente, sobre todo cuando se trata de controversias que comprometen una empresa industrial y comercial del Estado, una sociedad de economía mixta, o una empresa de servicios públicos domiciliarios, en desmedro evidente de los usuarios de la justicia...". 5) La reforma también pretendió unificar el contencioso de la responsabilidad del Estado, porque "Se pondría fin a la disparidad de opiniones en la definición del criterio material de competencia hoy existente, quedando la totalidad del contencioso de la responsabilidad del Estado en una única jurisdicción".

JURISDICCION CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA - Ambito de competencia a partir de la Ley 1107 de 2006 / JURISDICCION CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA - No existe un criterio único para determinar las competencias con relación a la jurisdicción ordinaria / COMPETENCIAS CONTENCIOSO ADMINISTRATIVAS - Criterios de distribución

1° El Código Contencioso Administrativo en la redacción inicial del decreto ley 01 de 1984, ni en las reformas que se le han introducido con el tiempo, ha tenido un criterio único para definir el objeto de la jurisdicción en lo contencioso administrativo. 2° El objeto de la jurisdicción se ha estructurado principalmente alrededor de las llamadas acciones contencioso administrativas, que a su turno, se configuraron sobre las instituciones del acto administrativo, del contrato estatal (antes administrativo) y de la responsabilidad extracontractual del Estado, categorías jurídicas que no fueron derogadas o modificadas por la ley 1107 de 2006. En consecuencia, continúan vigentes las normas que las establecen y la jurisprudencia y doctrina que las han interpretado. 3° La ley 1107 de 2006, redefinió los sujetos públicos que pueden ser parte en los procesos que se tramitan ante la jurisdicción en lo contencioso administrativo en estos términos: "las entidades públicas incluidas las sociedades de economía mixta con capital público superior al 50% y de las personas privadas que desempeñen funciones propias de los distintos órganos del Estado." Modificó el artículo 82 del Código Contencioso Administrativo y todas las normas de la segunda parte en las que se utiliza la expresión entidades públicas, como por ejemplo los artículos 149, 150 y 151. Advierte la Sala que la expresión "entidad estatal" de la ley 80 de 1993 no es sinónima de la expresión "entidad pública" que define la ley 1107 de 2006.

NOTA DE RELATORIA: Autorizada la publicación con oficio 457 de 29 de julio de 2008 del Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural y oficio 017632 de 24 de junio de 2009 del Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL

Consejero ponente: ENRIQUE JOSE ARBOLEDA PERDOMO Y LUIS FERNANDO ALVAREZ JARAMILLO

Bogotá, D. C., diecinueve (19) de junio de dos mil ocho (2008)

Radicación numero: 11001-03-06-000-2007-00094-00(1865); 11001-03-06-000-2008-00020-00(1887)

Actor: MINISTERIO DE HACIENDA Y CREDITO PUBLICO; MINISTERIO DE AGRICULTURA Y DESARROLLO RURAL

Referencia: Los efectos de la ley 1107 de 2006 en la competencia de la Jurisdicción Contencioso Administrativa y en el ejercicio de las acciones ante esta Jurisdicción.

Los señores Ministros de Hacienda y Crédito Público doctor Oscar Iván Zuluaga Escobar y de Agricultura y Desarrollo Rural doctor Andrés Felipe Arias Leiva, consultaron en sendos escritos sobre los alcances y la aplicación de la ley 1107 de 2006.

Los interrogantes en los que se concreta el sentido del concepto, son las siguientes:

I. Pregunta el señor Ministro de Hacienda y Crédito Público:

“1. ¿El hecho de que una entidad estatal sea parte de una controversia, determina que la jurisdicción competente para desatarla es la jurisdicción de lo contencioso administrativo, aún con prescindencia de si la situación que origina la controversia no está directamente relacionada con la actividad de la entidad?”

“2. Teniendo en cuenta la modificación introducida al artículo 82 del Código Contencioso Administrativo por el artículo 1º de la ley 1107 de 2006, ¿Cuál sería la jurisdicción competente para conocer de los eventos en los cuales una entidad estatal debe demandar a un particular, por el incumplimiento de una obligación a cargo de éste, que tenga su origen en la ley o en el reglamento y no en el contrato? En caso en que sea la jurisdicción contencioso administrativa la competente ¿Cuál sería la acción que se debería instaurar para hacer efectiva la obligación incumplida?”

“3.- ¿Si en desarrollo de un apoyo estatal se ha suscrito un convenio o contrato en que la obligación que se pretende hacer efectiva no se ha incluido en el mismo, pero guarda relación con el objeto del apoyo y se encuentra prevista en las normas que rigen la operación, la jurisdicción y acción son las mismas indicadas para la respuesta anterior?”

“4. Respecto de la acción que deba ser promovida por una entidad estatal para reclamar por la responsabilidad civil extracontractual en que ha incurrido un particular por el desarrollo de la actividad propia de ese particular, que es del todo ajena a la actividad cumplida por la entidad estatal, ¿Cuál sería la jurisdicción competente y, en el caso que fuere la contencioso administrativa, cuál sería la acción a instaurar?”

“5.- ¿Cuál es la acción que se debe interponer para obtener el reconocimiento de un derecho que una entidad estatal pretende hacer valer en relación con un convenio, que no tenga la naturaleza de contrato?”

“6.- ¿Cuál es la acción que se debe instaurar por parte de una entidad estatal, en los eventos en los cuáles, se pretenda el reconocimiento de un derecho o el pago de una obligación que no tenga origen contractual?”

“7.- En cualquier otra hipótesis diferente a las anteriores, ¿el hecho de que una entidad estatal sea parte en una controversia, determina que la jurisdicción competente para desatlarla es la jurisdicción de lo contencioso administrativo, aún con prescindencia de si la situación que origina la controversia no está directamente relacionada con la actividad de la entidad?”

“8.- ¿Existe una acción residual en materia contencioso administrativa, que se pueda instaurar cuando la situación que da lugar al litigio no encaje en ninguna de las acciones tipificadas en el Código Contencioso Administrativo?”

II. Por su parte el señor Ministro de Agricultura y Desarrollo Rural plantea los siguientes interrogantes:

“1. En tratándose de daños antijurídicos producidos por particulares al Banco Agrario de Colombia S.A. con causa o con ocasión de la actividad propia del giro ordinario de los negocios de éste, es decir, de la actividad bancaria, es la acción de reparación directa la vía procesal idónea para obtener la reparación del daño irrogado?”

“2. Si la respuesta al anterior interrogante es positiva, ¿cuáles serían las reglas aplicables en relación con la transición de los términos de prescripción y caducidad que afectan las acciones a iniciar en contra del Banco o por parte de éste?”

“3. Entrada en vigencia la Ley 1107 de 2006, el conocimiento de las ‘controversias y litigios’ originados en los contratos de derecho privado del Banco Agrario de Colombia S.A. en los que el co – contratante sea una persona de derecho privado, corresponde a la jurisdicción de lo contencioso administrativo? De ser así, la vía procesal adecuada para estos efectos es el ejercicio de la acción contractual del artículo 87 del Código Contencioso Administrativo, la cual se encuentra concebida para contratos de naturaleza estatal? Una vez entre en vigencia el artículo 15 de la Ley 1150 de 2007 cuál es la respuesta a estos interrogantes?”

“4. En el mismo sentido de lo anterior, a la luz del artículo 1 de la Ley 1107 de 2007, a pesar de la naturaleza privada de todos los contratos que celebre el Banco a partir de la entrada en vigencia de la Ley 1150 de 2007, las ‘controversias y litigios’ en ellos originados deberán ser de conocimiento de la jurisdicción de lo contencioso administrativo? De ser así, la acción procedente será la acción contractual del artículo 87 del Código Contencioso Administrativo? De no serlo, cuáles serán la jurisdicción y la vía procesal adecuadas para resolver este tipo de ‘controversias y litigios’?”

“5. Con la entrada en vigencia de la Ley 1107 de 2006, aquellos procesos para los cuales se encuentra establecido legalmente un procedimiento especial ante la jurisdicción ordinaria o ante cualquier otra, cuando involucren en alguno de sus extremos a una entidad pública y en particular a una sociedad de economía mixta con capital público superior al 50%, deben tramitarse ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo. De ser así, qué acción debe ejercerse? En el planteamiento de este interrogante se dividen estos procesos entre aquellos que involucran ‘controversia y litigio’ y aquellos que no.”

Como se observa, a través de ambas consultas el Gobierno Nacional pretende que esta Corporación haga claridad sobre la interpretación, los alcances y la aplicación de la ley 1107 de 2006, razón por la cual ha considerado oportuno y necesario acumularlas con fin de establecer criterios uniformes que sirvan de orientación a las autoridades administrativas consultantes. Por ello, las consideraciones jurídicas que sustentan las respuestas son comunes para ambas, y al final se darán las respuestas en forma separada para cada uno de los Ministros consultantes.

Para responder la Sala CONSIDERA:

Se plantea a la Sala la determinación de los efectos de la ley 1107 de 2006 sobre la distribución de las competencias jurisdiccionales entre la justicia ordinaria y la contencioso administrativa, dada la amplitud de la fórmula utilizada por el primer artículo de la ley citada. El punto de partida para este concepto consiste en cómo comprender lo que la doctrina ha denominado el “*criterio*” para la distribución de las competencias entre la jurisdicción administrativa y la ordinaria, tema que en forma sucinta pasa a tratarse.

En un estudio publicado en 1953¹, el profesor francés Jean Rivero, contestaba la siguiente pregunta para el derecho administrativo de ese país: ¿existe un solo criterio para delimitar las competencias entre el juez ordinario y el administrativo, o son múltiples y variados los utilizados para realizar esta delimitación? En el discurrir del autor citado, se extraen dos grandes conclusiones aplicables al problema que se trata en este concepto, a saber:

La primera, sobre la relación del derecho administrativo con el derecho privado, en la que plantea, en una perspectiva histórica, que el derecho administrativo ha ido estableciendo un conjunto de “*derogaciones*” al derecho civil que van en una doble dirección: “*en más*” es decir, se consagra un aumento de las potestades públicas en comparación con las de los particulares, y “*en menos*”, pues bajo ciertas circunstancias, los poderes de la administración están limitados en comparación con los de los demás sujetos sometidos al derecho común². En palabras del autor:

“Todo esto puede resumirse en la fórmula siguiente; las reglas del derecho administrativo se caracterizan por las derogatorias al derecho común que exige el interés público, sea en el sentido de un aumento en provecho de las

1 RIVERO, Jean “Exist-t-il un critere du droit administratif?” en Revue de Droit public et de la science politique. Num 2 avril-juin 1953. Publicado y traducido en: “PAGINAS DE DERECHO ADMINISTRATIVO” Jean Rivero, Libro Homenaje. U. del Rosario – Ed. Temis. Bogotá 2002.

2 A manera de ejemplo de esta situación de reducción de potestades, el autor compara el alcance del principio de la autonomía de la voluntad en los particulares y en la administración, ésta última limitada al resultado de los procesos licitatorios.

personas públicas, de los derechos reconocidos a los particulares en sus relaciones, sea en el sentido de una reducción de esos derechos³.”

La segunda conclusión hace referencia a la imposibilidad de reducir a uno solo los múltiples criterios existentes para definir o delimitar las competencias entre el juez administrativo y el juez común. Señala el profesor Rivero:

“...Pues si el criterio único que permita resolver todos los problemas de competencia puede parecer a priori un ideal desde el punto de vista de la práctica, es un hecho que aquella no ha podido satisfacerse durante mucho tiempo, ni completamente, con esta simplicidad;... De hecho la práctica jurisdiccional no ha podido jamás organizar en torno a un criterio único la delimitación de competencias. El instrumento que ella parecía exigir de la doctrina se revelaba, en la práctica, inutilizable para las tareas a las cuales ella misma lo destinaba. Y este fracaso práctico... es porque la esperanza de un criterio único, reposa en una ilusión, es, en una palabra, porque el criterio del derecho administrativo no existe.⁴”

Es claro que el autor francés se refería a la evolución del derecho administrativo de su país, que para la fecha en que escribía y ante la llamada crisis de la escuela del servicio público, la doctrina buscaba estructurarlo bajo unos nuevos parámetros, mientras que la discusión actual en el derecho colombiano se centra sobre la vigencia de los criterios denominados “*material u objetivo*” y “*orgánico o subjetivo*”, supuestamente presentes en el decreto ley 01 de 1984 y en la ley 1107 de 2006, respectivamente.

Resume la Sala el anterior discurso para hacer notar que el problema jurídico planteado por la consulta no es nuevo, ni en el derecho francés ni en el colombiano, y además, porque recuerda uno de los puntos de partida de la construcción del derecho administrativo y de la competencia de la justicia administrativa: ¿Existe un solo criterio para diferenciar las competencias entre las dos jurisdicciones, o por el contrario son varios los existentes? Este interrogante se puede plantear en los actuales términos de la discusión así: ¿existió un solo criterio, el material, en el decreto ley 01 de 1984, que fue sustituido por un solo criterio, el orgánico, en la ley 1107 de 2006? Si la respuesta es negativa, esto es que no existió un solo criterio para delimitar las competencias de ambas jurisdicciones, es necesario proceder a estudiar la respuesta al siguiente interrogante: ¿cuál es el efecto de la ley 1107 de 2006 en relación con los criterios encontrados: los deroga a todos, a algunos, o tan solo los modifica?

Procede entonces la Sala a iniciar con el análisis de la estructura del Código Contencioso Administrativo, para luego ocuparse de la historia legislativa de la ley 1107 de 2006, y, por último, estudiar la evolución de la jurisprudencia de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado.

3 Op. Cit. Pág 41.

4 Op. Cit. Pág 39.

I. LA ESTRUCTURA DE LA DISTRIBUCION Y ASIGNACION DE COMPETENCIAS A LA JURISDICCION CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA EN EL CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO.

A. Esbozo de los criterios de definición de competencias en el decreto ley 01 de 1984 y sus reformas antes de la expedición de la ley 1107 de 2006.

Decían así los artículos 82 y 83 del Código Contencioso Administrativo:

*“Artículo 82. **Objeto de la jurisdicción en lo contencioso administrativo.** La jurisdicción en lo contencioso administrativo está instituida para juzgar las controversias originadas en actos y hechos administrativos de las entidades públicas, y de las privadas cuando cumplan funciones públicas. Se ejercerá por el Consejo de Estado y los Tribunales Administrativos de conformidad con la Constitución Política y la ley.*

“Esta jurisdicción podrá juzgar, inclusive, las controversias que se originen en los actos políticos o de gobierno, pero solo por vicios de forma.

“La jurisdicción en lo contencioso administrativo no juzgará las providencias dictadas en juicios de policía de carácter penal o civil; ni las sanciones que imponga el Tribunal Disciplinario.”

*“Artículo 83. **Extensión del control.** La actividad administrativa se cumple mediante actos o hechos y toda estará sujeta al control jurisdiccional en los términos previstos en la Constitución Política, en las leyes y en este Código.*

“Son actos administrativos las conductas y las abstenciones capaces de producir efectos jurídicos, y en cuya realización influyen de modo directo e inmediato la voluntad o la inteligencia.

“Son hechos administrativos los acontecimientos y las omisiones capaces de producir efectos jurídicos, y en cuya realización no influyen de modo directo e inmediato la voluntad o la inteligencia.

“Las llamadas “operaciones administrativas” y “vías de hecho” se considerarán en adelante y para todos los efectos, actos administrativos.”

En los cinco artículos siguientes, el Código Contencioso Administrativo organizó las acciones contencioso-administrativas, bajo el supuesto de que a través de ellas se controlaban los actos administrativos unilaterales (nulidad y nulidad y restablecimiento del derecho), los hechos y las omisiones administrativos (reparación directa y cumplimiento), los contratos (acciones relativas a contratos que incluía los administrativos y los de derecho privado con cláusula de caducidad), y la definición de competencias administrativas.

El artículo 82 del Código en cita ha sido subrogado varias veces desde su expedición, y antes de la ley 1107 de 2006 que contiene la redacción actualmente vigente, en lo que hace referencia al asunto consultado decía: *“La jurisdicción de lo contencioso administrativo está instituida para juzgar las controversias y litigios administrativos originados en la actividad de las entidades públicas, y de las personas privadas que desempeñen funciones propias de los distintos órganos del Estado”⁵.*

Tanto la redacción inicial de este artículo, como la que viene de transcribirse, han sido interpretadas en el sentido de fijar un criterio material u objetivo para definir el

⁵ Ley 446 de 1998, artículo 30

objeto del control judicial de la administración, lo que significa que lo relevante para resolver si cierto litigio es o no competencia de la jurisdicción administrativa, consiste en poder determinar si el conflicto es o no administrativo, indicando con ésto que ha tenido origen en el ejercicio de funciones administrativas o que la relación jurídica subyacente está regulada por el derecho público.

Entonces, aunque el artículo 82 contemplaba un criterio material en el sentido de exigir que la actividad objeto del control debía calificarse como administrativa, al estructurar las acciones contencioso administrativas el Código opta por una distribución basada en la fuente de la ilegalidad o del perjuicio que se le pudiera causar a la comunidad o al particular, esto es, el acto administrativo, el contrato administrativo, el privado con cláusula de caducidad, el hecho o la omisión administrativos, y las actuaciones administrativas en conflicto. Esta afirmación se corrobora con el texto inicial del artículo 83 del Código que, para efectos funcionales, definía las instituciones de acto administrativo (que incluía el acto unilateral y el contrato) y de hecho administrativo, pues eran las manifestaciones de la actividad de la administración.

Es importante hacer notar que las acciones, en su concepción inicial, se basan en instituciones jurídicas suficientemente definidas y cuyos elementos no ofrecen mayor fuente de duda. Veamos entonces:

- 1) La del acto administrativo unilateral con las implicaciones procesales que conlleva, como por ejemplo la distinción entre los generales y los particulares, los definitivos y los de trámite, el agotamiento de la vía gubernativa, etc. Cuando el Código Contencioso Administrativo establece las acciones de nulidad y la de restablecimiento del derecho para el control de estos actos jurídicos, es evidente que conlleva todos los elementos de la institución, pues lo que determina la acción es la presencia o no de un acto administrativo, y no la naturaleza de la función o actividad que cumpla con el acto o la de la entidad que lo expidió.
- 2) De la misma manera, cuando se establecen las acciones relativas a contratos, se incorporan como elemento central de ellas, las instituciones del contrato administrativo, del contrato de derecho privado y del contrato de derecho privado con cláusula de caducidad, que se encontraban vigentes en 1984. Lo que determina la acción, no es la connotación de si la actividad que se desarrolla con el contrato es administrativa o no, sino la presencia de un contrato de los citados. A manera de explicación se puede poner este ejemplo bajo la legislación de esa época: si un Ministerio, para albergar sus funcionarios, arrienda un inmueble y se presenta algún litigio originado en el contrato, pueden ocurrir dos situaciones: si al contrato se había incorporado la cláusula de caducidad, el juez era el administrativo, pero si no la tenía, el juez era el civil. La definición de la jurisdicción competente no dependía de la función que desarrollara el Ministerio, sino de la categoría jurídica denominada contrato de derecho privado con cláusula de caducidad.

Es claro que la ley 80 de 1993 al instituir la categoría jurídica del contrato estatal, derogó las de contrato administrativo, de derecho privado y de derecho privado con cláusula de caducidad, y así la ley 446 de 1998, en su artículo 32, al redefinir las acciones contractuales utilizó la expresión contrato estatal para tipificar la acción. En esta perspectiva se aplicarían las consideraciones hechas para esta acción, pero no ya sobre la categoría del contrato administrativo sino sobre la del contrato estatal. En el acápite siguiente, la Sala se ocupará de las incidencias que sobre este particular

tienen, el artículo 40 de la ley 446 en cita que al subrogar el artículo 132 del Código Contencioso Administrativo no utilizó la expresión contrato estatal, sino la de “*contratos de las entidades estatales*”, la expedición de la ley 1107 de 2006 y en forma especial la de la ley 1150 de 2007.

- 3) En relación con la acción de reparación directa, la redacción primigenia del artículo 83 definía los “*hechos administrativos*” como la fuente de la responsabilidad de la administración. Si bien la regla general consistía en que ese hecho debía ser ilícito para que diera lugar a la responsabilidad, desde mucho tiempo antes de expedido el Código, se reconocía la responsabilidad sin falta, es decir, por la actividad legal de la administración. Esta situación, aunada a la jurisprudencia que ha reconocido la responsabilidad del Estado por hechos no administrativos, como los de la administración de justicia⁶, llevó a que no se estructurara una institución jurídica denominada “hecho administrativo” como la de acto administrativo o de contrato administrativo, sino que se estudiara en su conjunto la idea de responsabilidad extracontractual del Estado, siendo uno de sus elementos el hecho dañoso, que como se dijo, no necesariamente debía ser ni ilícito ni administrativo.

En consecuencia, la estructuración de la acción de reparación directa supera ampliamente la discusión de si se tomó un criterio material o uno subjetivo para entender el “hecho administrativo” o para deducir la responsabilidad del Estado, y por tanto para que fuera o no procedente la *acción de reparación directa*, pues, en forma ininterrumpida aunque paulatina, el debate se fue centrando en la antijuridicidad del daño, esto es, en definir bajo qué circunstancias la supuesta víctima tiene derecho a ser indemnizada.

- 4) También reseña la Sala la forma como los numerales sextos de los artículos 131 y 132 del Código Contencioso Administrativo delimitaron el ámbito de la jurisdicción laboral y la administrativa, al establecer como acción propia de esta última la de nulidad y restablecimiento del derecho, que implica la existencia de un acto administrativo, lo que a su vez supone la existencia previa de una relación laboral de naturaleza legal y reglamentaria. Bajo esta idea, resulta claro que la jurisdicción contencioso administrativa no es competente para conocer de las relaciones laborales originadas en los contratos de trabajo celebrados por las entidades públicas, asuntos que son de competencia de la jurisdicción del Trabajo. Nuevamente es la institución del acto administrativo, necesario para generar una relación de trabajo legal y reglamentaria, la que permite distinguirla de la relación regida por un contrato de trabajo, y por ende fijar la jurisdicción que les es aplicable.
- 5) Según reza el artículo 149 del Código Contencioso Administrativo, “*Las entidades públicas (...) podrán obrar como demandantes, demandados o intervinientes en los procesos contencioso administrativos.... Ellas podrán incoar todas las acciones previstas en este código si las circunstancias lo ameritan.*”⁷ Es claro entonces, que si la administración debe presentar demanda contra un particular ante la jurisdicción contencioso administrativa, debe ejercer las acciones contempladas en los artículos 84 a 87 del Código, y, por lo mismo, cuando una determinada pretensión no

⁶ Ver ley 270 de 1996, Arts. 65 y s.s.

⁷ Concuera con el artículo 151 ibidem.

encaja dentro de alguna de esas acciones, la administración habrá de demandar al particular ante la jurisdicción civil o la especial competente.

Siguiendo con la idea de señalar los criterios básicos de asignación de competencias, a lo expuesto sobre el decreto ley 01 de 1984 adiciona la Sala la problemática generada por la desmonopolización de los servicios públicos, y en especial de los domiciliarios, llevada a cabo por el artículo 365 de la Carta, pues si bien los define como inherentes a la finalidad social del Estado, a éste le corresponde la obligación de garantizar su prestación, mas no necesariamente la de suministrarlos directamente, sometiéndolos además a un régimen jurídico especial. En cuanto a los servicios públicos domiciliarios, este régimen especial está contenido principalmente en la ley 142 de 1994 y sus modificaciones, cuya interpretación ha sido difícil, no sólo en cuanto a la definición de la naturaleza pública o privada de las empresas de servicios públicos domiciliarios con participación Estatal, sino en cuanto a la definición de la jurisdicción competente para conocer de los litigios que se presenten por su actividad.

A manera de conclusión de este acápite, puede decirse que el Código Contencioso Administrativo, al definir el objeto de la jurisdicción contenciosa administrativa en el artículo 82, utilizó un criterio material basado en la naturaleza administrativa de la actividad que se controla; pero que al tipificar las acciones (pretensiones) a través de las cuales es posible acceder a esta justicia, utilizó las instituciones de acto administrativo y de contrato administrativo (hoy contrato estatal) para configurar las acciones de nulidad, de restablecimiento del derecho y la contractual, para definir la competencia de la jurisdicción cuando aquéllos sean ilegales o produzcan un daño. Por corresponder a instituciones suficientemente delineadas, y en las que se debate en buena medida la legalidad de tales actos jurídicos, el criterio material o de la actividad no es el determinante de la posibilidad de acceso a la jurisdicción, sino el de la existencia de tales actos. En relación con la acción de reparación directa, si bien inicialmente se estructuró bajo la idea de la responsabilidad por el “*hecho administrativo*” la jurisprudencia se construyó sobre la del derecho a la reparación del daño causado por la actividad del Estado. No existió, pues, en el Código Contencioso Administrativo, un criterio único para la delimitación de las jurisdicciones administrativa y ordinaria.

A partir de estas comprobaciones se plantea la cuestión de cuáles son los efectos jurídicos de la ley 1107 de 2006 al subrogar el artículo 82, tema al que pasa la Sala a referirse enseguida.

B. Los efectos de la ley 1107 de 2006.

Para efectos del análisis, procede la Sala a transcribir la ley 1107 de 2006:

LEY NUMERO 1107 DE 2006

(Diciembre 27)

“Por la cual se modifica el artículo 82 del Código Contencioso Administrativo, modificado por el artículo 30 de la Ley 446 de 1998”.

El Congreso de la República,

DECRETA:

“Artículo 1º. El artículo 82 del Código Contencioso Administrativo modificado por el artículo 30 de la Ley 446 de 1998, quedaría así:

“Artículo 82. Objeto de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. La Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo está instituida para juzgar las controversias y litigios originados en la actividad de las entidades públicas incluidas las sociedades de economía mixta con capital público superior al 50% y de las personas privadas que desempeñen funciones propias de los distintos órganos del Estado. Se ejerce por el Consejo de Estado, los tribunales administrativos y los juzgados administrativos de conformidad con la Constitución y la ley.

Esta jurisdicción podrá juzgar, inclusive, las controversias que se originen en actos políticos o de gobierno.

La Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo no juzga las decisiones proferidas en juicios de policía regulados especialmente por la ley.

Las decisiones jurisdiccionales adoptadas por las salas jurisdiccionales disciplinarias del Consejo Superior de la Judicatura y de los consejos seccionales de la judicatura, no tendrán control jurisdiccional.”

“Artículo 2º. Derógase el artículo 30 de la Ley 446 de 1998 y las demás normas que le sean contrarias.

“Parágrafo. Sin perjuicio de lo previsto en el presente artículo, se mantiene la vigencia en materia de competencia, de las leyes 142 de 1994, 689 de 2001 y 712 de 2001.

“Artículo 3º. La presente ley tiene vigencia a partir de su promulgación.”

De la simple lectura aparece claramente que la única derogatoria expresa que hace la ley 1107 de 2006 es la del artículo 30 de la ley 446 de 1998, que había subrogado el artículo 82 del Código Contencioso Administrativo, y que, deja vigentes en forma expresa, las reglas de competencia contenidas en las leyes 142 de 1994, 689 de 2001 y 712 de 2001. Las dos primeras leyes hacen referencia a la regulación de los servicios públicos domiciliarios, y la última a las competencias de la justicia Laboral y de la Seguridad Social. En cuanto al resto de la legislación y de los efectos de esta ley en tanto es nueva en el tiempo, deben estudiarse bajo las reglas del tránsito de legislación, y con base en dicha metodología la Sala asumirá el estudio en los párrafos siguientes.

El contenido del artículo 1º de la ley, como se dijo, subroga el artículo 82 del Código Contencioso Administrativo denominado “*objeto de la jurisdicción contenciosa administrativa*” y el cambio central consistió en suprimir la palabra ‘administrativos’ de la expresión “*juzgar las controversias y litigios **administrativos** originados en la actividad de las entidades públicas*” que traía la anterior versión del citado artículo, proveniente de la ley 446 de 1998. Al entrar en vigencia esta nueva norma, en la que no se requiere que las controversias y los litigios tengan el calificativo de administrativo, se establece entonces un criterio subjetivo u orgánico en la definición del objeto de la jurisdicción, en contraste con el derogado criterio material o de la naturaleza de la actividad que era el propio de la norma antigua. El problema consiste en averiguar si esta nueva redacción derogó o no los demás criterios de asignación de competencias contenidos no solo en las demás reglas del Código Contencioso Administrativo sino en las otras leyes que se hayan expedido sobre el particular. Para encontrar la respuesta a este interrogante, se analiza a continuación, cada una de las acciones del Código Contencioso Administrativo.

1º. En relación con las de nulidad y nulidad y restablecimiento del derecho, es perfectamente claro que el cambio en el artículo 82 no las modifica, pues básicamente se trata de procesos de impugnación de los actos administrativos,

para los cuales es necesario su existencia, así sea presunta como en el caso del silencio administrativo. Se puede argumentar por el absurdo para reforzar esta tesis, diciendo que si se acoge una noción subjetiva de **acto** (suprimiéndole el calificativo de administrativo), desaparece esta institución con las características y elementos con los que se identifica actualmente, pues bastaría cualquier pronunciamiento de una entidad pública para que fuera considerado como un acto demandable, independientemente de la función que cumpla o de si presta servicios públicos o ejerce una actividad industrial y comercial, etc.

2°. Pasando al análisis de las llamadas controversias contractuales, se anotaba que el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo en su versión actual, las define alrededor de la noción del contrato estatal sobre la cual la Sala procede a efectuar algunas observaciones.

El Estatuto General de Contratación de la Administración Pública no sólo es una ley de procedimientos para la selección de los contratistas particulares, cuya función sería la de derogar el principio de autonomía de la voluntad en cuanto a la consecución del cocontratante, sino que también contiene normas sustantivas que permiten estructurar una categoría especial de contratos llamados estatales, como lo son los principios y las reglas sobre existencia y validez, contenido y cláusulas obligatorias, interpretación, teoría de la imprevisión, terminación y liquidación, etc.

Ahora bien, la ley 80 de 1993, señala en el artículo 32 que son “*contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto...*”, haciendo equivalentes las expresiones contrato estatal y contrato celebrado por entidades estatales, éstas últimas enumeradas en el artículo 2° de la misma ley. El artículo 13 del Estatuto, que organiza el régimen jurídico aplicable a estos contratos, ordena que se “*regirán por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, salvo en las materias particularmente reguladas en esta ley,*” norma que permite entonces sustentar que el contrato estatal es una categoría jurídica conformada por un régimen legal propio, el del Estatuto General con sus regulaciones típicas del derecho público, integrado a las reglas comerciales y civiles de los contratos. Es claro entonces, que la noción de contrato estatal rebasa la simple idea de que es un contrato celebrado por las entidades estatales, y que, por lo mismo, configura una sencilla y automática aplicación del criterio orgánico para asignar la jurisdicción que le es aplicable, no, esa noción comporta, además del contratante estatal como elemento de su definición, todo un régimen jurídico que le es aplicable, y que como se analizará enseguida, es un régimen de carácter general para la administración pública.

De la noción legal de contrato estatal así entendida, se han deducido varias consecuencias, entre las que se destacan dos que tienen influencia directa en este concepto, a saber: que se trata de un concepto unificador de todos los contratos de la administración que buscaba derogar la vieja distinción entre contratos administrativos y de derecho privado de la administración, y además, que constituye la regla general de los contratos de las entidades públicas.

La idea de que la administración por regla general debe celebrar contratos estatales es fundamental para los efectos de la interpretación de las normas sobre competencia de la jurisdicción en lo contencioso administrativo, pues de aquí se desprende entonces que sólo por vía de excepción, de rango constitucional o legal, puede haber contratos que no estén sometidos al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, cuyos posibles conflictos no sean de competencia de esta jurisdicción.

El efecto unificador de todos los contratos estatales bajo un mismo régimen se ha desdibujado, pues en la misma ley 80 de 1993 se consagraron algunas excepciones a su aplicación⁸, permitiendo que en la realidad hubiera unos contratos regidos por el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública y otros por normas diferentes. Bajo esta perspectiva, hay contratos estatales, que son los regidos por la ley 80 de 1993, y contratos con regímenes especiales regidos por leyes diferentes de este Estatuto, que vienen a ser especiales por oposición a la regla general que es el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. A partir de la ley 1150 de 2007, la especialidad dependerá de la entidad que celebra el contrato, más que del objeto del mismo.

A la situación que acaba de describirse, en la que se pone de presente la existencia de dos regímenes aplicables a los contratos de las entidades públicas, se agrega que en ciertos casos se permite incluir las cláusulas excepcionales de la ley 80 de 1993 a los contratos con regímenes especiales, como en el artículo 195 de la ley 100 de 1993⁹ y el artículo 31 de la ley 142 de 1994, modificado por el artículo 3º de la ley 689 de 2001. A manera de ejemplo se transcribe, en lo pertinente, el artículo 3ª de la ley 689 de 2001 :

“Artículo 3. Modifícase el artículo 31 de la Ley 142 de 1994 el cual quedará así:

“Artículo 31. Régimen de la contratación. 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 ejerciten esas facultades estarán sujetos al control de la jurisdicción contencioso administrativa. ...”

Como se observa, las empresas de servicios públicos poseen un régimen especial para sus contratos, el cual es diferente del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, pero además en tales contratos pueden utilizar las cláusulas excepcionales, por lo que entonces habrá un régimen mixto para estos contratos. Nótese que además el artículo transcrito ordena que los conflictos que surjan sobre estos contratos, son de la jurisdicción en lo contencioso administrativo, cuando la inclusión de las cláusulas excepcionales sea forzosa.

⁸ A manera de ejemplo, dice así el párrafo 1º del artículo 32: “Sin perjuicio de lo dispuesto en esta ley sobre fiducia y encargo fiduciario, los contratos que celebren los establecimientos de crédito, las compañías de seguros y las demás entidades financieras de carácter estatal, que correspondan al giro ordinario de las actividades propias de su objeto social, no estarán sujetos a las disposiciones del presente estatuto y se regirán por las disposiciones legales y reglamentarias aplicables a dichas actividades.”

⁹ Ley 100 de 1993, Art. 194: Naturaleza. La prestación de servicios de salud en forma directa por la Nación o por las entidades territoriales, se hará principalmente a través de las empresas sociales del Estado, que constituyen una categoría especial de entidad pública descentralizada, con personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa, creadas por la ley o por las asambleas o concejos, según el caso, sometidas al régimen jurídico previsto en este capítulo.

Volviendo al asunto del concepto, cual es el de la forma como se estructura la acción contractual a partir de la noción de contrato estatal, se tiene que el problema surge sobre cuál debe ser el juez competente para conocer de los posibles litigios generados alrededor de los contratos celebrados por entidades con régimen de contratación especial, si debe ser el administrativo o el ordinario. Sobre el particular se han presentado dos tesis:

La primera tesis, que no comparte la Sala como se analizará más adelante, parte del artículo 32 de la ley 80 de 1993, que define el contrato estatal como “todos los actos jurídicos generadores de obligaciones”, por lo que todos los contratos son estatales, independientemente de que se rijan por el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública o por el derecho privado u otra regulación especial, y por ser contratos estatales entonces el juez competente para conocer de los litigios que en ellos se originen es el administrativo. Esta tesis supone que la jurisdicción que conoce de los litigios no está definida por la naturaleza pública o privada del régimen aplicable al contrato, y por lo mismo la jurisdicción en lo contencioso administrativa puede decidir procesos sobre contratos que no están sujetos al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.

La segunda tesis, parte de la idea de la existencia de un régimen especial diferente del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, de suerte que si no se aplica este estatuto, no hay razón para aplicar la jurisdicción que en él se define, pues es exclusiva de los contratos que en él se regulan. Bajo esta perspectiva, estos contratos con regímenes especiales serían contratos no regulados por la ley 80 de 1993.

Para la Sala, la tesis correcta para entender y aplicar la competencia para juzgar los conflictos que pudieren surgir alrededor de los contratos con regímenes especiales que excepcionan la aplicación del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, es la segunda, esto es, que al tener un régimen jurídico especial, diferente al del Estatuto, esa especialidad conlleva también la jurisdicción competente, por las razones que de manera breve se exponen a continuación.

En primer lugar, por cuanto la noción de contrato estatal es una especie del género de los contratos, que como se expuso tiene un régimen propio, con instituciones cuya reglamentación es exclusiva de estos contratos, como el proceso licitatorio público que es diferente del privado, las cláusulas exorbitantes, la liquidación del contrato, y en general, la posibilidad que tiene la administración de pronunciarse a través de actos administrativos que gozan de la presunción de legalidad. Los posibles conflictos que surjan de esta especie de contratos deben ser fallados por la jurisdicción contenciosa administrativa, no sólo por el aspecto orgánico sino por el sustancial, pues en buena parte se van a manejar principios y relaciones jurídicas propios del derecho público. Por el contrario, cuando la ley excepciona de este régimen general a ciertos contratos de determinadas entidades públicas, otorgándoles un régimen especial en relación con el Estatuto General, excluye también la de aquellos elementos característicos de los contratos estatales, enunciados atrás. Obviamente, uno de esos elementos que no se aplica es el de la jurisdicción, pues si no se está sujeto al Estatuto General, tampoco a la jurisdicción que él define.

En segundo lugar, por la literalidad misma de las frases contenidas en las diferentes leyes que crean las excepciones, pues expresan que “no estarán sujetos a las disposiciones del Estatuto General de Contratación de la

Administración Pública, salvo en lo que la presente ley disponga otra cosa¹⁰, texto legal que no ofrece duda en cuanto a que no se aplica alguna ninguna parte del estatuto, salvo norma en contrario, que en materia de jurisdicción no la hay; o el artículo 195 de la ley 100 de 1993 que dice que las empresas sociales del Estado se *regirán por el derecho privado* y que la única excepción a esta regulación es la de las cláusulas exorbitantes o excepcionales, conforme al Estatuto de Contratación. Es también interesante anotar que el segundo inciso del artículo 3° de la ley 689 de 2001, expresa que la jurisdicción aplicable a los contratos de las empresas de servicios públicos, cuando sea forzosa la inclusión de las potestades excepcionales, es la administrativa, está entendiendo que los demás contratos se rigen por la jurisdicción ordinaria, puesto que si todos los conflictos originados en los contratos de estas entidades fueran del conocimiento de la jurisdicción administrativa, no habría habido necesidad de consagrar la regla de competencia que acaba de señalarse.

Lo expuesto coincide con los preceptos de la ley 1150 de 2007, “Por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993 y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con recursos públicos”. Esta ley está dividida en tres títulos, el primero dedicado a establecer reglas sobre la eficiencia y la transparencia en la contratación, el segundo dedicado a establecer unas disposiciones generales para la contratación con recursos públicos, y el último dedicado a las disposiciones varias. Entre las reglas del título segundo, se encuentra el artículo 13 que dice:

“Artículo 13. Principios generales de la actividad contractual para entidades no sometidas 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 sometidas al régimen de inhabilidades e incompatibilidades previsto legalmente para la contratación estatal.”

Este artículo claramente prevé que haya entidades públicas a las que excepcionalmente la ley les concede un régimen jurídico especial diferente del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, y que los contratos que celebren para ejecutar su objeto se someterán a las normas de su actividad, con la adición de los principios Constitucionales de los artículos 209 y 267 de la Carta, más las inhabilidades e incompatibilidades de la ley 80 de 1993. Anota la Sala que si no están sometidos a este Estatuto, no se les puede aplicar la regla que ordena que los procesos que se originen en ellos sean de la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, pues de la lectura de la norma transcrita es claro que lo único aplicable del Estatuto es el régimen de las inhabilidades y las incompatibilidades.

Precisamente es el caso de las entidades financieras estatales, género del cual forma parte el Banco Agrario. Dice la ley 1150 de 2007:

“Artículo 15. Del régimen contractual de las entidades financieras estatales. El párrafo 1o del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, quedará así:

“Artículo 32.

¹⁰ Ley 142 de 1994 artículo 31.

(...)

“Parágrafo 1o. Los Contratos que celebren los Establecimientos de Crédito, las compañías de seguros y las demás entidades financieras de carácter estatal, no estarán sujetos a las disposiciones del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública y se regirán por las disposiciones legales y reglamentarias aplicables a dichas actividades.

En todo caso, su actividad contractual se someterá a lo dispuesto en el artículo 13 de la presente ley”.

En conclusión de este punto, es criterio de la Sala que tratándose de aquellas entidades públicas que, por tener un régimen legal especial, celebren contratos exceptuados del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, los litigios que en ellos se originen están sometidos a la justicia ordinaria, salvo norma en contrario¹¹.

3°. Ahora bien, en relación con la acción de reparación directa, se analizaba en el anterior capítulo que rápidamente dejó de ser importante en la definición de la responsabilidad extracontractual la noción de hecho administrativo que traía el artículo 83 del decreto ley 01 de 1984, pues se fue admitiendo la responsabilidad por hechos imputados a otras ramas del Estado. Bajo esta perspectiva, la ley 1107 de 2006 al redactar de nuevo el artículo 82 del Código Contencioso Administrativo, tiene los siguientes efectos jurídicos: ante todo, es evidente que haya responsabilidad por hechos producidos por el funcionamiento de las otras ramas del poder en funciones no administrativas, pues se refiere a entidades públicas, reconociendo no sólo la evolución de la jurisprudencia sino también la de la legislación; y de otro lado, excluye de la jurisdicción a las sociedades de economía mixta cuyo capital público sea igual o inferior al 50%.

Como las consultas también plantean la situación de las entidades públicas como demandantes por razón de incumplimientos contractuales o de responsabilidad extracontractual de particulares, es preciso reiterar que, como se explicó atrás, para poder demandar ante la jurisdicción contencioso administrativa las pretensiones deben corresponder a alguna de las acciones reguladas en el Código Contencioso Administrativo. Entonces, para el caso de la acción contractual, es claro que mientras el contrato no sea estatal, la administración deberá demandar al particular ante los jueces ordinarios, pero si el contrato objeto u origen del proceso es estatal, la jurisdicción será la administrativa. En materia de responsabilidad extracontractual se decía en párrafos anteriores que el artículo 82 modificó su espectro al contemplar el criterio subjetivo, de suerte que basta con que la parte demandante sea una entidad pública de las definidas por el artículo 1° de la ley 1107 de 2006, para que deba utilizar este mecanismo para demandar al particular. Se recuerda que el segundo inciso del artículo 86 dice en lo pertinente: “las entidades públicas deberán promover la misma acción.... o cuando resulten perjudicadas por la actuación de un particular o de otra entidad pública.” Este último aparte no ha cambiado con ocasión de la expedición de la ley 1107 de 2006.

Cabe anotar que la ley 1066 de 2006 reguló el juez competente para los procesos de cobro de los títulos a favor de las entidades públicas, originados en contratos de mutuo o de cartera originada en una actividad de cobranza igual o similar a la de los particulares, en éstos términos:

¹¹ Ejemplo de esta norma expresa en contrario es el segundo inciso del artículo 3° de la ley 689 de 2001, ya comentado.

“Artículo 5. Facultad de cobro coactivo y procedimiento para las entidades públicas.” “...”

“Parágrafo 1º. Se excluyen del campo de aplicación de la presente ley las deudas generadas en contratos de mutuo o aquellas derivadas de obligaciones civiles o comerciales en las que las entidades indicadas en este artículo desarrollan una actividad de cobranza similar o igual a los particulares, en desarrollo del régimen privado que se aplica al giro principal de sus negocios, cuando dicho régimen esté consagrado en la ley o en los estatutos sociales de la sociedad.”

4º. Antes de concluir éste acápite es necesario hacer referencia a las hipótesis planteadas por las preguntas números 3 y 5 de la consulta formulada por el Sr. Ministro de Hacienda, las que suponen que una entidad pública haya sucrito un “convenio que no tenga la naturaleza de contrato” solicitando que se aclare cuál sería la acción pertinente, si la contractual, la de responsabilidad extracontractual u otra.

La técnica contractual o convencional se utiliza frecuentemente por la administración para obtener una economía de poder y una mayor legitimidad social a través del consenso, comparada con el ejercicio unilateral de las potestades públicas. Se reemplaza el ejercicio de la autoridad que va implícito en el acto administrativo, por el del acuerdo o la participación de diferentes sectores sociales o del mismo particular afectado, propia del contrato o convenio. Pueden darse convenios con claro carácter reglamentario, como la fijación del salario mínimo,¹² para ejercer potestades unilaterales, como las compraventas con fines de reforma urbana que evitan el acto unilateral expropiatorio¹³, o acuerdos para la ejecución por parte del obligado de actos administrativos en firme, como el caso de los acuerdos de pago en materia tributaria,¹⁴ etc. Incluso, y de manera paradójica, pueden darse casos en los que se ha preferido la técnica convencional a la del acto administrativo por mandato constitucional, como sucede con los contratos para “*impulsar programas y actividades de interés público*” regulados por el artículo 355 de la Carta, que reemplazaron los derogados auxilios parlamentarios, los que se concedían mediante acto administrativo.

De la simple enunciación de los ejemplos surge una constatación: no existe una teoría ni una regulación general que permita dar una respuesta genérica a las preguntas formuladas por el Sr. Ministro, por lo que habrá que acudir, en cada caso concreto a las reglas legales que facultan a la administración para aplicar la técnica convencional para el ejercicio de sus potestades públicas y, a partir de tales normas, verificar en un primer término si existen o no unas sanciones por el incumplimiento del convenio, si dicho incumplimiento da lugar a una ejecución directa en sede administrativa, si se genera una sanción administrativa por tal incumplimiento y si no, proceder a determinar en cada caso si existe o no un verdadero contrato con un contenido obligacional que permita ejercer la acción contractual, o si se trata de una responsabilidad extracontractual del administrado.

¹² Ver Leyes 278 de 1996 y 990 de 2005

¹³ Artículo 61, ley 388 de 1997

¹⁴ Ver Estatuto Tributario, Art. 841

II. ANTECEDENTES DE LA LEY 1107 DE 2006, POR LA CUAL SE MODIFICA EL ARTICULO 82 DEL CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SUBROGADO POR EL ARTICULO 30 DE LA LEY 446 DE 1998.

De los antecedentes legislativos de la ley 1107 de 2006, la Sala destaca por su pertinencia para determinar el alcance de la reforma que introdujo, los siguientes aspectos:

- 1) La calificación de la reforma como una “*sencilla*” modificación a la cláusula general de competencia, que *eliminando el calificativo de “administrativos” contenido en el artículo 82 del Código Contencioso Administrativo*, introduciría el criterio orgánico, con el fin de garantizar la seguridad jurídica de los administrados en “*algunas áreas*” en las que en la práctica judicial se estaban presentando conflictos de competencia entre las diferentes jurisdicciones.¹⁵
- 2) El eje central de la reforma fue la búsqueda de una solución a un problema de interpretación del concepto de función administrativa frente a un sujeto específico, las empresas de servicios públicos domiciliarios de carácter mixto. Al respecto, en la exposición de motivos del proyecto 069 de 2005, se relacionaron los cambios en los criterios adoptados tanto por el Consejo Superior de la Judicatura como por el Consejo de Estado, al resolver conflictos relativos a esas empresas de servicios, y se propuso *clarificar la competencia, incluso en los casos de controversia de los contratos estatales*, por considerar que la regla general de competencia en la jurisdicción contencioso administrativa tenía muchas excepciones, como la de las empresas de servicios públicos domiciliarios mixtas; pero conservando la vigencia de la ley 712 de 2001 para los conflictos laborales, y de los artículos 18 de la ley 689 de 2001 y 33 de la ley 142 de 1994, sobre el cobro de deudas derivadas de la prestación de los servicios públicos domiciliarios, y la distribución de las competencias jurisdiccionales en la prestación de los mismos servicios, respectivamente.¹⁶
- 3) La ley 472 de 1998, por la cual se desarrolló el artículo 88 de la Constitución Política en relación con el ejercicio de las acciones populares y de grupo, sirvió de paradigma para la reforma, pues se afirmó que *ha dado*

¹⁵ Exposición de motivos, Proyecto de Ley 069 de 2005, Senado. Gaceta del Congreso Nos. 538 de 2005. “Esa **sencilla modificación** a la cláusula general de competencia de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, consiste en la **eliminación del calificativo administrativos** que hoy contiene el artículo 82 del Código Contencioso Administrativo para las controversias y litigios cuyo conocimiento está atribuido a dicha jurisdicción, permitiría establecer un criterio orgánico para su determinación, así como solucionar importantes diferencias que, sobre dicha cláusula, vienen presentándose en las diferentes jurisdicciones y que generan una profunda inseguridad jurídica en asunto tan trascendente como el establecimiento del juez competente para la solución de conflictos en los que está comprometida una persona jurídica de derecho público. / “En efecto, de un tiempo acá se han presentado contradicciones significativas en la definición de competencias entre el Consejo de Estado, la Jurisdicción Civil Ordinaria y la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, en cuanto a la **distribución de asuntos entre la Jurisdicción Ordinaria y la Contenciosa Administrativa**. Dicha dificultad se debe a la ausencia de una regla legal de competencia clara en **algunas áreas**, y a la disparidad de opiniones en la definición del criterio material de competencia hoy existente, en cuanto a la determinación concreta de lo que ha de entenderse por litigios o controversias administrativos, que es el vocablo del artículo que se propone eliminar” (Negrilla fuera del texto).

¹⁶ Cfr. Gaceta del Congreso No. 536 del 15 de noviembre de 2006. Y Gaceta del Congreso No. 423 del 2 de octubre de 2006 “(...) los suscritos ponentes sugerimos la aprobación de los tres artículos (...) a través de los cuales se pretende cambiar el criterio material de asignación de competencias a la jurisdicción contencioso administrativa, por el criterio orgánico, manteniendo claro ésta, la vigencia, en materia de competencia de la ley 712 de 2001 acerca de los conflictos laborales, del artículo 18 de la ley 689 de 2001 acerca del cobro de deudas derivadas de la prestación de servicios públicos domiciliarios; y del artículo 33 de la ley 142 de 1994 (...)”. Gaceta del Congreso No. 848 de 2005.

*buenos resultados al haber establecido en sus artículos 15 y 50 que la jurisdicción contencioso administrativa conoce de las acciones originadas en la actividad de las entidades públicas y de las personas privadas que desempeñen funciones administrativas.*¹⁷

- 4) A pesar de que el proyecto de ley se estructuró sobre la base de las dificultades de interpretación para establecer qué se entendía por función administrativa en materia de servicios públicos prestados por entidades públicas, en el curso del trámite legislativo se solicitó incluir expresamente a las sociedades de economía mixta con más del 50% de capital público por considerar que el criterio material contenido en el artículo 82 del Código Contencioso Administrativo *genera una enorme inseguridad en la definición del juez competente, sobre todo cuando se trata de controversias que comprometen una empresa industrial y comercial del Estado, una sociedad de economía mixta, o una empresa de servicios públicos domiciliarios, en desmedro evidente de los usuarios de la justicia...*¹⁸
- 5) La reforma también pretendió unificar el contencioso de la responsabilidad del Estado, porque *“Se pondría fin a la disparidad de opiniones en la definición del criterio material de competencia hoy existente, quedando la totalidad del contencioso de la responsabilidad del Estado en una única jurisdicción”*.
- 6) No obstante, en el informe de conciliación¹⁹ se manifestó: *“(...) la idea de los señores autores y ponentes de esta iniciativa es que la definición de competencias, cuando tiene que actuar el Consejo de Estado y la Jurisdicción Contencioso Administrativa, sea, no sólo por lo funcional, sino también por lo orgánico, o sea, que cuando hay recursos del Estado comprometidos en un litigio, esa competencia sea del Consejo de Estado. (...)”*.

El análisis de los antecedentes legislativos permite a la Sala deducir que la modificación al artículo 82 del Código Contencioso Administrativo introducida por la ley 1107 de 2006 no fue, ni tuvo la intención legislativa de constituirse en una reforma integral del Código; el legislador pretendió solucionar un problema puntual que se presentaba al aplicar el criterio material de función administrativa a las empresas de servicios públicos de carácter mixto.

En consecuencia, este análisis histórico refuerza las conclusiones a las que se llegó en el primer acápite de este concepto, basadas en la estructura de las acciones contenciosas, así como la idea que sirve de hilo conductor al presente estudio, según la cual no es posible construir un criterio único que delimite las competencias entre las jurisdicciones ordinaria y administrativa.

¹⁷ Gaceta del Congreso No. 538 de 2005; incluye cita de Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 19 de mayo de 2005. radicación 540012331000200300234-01.

¹⁸ Gaceta del Congreso 702 de 2005. Modificación propuesta a la iniciativa. “la modificación propuesta por el Senador Darío Martínez aporta un criterio de competencia para las entidades públicas y privadas que desempeñen funciones propias de los distintos órganos del Estado, pero no deja muy claro qué pasa con las sociedades de economía mixta. Para resolver el problema tenemos que aclarar que dentro de las entidades públicas se entienden incluidas las sociedades de economía mixta con capital público superior al 50%.”.

¹⁹ Gaceta del Congreso 71 de 2007.

III. JURISPRUDENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO SOBRE EL ALCANCE DE LA REFORMA DE LA LEY 1107 DE 2006.

En relación con el alcance de la cláusula general de competencia modificada por la ley 1107 de 2006, la Sección Tercera del Consejo de Estado ha establecido algunas pautas de interpretación, que es necesario identificar para el estudio de los problemas jurídicos que se plantean en la consulta.

- **Sentencia 7 de junio de 2007. Expediente 32896.**

Esta providencia puso de relieve que el elemento axial para atribuir la competencia de esta Jurisdicción es la pertenencia de uno de los sujetos procesales a la estructura del Estado:

*“Adicionalmente, con la expedición de la Ley 1107 de 2.006, el legislador asignó sin dar lugar a hesitación alguna, a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, la competencia para juzgar las controversias en las cuáles sean parte las "entidades públicas", sin importar la función que desempeñe cada una de ellas, pues se pasó de considerar el "criterio material o funcional", como el factor determinante para deslindar las competencias del juez ordinario de las del juez administrativo, a **establecer que el decisivo es el "criterio Orgánico", de acuerdo con el cual el elemento axial a efectos de atribuir la competencia es la pertenencia de uno de los sujetos procesales a la estructura del Estado.**”*

“Y la anterior premisa es aplicable a cualquier tipo de proceso en el cual se vean implicadas empresas de servicios públicos domiciliarios, entre los cuales se incluyen, a título de ejemplo, las controversias contractuales, las extracontractuales, las de nulidad o las de nulidad y restablecimiento del derecho.”

- **Auto del 18 de julio de 2007. Expediente 29745.**

Sobre el alcance de la modificación que introdujo la ley 1107 de 2006 a la cláusula general de competencia, manifestó:

*“Con fundamento en las consideraciones precedentes se tiene que al modificarse la cláusula general de competencia prevista en el artículo 82 del C.C.A. y adoptarse sin asomo de duda un criterio orgánico, **las normas restantes del Código Contencioso atributivas de competencias, deben ser interpretadas a la luz de esta modificación.** Lo contrario, tornaría nugatoria la importante enmienda introducida.”*

(...) si bien el artículo 2º de la ley 1107 sólo hace una referencia a una derogatoria expresa del artículo 30 de la ley 446 de 1998, también señala que los serán las “demás normas que le sean contrarias” y en este punto particular del numeral 5º del artículo 132 del C.C.A. efectivamente lo es, pues asignaba el juzgamiento de contratos de entidades prestadoras de servicios públicos domiciliarios sin atender su naturaleza jurídica y siempre y cuando su finalidad estuviese vinculada directamente a la prestación del servicio (criterio funcional), en cambio el nuevo artículo 82 del C.C.A. , adopta –como ya se indicó- un criterio orgánico conforme al cual sólo conoce de asuntos en los que intervenga una entidad estatal o un particular que desempeñe una función administrativa.”

- **Sentencia del 3 de diciembre de 2007. Expediente 24710.**

En un proceso de restitución de inmueble arrendado que adelantó una entidad pública contra un particular, con fundamento en las leyes 80 de 1993 y 1107 de 2006, concluyó que el asunto era de competencia de la jurisdicción contencioso administrativa:

*“(...) como bien lo ha manifestado la jurisprudencia de esta Corporación, después de entrar en vigencia la Ley 80 de 1993, y sin importar que se trate de aplicarla en relación con un contrato celebrado en vigencia del Decreto 222 de 1983, no hay lugar a discutir la naturaleza del contrato celebrado por una entidad estatal - si lo es administrativo o de derecho privado-, para determinar la jurisdicción a la cual compete el juzgamiento de las **controversias que de él se deriven, pues es suficiente con que el contrato haya sido celebrado por una entidad estatal**, como en el caso que aquí se estudia, para que su juzgamiento corresponda a esta jurisdicción, como expresamente lo dispone el artículo 75. Incluso, se advierte que, posteriormente, la decisión sobre la jurisdicción a la cual compete el juzgamiento de las controversias que surjan en los contratos celebrados por entidades estatales, está informada también por las normas procesales contenidas **en los artículos 132 No. 5 y 134b No. 5 del Código Contencioso Administrativo, modificados por la Ley 446 de 1998, en conformidad con los cuales a esta Jurisdicción Contencioso Administrativa compete su juzgamiento por el solo hecho de ser una de sus partes una entidad estatal**, entendiendo por tal aquellas determinadas con esa categoría por la Ley 489 de 1998. Pero además, conviene precisar que la Ley 1107, promulgada el pasado 27 de diciembre de 2006, por la cual se modifica el artículo 82 del Código Contencioso Administrativo, ratifica la anterior conclusión.*

*“Para la Sala, si bien el Legislador no se ocupó del procedimiento a seguir para los eventos de **restitución de la tenencia de bienes inmuebles con ocasión de un contrato estatal**, ello no compromete en manera alguna la competencia para el conocimiento del asunto por parte de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, toda vez que, como se explicó, es claro que con la entrada en vigencia de la Ley 80 de 1993, **las controversias surgidas de contratos estatales, que son todos aquellos en los cuales una de las partes es una de las entidades públicas señaladas en el artículo 2° in fine, deben ser juzgados por la misma (art. 75 ejusdem)**. En esta misma línea, al amparo de la doctrina, la Sala acogió sin reservas que cualquier causa que pueda llevar a pedir la restitución de la tenencia del inmueble arrendado (verbigracia indebida destinación, venta del bien, necesidad de ocuparlo, expiración del plazo e incumplimiento en pago de cánones, entre otras) y el reconocimiento de las indemnizaciones a que haya lugar (artículo 408 No. 9 del C. de P. Civil), debe ser tramitada siguiendo el proceso abreviado.*

*“La Jurisdicción Contencioso Administrativo tiene competencia para conocer de los procesos de restitución de tenencia de bienes inmuebles, a través del procedimiento abreviado previsto en el C. de P. Civil, según remisión del artículo 267 del C.C.A., y en virtud de lo dispuesto en el artículo 75 de la Ley 80 de 1993, **en armonía con los artículos 82 (modificado por la Ley 1.107 de 2006)**, 129, 132 No. 5 y 134b No. 5 del Código Contencioso Administrativo (modificados por la Ley 446 de 1998)- Por lo tanto, no se configura en el caso sub examen la nulidad de que trata el numeral 1 del artículo 140 del C. de P. Civil y, por ende, el recurso de apelación interpuesto por la demandada no está llamado a prosperar”.*

- Radicación 30903. Auto del 7 de febrero de 2008.²⁰

“(...) la ley 1107 dijo, **con absoluta claridad**, que la jurisdicción de lo contencioso administrativo **conoce de las controversias originadas en litigios donde sean parte las entidades públicas**. Con este nuevo enfoque, ahora el criterio que define **quién es sujeto de control, por parte de esta jurisdicción**, es el orgánico, no el material, es decir, que **ya no importará determinar si una entidad ejerce o no función administrativa, sino si es estatal o no**”.

“(...) La otra modificación introducida por la ley 1107, tiene que ver con la determinación, de manera expresa, que las **sociedades de economía mixta, con capital igual o inferior al 50%, tendrán, como Juez Natural, al Ordinario, sin importar el tipo de acción, acto, hecho o situación que de lugar al proceso donde sean parte**.

“Lo anterior debe tener como excepción, **aunque no la prevea la ley**, que si el conflicto versa sobre actos administrativos, la jurisdicción competente es la de lo contencioso administrativo, pues, en tal caso, el único juez que puede controlarlos es, este, en virtud de la reserva jurisdiccional que el artículo 238 de la Constitución Política consagra en su favor. (...)”.

“(...) el sentido de esta ley estuvo determinado por la necesidad de definir, de una buena vez, **el problema asociado a los SPD**, donde las altas Cortes se contradijeron con más frecuencia. **Además, otra vez quedó sugerida la idea de recoger en la jurisdicción de lo contencioso administrativo, la competencia de juzgar al Estado, salvo algunas excepciones.**”

El fallo en comento concluyó:

“(...) **el legislador adoptó una solución, clara y agresiva. Asignó, de manera fuerte e intensa, a la jurisdicción de lo contencioso administrativo, la competencia para juzgar las controversias donde son parte las "entidades públicas", sin importar la función que desempeñe cada una de ellas, pues se pasó de considerar el "criterio material o funcional", como factor de distribución de competencias, al "criterio orgánico", donde lo determinante es la pertenencia a la estructura del Estado**”. Esta idea aplica para cualquier tipo de proceso, tratándose de empresas de SPD, entre los cuales se incluyen, a título de ejemplo, las controversias contractuales, las extracontractuales, las de nulidad o nulidad y restablecimiento del derecho... **en cuanto tiene que ver con las entidades y empresas prestadoras de SPD quedaron derogados, parcialmente** los artículos 132 (5) y 134 (b.5) del C.C.A., reformados por la ley 446 de 1998, (...)”.

- Auto del 20 de febrero de 2008. Expediente 21132.

Se trataba de un proceso ejecutivo instaurado contra un particular por un establecimiento de crédito estatal. Al confirmar la sentencia proferida por el Tribunal del Huila que declaró la nulidad del proceso por falta de jurisdicción, la Sección Tercera señaló que no obstante lo dispuesto en el artículo 1º de la ley 1107 de 2006, esta jurisdicción **“no conoce de los procesos de ejecución que reúnan las características descritas, salvo los que están asignados por normas especiales –como son los ejecutivos contractuales (artículo 75 de la ley 80) y las**

²⁰Actor: Unión Temporal Aguas de la Montaña y otros. Demandado: Sociedad Aguas de Rionegro S.A. E.S.P.

ejecuciones de sentencias dictadas por la jurisdicción (artículo 132.7 del C.C.A.), las cuales prevalecen sobre las disposiciones generales, entre otras razones porque la ley 1107 dispone que esta jurisdicción juzga "...las controversias y litigios..." de las entidades públicas y, técnicamente hablando, los procesos ejecutivos no constituyen controversia ni litigio, aún cuando se propongan excepciones de mérito, luego tales actuaciones no hacen parte del objeto de esta jurisdicción, con excepción se repite, de los temas puntuales atribuidos expresamente por ley".

Además, agregó que "(...) tratándose de contratos celebrados por establecimientos de crédito de carácter estatal, el artículo 32 de la ley 80 de 1993, establece que los contratos celebrados por éstas dentro del giro ordinario de sus negocios no están sujetos a las disposiciones del Estatuto General de Contratación Estatal, por manera que a éstos no es posible aplicarles el contenido del artículo 75 ibídem, única disposición que le otorga competencia a esta jurisdicción para conocer de los procesos de ejecución derivados de contratos estatales. Siendo ello así, resulta necesario concluir que **esta jurisdicción no puede conocer de los procesos ejecutivos derivados de contratos celebrados por entidades estatales de crédito.**"

- **Auto del 8 de febrero de 2008. Expediente 34526.**

La Empresa Colombiana de Petróleos ECOPEL, en el mes de marzo de 2003 demandó ante la jurisdicción civil, a un particular titular del derecho de propiedad sobre un predio, con el fin de que se decretara a su favor una servidumbre de ocupación de tránsito permanente para la industria del petróleo, debido a que no hubo arreglo directo. El Juez Civil del Circuito de Vélez profirió sentencia el 12 de abril del año 2004, en la que resolvió gravar el predio con la servidumbre legal a favor de ECOPEL.

La parte demandada apeló la decisión ante el Tribunal Superior de Distrito Judicial de San Gil, que declaró la nulidad de todo lo actuado por falta de jurisdicción y ordenó remitir el proceso al Consejo de Estado con fundamento en el artículo 128 numeral 6º del C.C.A. Esta Corporación mediante auto señaló que este era un asunto de naturaleza contractual de competencia del Tribunal Administrativo de Santander.

El Tribunal Administrativo de Santander mediante auto del 24 de marzo de 2006, declaró que no era competente para conocer del asunto y trabó el conflicto negativo de competencias. El Consejo Superior de la Judicatura, el 13 de diciembre de 2006, determinó que la competencia de este asunto estaba radicada en la Jurisdicción Ordinaria.

El Tribunal Superior de San Gil mediante providencia del 21 de mayo de 2007, es decir, tres años después, ordenó remitir el expediente al Tribunal Administrativo de Santander, argumentando que había perdido competencia por razón de la ley 1107 de 2006.

El Tribunal Administrativo de Santander, en aplicación del numeral 13 del artículo 128 del C.C.A., que le asigna a esta Corporación el conocimiento de los asuntos contenciosos para las cuales no exista regla de competencia, remitió el proceso al Consejo de Estado.

Mediante auto de ponente, esta Corporación sostuvo que en el caso objeto de análisis la Jurisdicción Contencioso Administrativa, carecía de competencia, pues, si bien es cierto, "en principio se podría considerar que por el carácter de Empresa

Industrial y Comercial del Estado de ECOPETROL y en atención al numeral 13 del artículo 128 del C.C.A. este proceso sería de competencia de la Corporación”, también lo es, que el objeto del proceso es la imposición de una servidumbre regulada por los códigos Civil y de Petróleos, no se trata de un asunto contractual y *“para que pueda desplegarse el funcionamiento de la jurisdicción contenciosa debe generarse entre las partes una controversia o litigio, aspecto éste que no puede inferirse en este asunto, como quiera que no existe entre las partes un contradictorio del cual deba pronunciarse el juez”*.

- **Sentencia del 7 de marzo de 2008. Expediente 15883.**

Precisó que a partir de la ley 1107 de 2006, la Jurisdicción Contencioso Administrativa conoce de todo tipo de litigio generado por las actuaciones adelantadas por las entidades públicas y de las personas privadas que desempeñen funciones públicas:

*“(…) en la actualidad el artículo 82 del C.C.A., con la última modificación introducida por la Ley 1107 de 27 de diciembre de 2006, **señaló un nuevo marco general de actuación a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.***

*“Se observa que la norma citada, adoptando un criterio subjetivo u orgánico, en virtud del cual atribuyó competencia a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo para conocer de toda **clase de litigio originado en la actividad de las entidades públicas y de las personas privadas que desempeñen funciones propias de los distintos órganos del Estado**, con lo cual puso fin a la distinción que hacía el anterior artículo 82 del C.C.A., referida exclusivamente a los litigios administrativos, de manera que con la última reforma mencionada se abrió **paso para que todo tipo de litigio generado por las actuaciones adelantadas o cumplidas por una entidad pública, deba someterse al conocimiento de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo**”*.

- **Radicación 25619. Auto del 26 de marzo de 2008.**²¹

Analizó la competencia de la Jurisdicción Contencioso Administrativa para conocer de un proceso en el que se discutía la responsabilidad extracontractual de una entidad estatal prestadora del servicio de salud (ISS), a la luz de la Ley 1107 de 2006, concluyendo:

*“(…) al modificarse la cláusula general de competencia prevista en el artículo 82 del Código Contencioso Administrativo, se adoptó **sin asomo de duda un criterio orgánico**, o lo que es igual, la competencia se fijó conforme a un factor subjetivo, **desechándose el factor funcional.***

*“(…) Con todo, es importante destacar que de conformidad con lo dispuesto por el parágrafo del artículo 2º de la ley 1107 de 2006, se mantiene la vigencia en materia de competencia, entre otras disposiciones, de la ley 712 de 2001 por la cual se reforma el Código Procesal del Trabajo. Nótese como en la ley 712, al regular la competencia de la jurisdicción del trabajo, el legislador definió las materias que le corresponde conocer atendiendo a un factor material y así estableció que la jurisdicción ordinaria laboral es la competente para conocer de los actos jurídicos **y por lo mismo no comprende los juicios derivados de la responsabilidad extracontractual de la administración** que siguen de esta suerte siendo del conocimiento de la jurisdicción de lo contencioso administrativo.”*

²¹ Actor: Liliana Arroyave Castro y otros. Demandado Instituto de Seguros Sociales.

“Por lo demás no es necesario verificar si dicha actividad reviste carácter administrativo, por cuanto basta con determinar la naturaleza jurídica de quien realizó la actividad. Como quiera que el Instituto de los Seguros Sociales es una entidad pública, la competencia le está asignada a esta jurisdicción conforme a la cláusula general de competencias señalada en el artículo 82 del Código Contencioso Administrativo, modificado por el artículo 1º de la Ley 1107 de 2006.”²²

Con fundamento en la jurisprudencia transcrita parcialmente, esta Sala considera que si bien es cierto, como lo afirma la Sección Tercera de esta Corporación en las diferentes providencias a las que ha hecho alusión en el presente concepto, resulta “claro”, “sin lugar a dudas”, “sin dar lugar a *hesitación alguna*” que la ley 1107 de 2006 acogió un criterio orgánico o subjetivo para determinar el objeto de esta jurisdicción, a partir del cual, ésta conoce de las controversias y litigios “originados” en la actividad de las entidades públicas, también lo es que la tendencia jurisprudencial está orientada a aceptar que esta regla general de competencia tiene excepciones, tanto de rango constitucional cuando la controversia o litigio verse sobre un acto administrativo (artículo 238 C. P.), como legal, cuando: a) exista norma especial que regule una materia –caso de los procesos contractuales de entidades públicas del sector financiero-; b) sea parte de un proceso, en el que, en términos técnicos, no exista litigio como sucede en los ejecutivos; y, c) se trate de juzgar la actuación de particulares, salvo en los casos de la acción de reparación directa. La conclusión es la misma que se ha extraído en los anteriores acápites, no es viable reducir a un solo criterio el objeto de la jurisdicción en lo contencioso administrativo.

IV. RESUMEN Y CONCLUSIONES

De todo lo expuesto, procede la Sala de Consulta y Servicio Civil a resumir el presente concepto, a manera de conclusión del mismo, en estos términos:

1º El Código Contencioso Administrativo en la redacción inicial del decreto ley 01 de 1984, ni en las reformas que se le han introducido con el tiempo, ha tenido un criterio único para definir el objeto de la jurisdicción en lo contencioso administrativo.

2º El objeto de la jurisdicción se ha estructurado principalmente alrededor de las llamadas acciones contencioso administrativas, que a su turno, se configuraron sobre las instituciones del acto administrativo, del contrato estatal (antes administrativo) y de la responsabilidad extracontractual del Estado, categorías jurídicas que no fueron derogadas o modificadas por la ley 1107 de 2006. En consecuencia, continúan vigentes las normas que las establecen y la jurisprudencia y doctrina que las han interpretado.

3º La ley 1107 de 2006, redefinió los sujetos públicos que pueden ser parte en los procesos que se tramitan ante la jurisdicción en lo contencioso administrativo en estos términos: “*las entidades públicas incluidas las sociedades de economía mixta con capital público superior al 50% y de las personas privadas que desempeñen funciones propias de los distintos órganos del Estado.*” Modificó el artículo 82 del Código Contencioso Administrativo y todas las normas de la

²² Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia 19 de septiembre de 2007. Expediente 15382. “Sobre el particular, la ley 1107 de 2006, que modificó el artículo 82 del Código Contencioso Administrativo, determina que las reglas de competencias establecidas en las leyes 142 de 1994 y 712 de 2001, se mantienen vigentes, circunstancia por la cual, debe partirse del supuesto según el cual no es posible que exista una derogación expresa o tácita por parte de la ley 1107 de 2001, frente a los preceptos procesales fijados con la ley 712 ibídem. (...)”.

segunda parte en las que se utiliza la expresión entidades públicas, como por ejemplo los artículos 149, 150 y 151. Advierte la Sala que la expresión “*entidad estatal*” de la ley 80 de 1993 no es sinónima de la expresión “*entidad pública*” que define la ley 1107 de 2006.

4° En relación con la acción de reparación directa, cuando es una entidad pública la demandante y un particular el demandado, procede si el hecho que se le imputa al particular no se origina en un contrato, en un acto administrativo o en una relación de subordinación que pueda dar lugar a una sanción administrativa. De esto se desprende que si el hecho dañino imputado al demandado tiene como causa un contrato, la acción será la relativa a los contratos estatales, si proviene del incumplimiento de un acto administrativo, la administración deberá proceder a su ejecución forzosa conforme al artículo 64 del Código Contencioso Administrativo, y si como consecuencia de dicho incumplimiento la administración puede sancionar al particular deberá hacerlo ella misma, sin necesidad de acudir al juez.

Con base en las premisas anteriores, la Sala RESPONDE:

A las preguntas formuladas por el Sr. Ministro de Hacienda y Crédito Público:

“1. ¿El hecho de que una entidad estatal sea parte de una controversia, determina que la jurisdicción competente para desatarla es la jurisdicción de lo contencioso administrativo, aún con prescindencia de si la situación que origina la controversia no está directamente relacionada con la actividad de la entidad?”

“7.- En cualquier otra hipótesis diferente a las anteriores, ¿el hecho de que una entidad estatal sea parte en una controversia, determina que la jurisdicción competente para desatarla es la jurisdicción de lo contencioso administrativo, aún con prescindencia de si la situación que origina la controversia no está directamente relacionada con la actividad de la entidad?”

1°. Y 7° El hecho de que una entidad estatal sea parte de una controversia, *per se* no determina que la jurisdicción competente para desatarla sea la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

“2. Teniendo en cuenta la modificación introducida al artículo 82 del Código Contencioso Administrativo por el artículo 1° de la ley 1107 de 2006, ¿Cuál sería la jurisdicción competente para conocer de los eventos en los cuales una entidad estatal debe demandar a un particular, por el incumplimiento de una obligación a cargo de éste, que tenga su origen en la ley o en el reglamento y no en el contrato? En caso en que sea la jurisdicción contencioso administrativa la competente ¿Cuál sería la acción que se debería instaurar para hacer efectiva la obligación incumplida?”

2° De acuerdo con lo previsto en el artículo 86 del C.C.A., es la acción de reparación directa la que corresponde promover a las entidades públicas en caso de que sea necesario deducir una responsabilidad extracontractual a un particular.

“3.- ¿Si en desarrollo de un apoyo estatal se ha suscrito un convenio o contrato en que la obligación que se pretende hacer efectiva no se ha incluido en el mismo, pero guarda relación con el objeto del apoyo y se

encuentra prevista en las normas que rigen la operación, la jurisdicción y acción son las mismas indicadas para la respuesta anterior?

“5.- ¿Cuál es la acción que se debe interponer para obtener el reconocimiento de un derecho que una entidad estatal pretende hacer valer en relación con un convenio, que no tenga la naturaleza de contrato?”

3° y 5° En cada caso concreto la administración deberá acudir a las reglas legales que la facultan para aplicar la técnica convencional en el ejercicio de sus potestades públicas y, a partir de tales normas, verificar en un primer término si existen o no unas sanciones administrativas por el incumplimiento del convenio, si dicho incumplimiento da lugar a una ejecución directa en sede administrativa, y si no, proceder a determinar si existe o no un verdadero contrato con un contenido obligacional que permita ejercer la acción de cobro o la contractual, o si se trata de una responsabilidad extracontractual del administrado.

“4. Respecto de la acción que deba ser promovida por una entidad estatal para reclamar por la responsabilidad civil extracontractual en que ha incurrido un particular por el desarrollo de la actividad propia de ese particular, que es del todo ajena a la actividad cumplida por la entidad estatal, ¿Cuál sería la jurisdicción competente y, en el caso que fuere la contencioso administrativa, cuál sería la acción a instaurar?”

“6.- ¿Cuál es la acción que se debe instaurar por parte de una entidad estatal, en los eventos en los cuáles, se pretenda el reconocimiento de un derecho o el pago de una obligación que no tenga origen contractual?”

4° y 6° La acción que debe ser promovida por una entidad estatal para reclamar por la responsabilidad civil extracontractual en que ha incurrido un particular por el desarrollo de la actividad propia de ese particular, que es del todo ajena a la actividad cumplida por la entidad estatal cuando causó un daño a la administración, es la acción de reparación directa.

“8.- ¿Existe una acción residual en materia contencioso administrativa, que se pueda instaurar cuando la situación que da lugar al litigio no encaje en ninguna de las acciones tipificadas en el Código Contencioso Administrativo?”

8° No. Las acciones contencioso administrativas para poner en movimiento esta Jurisdicción son las que prevé el Código Contencioso Administrativo.

A las preguntas formuladas por el Sr. Ministro de Agricultura:

“1. En tratándose de daños antijurídicos producidos por particulares al Banco Agrario de Colombia S.A. con causa o con ocasión de la actividad propia del giro ordinario de los negocios de éste, es decir, de la actividad bancaria, es la acción de reparación directa la vía procesal idónea para obtener la reparación del daño irrogado?”

Depende: Si el daño se le causa al Banco Agrario con ocasión de la ejecución de un contrato, es competente el juez ordinario, según las reglas civiles y comerciales que le fueren aplicables al contrato; pero si se trata de deducir una responsabilidad extracontractual del particular, la acción será la de reparación directa del artículo 86 del Código Contencioso Administrativo.

“2. Si la respuesta al anterior interrogante es positiva, ¿cuáles serían las reglas aplicables en relación con la transición de los términos de prescripción y caducidad que afectan las acciones a iniciar en contra del Banco o por parte de éste?”

Para el caso de la responsabilidad extracontractual del particular respecto del Banco, éste debe aplicar el término de caducidad establecido en el numeral 8 del artículo 136 del C.C.A., subrogado por el artículo 44 de la ley 446 de 1998, que es de dos (2) años, y que habrá de contarse a partir de la ocurrencia del acto u hecho que la causa. Para los procesos ya iniciados, este término no es aplicable.

“3. Entrada en vigencia la Ley 1107 de 2006, el conocimiento de las ‘controversias y litigios’ originados en los contratos de derecho privado del Banco Agrario de Colombia S.A. en los que el co-contratante sea una persona de derecho privado, corresponde a la jurisdicción de lo contencioso administrativo? De ser así, la vía procesal adecuada para estos efectos es el ejercicio de la acción contractual del artículo 87 del Código Contencioso Administrativo, la cual se encuentra concebida para contratos de naturaleza estatal? Una vez entre en vigencia el artículo 15 de la Ley 1150 de 2007 cuál es la respuesta a estos interrogantes?”

“4. En el mismo sentido de lo anterior, a la luz del artículo 1 de la ley 1107 de 2007, a pesar de la naturaleza privada de todos los contratos que celebre el Banco a partir de la entrada en vigencia de la Ley 1150 de 2007, las ‘controversias y litigios’ en ellos originados deberán ser de conocimiento de la jurisdicción de lo contencioso administrativo? De ser así, la acción procedente será la acción contractual del artículo 87 del Código Contencioso Administrativo? De no serlo, cuáles serían la jurisdicción y la vía procesal adecuadas para resolver este tipo de ‘controversias y litigios’?”

En materia contractual, a partir de la entrada en vigencia de la ley 1150 de 2007, las entidades financieras de carácter estatal están excluidas del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública de conformidad con el artículo 15, debiendo solamente sujetarse a los principios contenidos en los artículos 209 y 267 constitucionales y al régimen de inhabilidades e incompatibilidades legalmente establecido para la contratación estatal. En consecuencia, el conocimiento de las controversias derivadas de los contratos corresponde a la jurisdicción ordinaria, bajo las leyes sustantivas y procesales que rijan el objeto de la litis.

“5. Con la entrada en vigencia de la Ley 1107 de 2006, aquellos procesos para los cuales se encuentra establecido legalmente un procedimiento especial ante la jurisdicción ordinaria o ante cualquier otra, cuando involucren en alguno de sus extremos a una entidad pública y en particular a una sociedad de economía mixta con capital público superior al 50%, deben tramitarse ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo. De ser así, qué acción debe ejercerse? En el planteamiento de este interrogante se dividen estos procesos entre aquellos que involucran ‘controversia y litigio’ y aquellos que no.”

Como el régimen de las acciones contenidas en los artículos 84 a 87 del C.C.A. se mantiene vigente pues no fue derogado por la ley 1107 de 2006, la jurisdicción de lo contencioso administrativo continúa siendo competente para conocer de los procesos originados en éstas. A contrario sensu, esta jurisdicción no conoce

