

	<b>ARTÍCULO DE TRABAJO DE GRADO</b>	Código: F-DO-0015
		Versión: 01
		Página 1 de 13

**CARÁCTER PROBLEMÁTICO DE LA NATURALEZA DEL CONTRATO ESTATAL: CONTRATO DE ADHESIÓN O CONTRATO DE LIBRE DISCUSIÓN**

DANIEL DÍAZ ÁLVAREZ

INSTITUCIÓN UNIVERSITARIA DE ENVIGADO, FACULTAD DE DERECHO, CIENCIAS POLÍTICAS Y JURÍDICAS  
ENVIGADO 2020

Danieldiaz\_dda@hotmail.com

**Resumen:** Este artículo pretende analizar la naturaleza del contrato estatal. Esto con el fin de ubicarlo en una de las dos categorías tradicionales consagradas por el derecho civil: a) contrato de adhesión y b) contrato de libre discusión; o en una nueva categoría, ajena al derecho común, y propia del derecho público. Con tal fin se analizan las diferentes definiciones de contrato estatal, para finalmente delimitar el objeto de esta investigación: lo que la jurisprudencia colombiana ha definido como contratos “estatales propiamente dichos”. A continuación, se analiza el contrato de adhesión y sus características para contrastarlas con las del contrato estatal. Finalmente, se formula una definición específica de la naturaleza del contrato estatal.

Para la realización de este trabajo se empleó el método de la hermenéutica jurídica, mediante el análisis de textos legales, doctrinales y jurisprudenciales.

**Palabras claves:** *Contrato estatal, contrato de adhesión, características del contrato estatal.*

**Abstract:** This article aims to analyze the nature of the state contract, to place it in one of the two traditional categories: adhesion contract, free discussion contract; or a new category alien of the civil law, and proper to public law. For this purpose are analyzed the different definitions of state contract thus delimit the object of this investigation to which the Colombian jurisprudence has defined "state proper contracts". Next, the adhesion contract and its characteristics are analyzed to contrast them with those of the state contract, and finally give a specific definition of the nature of the state contract.

To carry out this work, the method of legal hermeneutics was used, through the analysis of legal, doctrinal and jurisprudential texts.

**Key words:** *State contract, adhesion contract, characteristics of state contract*

propia del derecho público, ajena al derecho común.

## 1. INTRODUCCIÓN

Este artículo busca establecer el carácter específico del contrato “estatal propiamente dicho”. Ya que ni la ley, ni la jurisprudencia, ni la doctrina, se han ocupado de formular el concepto de manera inequívoca. Siempre se habla del tema de una forma vaga y ligera, salvo contadas excepciones, como si se tratara de un asunto perfectamente definido. Por tal motivo, la investigación se ha orientado a precisar con claridad la ubicación de dicho contrato dentro de las siguientes categorías: libre discusión, adhesión, o en una nueva categoría contractual

Con el objeto de aclarar la naturaleza del contrato administrativo propiamente dicho, se empleó el método de la hermenéutica jurídica. Se analizaron textos: doctrinales, jurisprudenciales y legales de autores colombianos e internacionales. Como consecuencia de este análisis, en la primera parte del artículo, se definió el término de contrato estatal. Ya que la definición que aparece en el estatuto general de la contratación de la administración pública es muy amplia. La jurisprudencia y la doctrina reconocen varios tipos de contratos estatales, a pesar del intento de la ley de unificar el concepto de contrato estatal. Por tal

	<b>ARTÍCULO DE TRABAJO DE GRADO</b>	<b>Código:</b> F-DO-0015
		<b>Versión:</b> 01
		<b>Página</b> 2 de 13

motivo, para efecto de esta investigación, se define el contrato estatal como: el contrato celebrado entre una entidad pública y un sujeto de derecho privado u otra entidad pública. Sometido en su totalidad a la reglamentación descrita en el estatuto contractual de la administración pública, con sus diferentes modificaciones. Es de anotar que los contratos administrativos tienen características propias que imposibilitan su análisis en conjunto.

En la segunda parte de este artículo se trata de analizar las diferentes definiciones de contrato de adhesión; sus características principales; el propósito para usar esta figura contractual en la economía moderna, y sus diferencias con las cláusulas generales de contratación. Ya que, generalmente, se confunden estos dos conceptos. Pues están íntimamente ligados el uno del otro, y en ocasiones tienen una relación de dependencia.

Más adelante, en la tercera parte, se analizan las diversas posiciones jurisprudenciales sobre la naturaleza de los pliegos de condiciones y sobre la naturaleza del contrato estatal. Se explica la naturaleza doble del pliego de condiciones: primero como acto administrativo y después como cláusula contractual, a la que el oferente favorecido adhiere luego de finalizar el trámite precontractual.

Por último, se hace el contraste de las características propias del contrato de adhesión con las características propias del contrato administrativo propiamente dicho. A partir de este cotejo, se concluye que el contrato administrativo propiamente dicho está regulado por normas públicas que operan bajo la modalidad del contrato de adhesión. Lo que daría lugar a definirlo como un contrato estatal bajo la modalidad de contrato de adhesión.

#### DEFINICIÓN DE CONTRATO ESTATAL:

Para adentrarnos en el tema, se hace necesario establecer una definición de contrato estatal, ya que no hay una concepción unívoca del término, y la definición de contrato estatal varía de un autor a

otro. Los distintos autores utilizan indistintamente los términos contrato administrativo y contrato estatal; faltando al rigor conceptual que requiere el tema.

#### Historia del contrato estatal

La reglamentación de los contratos de la administración en Colombia empezó con la aprobación de la constitución de 1886. Durante su vigencia hubo diferentes desarrollos normativos: La ley 53 de 1909 reglamentó la utilización de las cláusulas penal y de caducidad de los contratos de gobierno, en los artículos 4 y 5. La ley 65 estipuló los casos en los que operaba la licitación privada. Después la ley 61 de 1921 ratificó como regla general la licitación pública.

El antiguo código administrativo, ley 167 de 1941, dedicó un capítulo a los contratos administrativos. Las Leyes 4 de 1964 y 36 de 1966 reglamentaron el contrato de obra pública.

Por influencia del derecho francés, se expide el decreto ley 528 de 1964. En sus artículos 30 y 32 determinó que la jurisdicción contencioso administrativa era la competente para conocer las controversias relativas a los contratos administrativos celebrados por personas de derecho público. Esto permitió un importante desarrollo jurisprudencial en la materia.

El ejecutivo, por medio de facultades extraordinarias otorgadas por el congreso, expidió en 1975 el decreto ley 1670. Este decreto, en la práctica, se constituyó en el primer estatuto contractual. Fue prontamente derogado por el decreto ley 150 de 1976, que reprodujo la mayoría de sus normas, con algunas pocas modificaciones. Más adelante, el ejecutivo en uso de facultades extraordinarias aprobó el decreto ley 222 de 1983 que derogó el decreto ley 150 de 1976. Este reprodujo en su mayor parte la legislación anterior, con una modificación importante: la calificación legal de contrato administrativo. Para la época se entendía como contratos administrativos los comprendidos en el artículo 16 del decreto ley 222 de 1983, y los que estuvieran expresamente definidos como tales en

	<b>ARTÍCULO DE TRABAJO DE GRADO</b>	Código: F-DO-0015
		Versión: 01
		Página 3 de 13

leyes especiales. Los demás se consideraban contratos privados de la administración. Esta distinción permitía establecer el juez natural en las diversas controversias contractuales: en los contratos privados de la administración, el juez competente era la justicia ordinaria; mientras que en los contratos administrativos el juez competente era el juez contencioso administrativo. En lo referente a la caducidad el juez natural era siempre la jurisdicción contenciosa administrativa. El artículo 16 disponía lo siguiente:

**ARTÍCULO 16. DE LA CLASIFICACIÓN Y DE LA NATURALEZA DE LOS CONTRATOS - <DEROGADO POR EL ARTÍCULO 81 DE LA LEY 80 DE 1993>.** Son contratos administrativos:

1. Los de concesión de servicios públicos.
2. Los de obras públicas.
3. Los de prestación de servicios.
4. Los de suministros.
5. Los interadministrativos internos que tengan estos mismos objetos.
6. Los de explotación de bienes del Estado.
7. Los de empréstito.
8. Los de crédito celebrados por la Compañía de Fomento Cinematográfico FOCINE.
9. Los de conducción de correos y asociación para la prestación del servicio de correo aéreo; y
10. Los que celebren instituciones financieras internacionales públicas, entidades gubernamentales de crédito extranjeras y los organismos internacionales, con entidades colombianas, cuando no se les considere como tratados o convenios internacionales.

Son contratos de derecho privado de la administración los demás, a menos que ley especial disponga en sentido contrario, y en sus efectos estarán sujetos a las normas civiles, comerciales y laborales, según la naturaleza de los mismos, salvo en lo concerniente a la caducidad (...) Los contratos de explotación de bienes del Estado se rigen por las normas especiales de la materia. (Decreto 222, 1983 art. 16).

Éste decreto, además de definir el contrato administrativo, introdujo como principales innovaciones los siguientes principios: a) de terminación unilateral. b) de interpretación unilateral y c) de modificación unilateral; que ya

hacían parte de otras legislaciones como la francesa, la española y la argentina.

#### Definición actual de contrato estatal

La ley 80 de 1993 introdujo una definición global de contrato estatal en su artículo 32, definiéndolo como:

Son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad [...]. (Ley 80, 1993, art. 32).

Al igual que el artículo 16 del decreto ley 222 de 1983, el artículo 32 hace una lista enunciativa contentiva de algunos tipos contractuales. Si estos tipos contractuales se celebran con una entidad descrita en el estatuto general de la contratación pública, ley 80 de 1993, se consideran contratos estatales. Así pues, el carácter de contrato estatal está dado por las partes involucradas en la contratación. En tanto una parte del contrato sea una entidad pública, será un contrato estatal. Por el contrario, el decreto 222 de 1983, la anterior regulación, tenía una clasificación que no respondía a la calidad de las partes del contrato, sino, a otras consideraciones. Al respecto el doctor Luis Alonso Rico Puerta, en su libro manual de la contratación estatal, señala:

El nuevo estatuto varió entonces el criterio clasificatorio de los contratos estatales. Su surgimiento a la vida jurídica, su pertenencia al Régimen Estatal, su control jurisdiccional, etc., no está dado ya por la dual y confusa clasificación del antiguo estatuto contenido en el Decreto 222 de 1983. Tampoco por la existencia de potestades o cláusulas excepcionales que en la mayoría de los casos permitían catalogarlo como contrato administrativo para oponerlo al contrato privado de la administración, en el que precisamente se echaba de menos ese régimen excepcional.

Menos aún basta para ello, la simple definición o nominación de dicho acto como contrato público.

Actualmente, para identificar el carácter estatal de un contrato, basta con que un acto jurídico sea

	<b>ARTÍCULO DE TRABAJO DE GRADO</b>	Código: F-DO-0015
		Versión: 01
		Página 4 de 13

celebrado por una de las denominadas entidades estatales enlistadas en el artículo 2 de la ley 80 de 1993, con plena satisfacción de sus requisitos de existencia (Rico, 2009. p 527.)

Con las modificaciones traídas por la ley 80 de 1993, el criterio de contrato estatal se unifica. Desaparece así la clasificación dual que distingue el contrato privado de la administración del contrato administrativo; para dar paso a una denominación única: la de contrato estatal.

Así pues, la principal característica diferenciadora de los contratos estatales con los contratos de derecho privado, es la presencia de una entidad estatal en los primeros. Cuando no existe regulación expresa en el estatuto contractual, el contrato estatal remite al derecho privado.

Como se advierte en el artículo 13, de la ley 80 de 1993, las normas civiles y comerciales son normas de remisión, en los casos en que la norma especial (ley 80 1993 estatuto general de la contratación pública) no regula el contrato en su totalidad. A su vez el artículo 40 ibídem, reza lo siguiente:

Artículo 40°.- Del Contenido del Contrato Estatal. Las estipulaciones de los contratos serán las que de acuerdo con las normas civiles, comerciales y las previstas en esta Ley, correspondan a su esencia y naturaleza.

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

En los contratos que celebren las entidades estatales podrán incluirse las modalidades, condiciones y, en general, las cláusulas o estipulaciones que las partes consideren necesarias y convenientes, siempre que no sean contrarias a la Constitución, la ley, el orden público y a los principios y finalidades de esta Ley y a los de la buena administración.

En los contratos de empréstito o cualquier otra forma de financiación de organismos multilaterales, podrán incluirse las previsiones y particularidades contempladas en los reglamentos de tales entidades no sean contrarias a la Constitución o a la ley. (Ley 80, 1993, artículo 40)

Según la norma transcrita, las entidades estatales pueden celebrar cualquier figura

contractual contenida en las normativas civiles y comerciales (contratos nominados) o que sean producto de la autonomía de la voluntad (contratos innominados), siempre que no sean contrarias a los fines estatales.

En relación con las características del contrato estatal, me permito transcribir la siguiente cita:

Juan Carlos Expósito Vélez hace una amplia exposición de la a características de los contratos que suscribe el estado. Una de las particularidades que identifican un contrato administrativo es su carácter subjetivo, es decir, mientras una de las partes del contrato sea una entidad estatal, se estaría en presencia de un contrato administrativo, y ello implica que una de las partes del contrato tiene privilegios con respecto a la otra (como se cita en Matallana, 2015. p 826).

A su vez, Juan Carlos Expósito Vélez, citando a Libardo Rodríguez, define el contrato estatal como: “el celebrado por una persona jurídica pública y sometido, en todo y en parte a reglamentaciones especiales diferentes a las que rigen los contratos entre particulares” (como se cita en Expósito, 2003, p.205).

Si miramos las definiciones anteriores, todas atienden a un criterio orgánico subjetivo, pues el órgano que contrata necesariamente tiene que ser una entidad pública. A pesar de que la ley universaliza el concepto de contrato estatal, exigiendo como único requisito que una de las partes sea una entidad estatal, la jurisprudencia ha elaborado una teoría que permite establecer diferencias entre los diferentes contratos estatales. A propósito de lo dicho, me permito citar lo que al respecto dice Libardo Rodríguez:

Lo anterior ha llevado a la jurisprudencia a reconocer, a pesar del pretendido principio de universalidad del estatuto, la existencia de dos clases de contratos estatales: unos sometidos al Estatuto General de la contratación Pública, que han sido denominados por la jurisprudencia administrativa como contratos estatales propiamente dichos, y otros excluidos del ámbito de aplicación del citado Estatuto, denominados por la jurisprudencia como contratos estatales especiales. (Rodríguez, 2018)

En lo relativo a los convenios interadministrativos, regulados en la actualidad

	<b>ARTÍCULO DE TRABAJO DE GRADO</b>	Código: F-DO-0015
		Versión: 01
		Página 5 de 13

por el decreto 092 de 2017, la jurisprudencia los ha calificado como figuras análogas a la de contratos interadministrativos, (regulados por la ley 80), otorgándoles la categoría de verdaderos contratos estatales. Pero en la doctrina se ha logrado un consenso para clasificar los convenios interadministrativos en una categoría fija. Ya que al ser convenios prima un ánimo de cooperación entre la entidad pública y las entidades sin ánimo de lucro, una necesidad común. En cambio, en los contratos entre particulares y en los contratos estatales priman los intereses propios e independientes. Cada cual busca su propio beneficio.

Para referirnos al problema acerca de la naturaleza de los convenios interadministrativos cito, textualmente:

Como se ha venido señalando, el contrato estatal se caracteriza por el acuerdo de voluntades con prestaciones recíprocas, en el que las partes tienen intereses propios e independientes. Por su parte, el convenio de la administración busca satisfacer un interés común (Santos Rodríguez, 2009).

El problema planteado hace parte de un campo ajeno al de esta investigación. Abordar de manera íntegra este tema amerita una investigación independiente, como efectivamente lo han realizado diferentes autores.

Para el alcance y contenido de esta investigación, se entenderá como contrato estatal y como contrato administrativo aquel celebrado entre una entidad pública y un sujeto de derecho privado u otra entidad pública, sometido en su totalidad a la reglamentación descrita en el estatuto contractual, con sus diferentes modificaciones.

#### DEFINICIÓN DE CONTRATO DE ADHESIÓN

Definición doctrinal del contrato de adhesión:

El término contrato de adhesión es acuñado por primera vez por el civilista francés Saleilles y lo define como: “una estipulación predeterminada en la cual la voluntad del oferente es predominante y las condiciones son dictadas para un número indeterminado de aceptantes no para una parte

individual” (como se cita en Echeverri, 2010, 138).

Las doctrinas nacional e internacional, actuales, coinciden, en su gran mayoría, en cuanto a la conceptualización del contrato de adhesión. En sus definiciones de dicho contrato, generalmente, concuerdan en identificar las mismas características. Dentro de las definiciones doctrinales podemos encontrar las siguientes:

La doctrina ha definido el contrato de adhesión como aquel acuerdo de voluntades por medio del cual uno de los contratantes, denominado predisponente, impone al otro, llamado adherente, el contenido del contrato sin ninguna posibilidad de discutirlo ni de modificarlo, contando únicamente con la facultad de decidir libremente si contrata o no bajo el clausulado ofrecido, dentro de un esquema de "lo toma o lo deja"(Posada, 2015, párr. 1).

Según Stiglitz, el contrato por adhesión a cláusulas predispuestas o condiciones generales es aquel en el que la configuración interna del mismo (reglas de autonomía) es dispuesta anticipadamente solo por una de las partes (predisponente, profesional, proveedor, empresario, etc.) Si es que decide contratar, debe hacerlo sobre la base de aquel contenido o no contratar (como se cita en Echeverry, 2010, p 139).

A partir de los textos de Stiglitz y Yuri, Echeverry (2010) establece las siguientes características del contrato de adhesión civil:

1. Unilateralidad: doctrinal y jurisprudencialmente se ha considerado la unilateralidad como la característica principal del contrato de adhesión. Ésta se manifiesta en la redacción anticipada del contrato y del clausulado por una de las partes (esto es la predisposición o unilateralidad).

2. La Rigidez del esquema predeterminado por el predisponente: esta rigidez del esquema impide que el adherente tenga margen de discusión dentro del clausulado contractual o de una sola cláusula.

	<b>ARTÍCULO DE TRABAJO DE GRADO</b>	Código: F-DO-0015
		Versión: 01
		Página 6 de 13

Se tiene que limitar a aceptar o no lo que se le propone.

3. La predisposición contractual: esta característica es propia del poder de negociación del “profesional” que contrata (que dependiendo de su conocimiento legal y del mercado hace una oferta conveniente a los intereses que representa), y no de las fuerzas económicas que concurran al acto. Generalmente, la condición de predisponente está dada por la capacidad económica y organizativa del empresario. Es de destacar que una empresa puede actuar unas veces como predisponente y otras como adherente.

Diferencia entre contrato de adhesión y cláusulas generales de contratación

Además de las características mencionadas, se suele incluir una cuarta, el carácter abstracto y general de la oferta: este carácter general y abstracto permite que la oferta pueda ser utilizada en múltiples contratos. Es general y abstracta, ya que se concibe en forma tal que pueda ser aplicada a múltiples contratos en el futuro.

Esta última característica no ha sido de recibo por una parte de la doctrina. Ya que muchos doctrinantes afirman que ésta es una característica de las cláusulas generales de contratación (que son condiciones previamente fijadas por el predisponente o un tercero ajeno a la relación comercial) de posible aplicación en un número plural de contratos. A diferencia de las cláusulas generales de contratación, el contrato de adhesión puede ser usado para una relación comercial única. Aunque sus cláusulas son diseñadas con anterioridad por una de las partes o un tercero.

Afirma Solarte (2017):

Muchos autores utilizan indistintamente la expresión condiciones generales y el término contratos de adhesión o por adhesión. Como bien lo expone Ballesteros Garrido, la expresión “condiciones generales de contratación” se refiere al clausulado, establecido de antemano y con carácter general, que va a regir la relación contractual entre la parte predisponente y la parte adherente, es decir, constituye una realidad previa al contrato, mientras que el concepto contrato de

adhesión o contrato por adhesión hace alusión a la forma en la que se concluye o perfecciona el negocio jurídico, por medio de la aceptación íntegra del adherente al contenido o al clausulado predispuesto. (p. 31)

Ahora bien, es necesario precisar que en el contrato de adhesión pueden usarse condiciones generales, o cláusulas establecidas previamente por el empresario con el fin único de ser usadas en la relación contractual concreta.

Definición legal de contrato de adhesión:

El código civil argentino incorpora una definición de contrato de adhesión en su artículo 984: “Artículo 984. Definición: El contrato por adhesión es aquel mediante el cual uno de los contratantes adhiere a cláusulas generales predispuestas unilateralmente, por la otra parte o por un tercero, sin que el adherente haya participado en su redacción.” (Como se cita en Solarte, 2017, p.54).

El artículo 5, numeral 4, de la ley 1480 de 2011 (estatuto del consumidor de Colombia) define el contrato de adhesión como: “Aquel en el que las cláusulas son dispuestas por el productor o proveedor, de manera que el consumidor no puede modificarlas, ni puede hacer otra cosa que aceptarlas o rechazarlas” (Posada, 2015 párr. 1 ).

Del contenido de las diferentes definiciones (tanto legales como doctrinales) se colige que en el contrato de adhesión hay dos partes involucradas: el predisponente y el adherente, el primero se encuentra en una posición de superioridad frente al segundo, ya que al ser quien diseña el contrato cuenta con la posibilidad de incluir dentro del clausulado todo lo que quiera, sin más límites que las normas imperativas que está obligado a respetar; el segundo, se encuentra en un posición de inferioridad, al limitar la autonomía de su voluntad a aceptar o rechazar la oferta en bloque.

Esta forma desequilibrada de contrato la exige la contratación contemporánea para estar a tono con la agilidad del comercio moderno. Las dinámicas de la economía actual hacen conveniente que se establezcan, dentro de los límites de la libre competencia, condiciones previamente fijadas.

	<b>ARTÍCULO DE TRABAJO DE GRADO</b>	Código: F-DO-0015
		Versión: 01
		Página 7 de 13

Esto con el fin de facilitar el desarrollo económico, evitando los costos que ocasionan el diseño y discusión de cada contrato.

Hay discusión en cuanto a la condición de inferioridad en que se encuentra el adherente. Por un lado, una parte de la doctrina dice que el mismo mercado contribuye a subsanar dichas condiciones de inferioridad al ofrecer una amplia gama de ofertas; lo que permite el ejercicio de la libertad de escoger la mejor oferta, a criterio del adherente. Por otro lado, hay quienes critican el contrato de adhesión y dicen que este debe tener una fuerte regulación estatal para reducir la condición de superioridad del predisponente. Ya que este aprovecha su capacidad técnica y profesional para redactar el contrato menoscabando los intereses del adherente, que en no pocas ocasiones carece de la preparación profesional para entender lo que está acordando.

Aproximaciones entre el contrato de adhesión y el contrato administrativo

La autonomía de la voluntad privada, expresada mediante la libertad contractual, hace parte de los contratos de la administración, por disposición normativa contenida en el artículo 40 de la ley 80. Esta libertad contractual se manifiesta de varias maneras destacadas por la corte constitucional. Expósito, citando a la corte, las clasifica así: “Según el ordenamiento colombiano, la libertad de contratar tiene tres expresiones que son: la libertad de celebrar o no el contrato, la libertad de escoger al contratista y la libertad de establecer su contenido” (Expósito, 2004, p. 316).

En el contrato administrativo no existe una total libertad contractual; ya que su contenido está diseñado previamente en un documento llamado pliego de condiciones que contiene, según el artículo 22 del decreto 1510 de 2013, lo siguiente:

Artículo 22. Pliegos de condiciones. Los pliegos de condiciones deben contener por lo menos la siguiente información:

1. La descripción técnica, detallada y completa del bien o servicio objeto del contrato, identificado con el cuarto nivel del Clasificador de Bienes y

Servicios, de ser posible o de lo contrario con el tercer nivel del mismo.

2. La modalidad del proceso de selección y su justificación.

3. Los criterios de selección, incluyendo los factores de desempate y los incentivos cuando a ello haya lugar.

4. Las condiciones de costo y/o calidad que la Entidad Estatal debe tener en cuenta para la selección objetiva, de acuerdo con la modalidad de selección del contratista.

5. Las reglas aplicables a la presentación de las ofertas, su evaluación y a la adjudicación del contrato.

6. Las causas que dan lugar a rechazar una oferta.

7. El valor del contrato, el plazo, el cronograma de pagos y la determinación de si debe haber lugar a la entrega de anticipo, y si hubiere, indicar su valor, el cual debe tener en cuenta los rendimientos que este pueda generar.

8. Los Riesgos asociados al contrato, la forma de mitigarlos y la asignación del Riesgo entre las partes contratantes.

9. Las garantías exigidas en el Proceso de Contratación y sus condiciones.

10. La mención de si la Entidad Estatal y el contrato objeto de los pliegos de condiciones están cubiertos por un Acuerdo Comercial.

11. Los términos, condiciones y minuta del contrato.

12. Los términos de la supervisión y/o de la interventoría del contrato.

13. El plazo dentro del cual la Entidad Estatal puede expedir adendas. (Decreto 1510, 2013, art 22).

Según esta norma, el contenido del pliego de condiciones está regulado por la entidad estatal de una manera completa; de la misma manera, el contenido del contrato de adhesión civil está diseñado previamente por la parte predisponente. Esto reduce la libertad contractual del adherente a escoger el contratista y a dar su consentimiento de celebrar o no el contrato.

	<b>ARTÍCULO DE TRABAJO DE GRADO</b>	<b>Código:</b> F-DO-0015
		<b>Versión:</b> 01
		<b>Página</b> 8 de 13

Del desarrollo jurisprudencial acerca del contenido y el alcance del pliego de condiciones, se puede concluir la importancia del mismo en las etapas precontractual y contractual. En la etapa contractual es de tal importancia que se considera ley para las partes. En este sentido la jurisprudencia, en repetidas ocasiones, ha reiterado la importancia del pliego como parte integral y fundamental del contrato. Lo anterior es ampliamente desarrollado por el Consejo de Estado, en las siguientes sentencias:

La sentencia de expediente 15475, dictada por el Consejo de Estado, sala de lo contencioso administrativo, sección tercera, señala lo siguiente con respecto al contenido y alcance de los pliegos de condiciones:

El pliego de condiciones, los términos de referencia o las bases de la contratación directa, según el caso, constituyen los documentos en los cuales se encuentran contenidas tanto las condiciones para que los proponentes formulen sus ofertas, como aquellas reglas bajo las cuales se ejecutará el contrato.

Es por esto que el pliego de condiciones - incluyendo sus adendas, cuando ellas son procedentes-, con sujeción al cual deben formularse las ofertas y realizarse la adjudicación, se erige en la ley del contrato, del cual, en rigor, aquel forma parte integral e inescindible, cuestión que pone en evidencia que dicho contrato se encuentra condicionado y permeado plenamente por el procedimiento administrativo previo que determinó su celebración y, especialmente, por las bases de la licitación o del concurso que le dieron origen, bases y condiciones que no se podrán desconocer, modificar o variar, sino acaso complementar para una mayor claridad y precisión del alcance del contrato y de los derechos y obligaciones de las partes .

En este contexto, resulta indudable que el respectivo pliego de condiciones forma parte integrante del contrato mismo que finalmente celebran y ejecutan las partes contratantes. (Consejo de Estado, sala de lo contencioso administrativo, sección tercera, 15475)

Así lo tiene suficientemente sentado la Jurisprudencia de la Sala, tal como lo recoge la Sentencia del 19 de julio de 2001, dictada dentro

del expediente No. 12.037, oportunidad en la cual puntualizó.

En la sentencia en comento, aclara el Consejo de Estado (2001) que el proceso licitatorio resulta fundamental en los contratos administrativos, en aras de hacer efectivos los principios de selección objetiva y de transparencia en la selección del contratista. El pliego indica desde el inicio las condiciones claras, taxativas y concretas que revelan las condiciones jurídicas, técnicas y económicas a que se someterá el contrato a celebrar. Los pliegos de condiciones forman parte esencial del contrato; son fuente obligacional de las partes, y elementos necesarios de integración e interpretación del contrato. Ya que expresan la voluntad de la administración, a la que adhieren los proponentes durante la licitación, y el oferente seleccionado, durante el tiempo de vigencia del contrato y hasta después de terminado.

El Consejo de estado, en consonancia con lo anterior, señala en Sentencia dictada el 13 de febrero de 2002, dentro del expediente No. 10.339, lo siguiente:

Dicho de otro modo, los pliegos de condiciones forman parte esencial del contrato porque son la fuente principal de los derechos y obligaciones de las partes y son la base para la interpretación e integración del contrato, en la medida que contienen la voluntad de la administración a la que se someten por adhesión los proponentes y el contratista que resulte favorecido. Por tal motivo, las reglas de los pliegos de condiciones deben prevalecer sobre los demás documentos del contrato y en particular sobre la minuta, la cual debe limitarse a formalizar el acuerdo de voluntades y a plasmar en forma fidedigna la regulación del objeto contractual y los derechos y obligaciones a cargo de las partes. (Consejo de estado, sala de lo contencioso administrativo, sección tercera, 10.339)

Especial mención hace el consejo de estado, en la sentencia: (2006), expediente 18059, de la naturaleza del pliego de condiciones. Ya que señala que el pliego de condiciones posee una doble naturaleza: por un lado la de acto administrativo en su comienzo, esto es, durante la

	<b>ARTÍCULO DE TRABAJO DE GRADO</b>	Código: F-DO-0015
		Versión: 01
		Página 9 de 13

etapa licitatoria. Y por el otro lado, la de cláusula contractual luego de suscrito el contrato.

Primero se surten las etapas del trámite licitatorio para elegir el proponente que mejor convenga a los intereses de la Administración. Como consecuencia de este trámite resulta un proponente favorecido. Hasta este punto estamos en presencia de un acto administrativo. Al resultar adjudicado el contrato al oferente vencedor, su carácter de acto administrativo cambia para convertirse en cláusula contractual. El contratista elegido debe someterse, al igual que el adherente en los contratos de adhesión civiles, al contenido previamente establecido; ya que una vez celebrado el contrato pasan a ser verdadera cláusulas contractuales.

Al respecto, el Consejo de Estado señala lo siguiente:

Un pliego de condiciones no podría ser un reglamento administrativo porque carece de vocación en el tiempo. Por el contrario, está destinado a surtir efectos en un solo proceso de contratación, al cabo del cual pierde su vigencia. El Reglamento en cambio admite que sea aplicado sucesivamente, sin que su utilización lo agote o extinga. (Consejo de Estado, sala de lo contencioso administrativo, 18059)

En este aparte, el Consejo de Estado distingue claramente el pliego de condiciones del reglamento administrativo. Aclara que el pliego de condiciones solo opera en un solo proceso de selección del contratista; en tanto que el reglamento administrativo tiene vocación de permanencia en el tiempo y, en consecuencia, se aplica a numerosas situaciones jurídicas.

En segundo lugar, en cuanto al pliego de condiciones como “acto administrativo”, considera la Sala que en parte si ostenta esta naturaleza, pero no se reduce a ella. En nuestro concepto, el pliego, hasta antes de la celebración del contrato, es un acto administrativo reglado, de carácter general y de trámite; pero igualmente -y en esto radica la diferencia- tiene la capacidad de convertirse en “cláusula contractual, caso en el cual deja de ser un acto administrativo general, para mudar su naturaleza.

En este sentido el pliego es de “naturaleza mixta”, en tanto su contenido es mutable, pues nace como un acto administrativo general -naturaleza que ostenta hasta el momento de la adjudicación del proceso de selección-, pero a partir de la celebración del contrato cambia esa naturaleza y se convierte en “cláusula contractual”, porque muchas de las condiciones del mismo se integran al negocio jurídico, como verdaderas cláusulas de éste, mientras que otras condiciones han perecido, a medida que ha avanzado el proceso de selección.

En este segmento de la sentencia, el órgano de cierre de la justicia administrativa destaca la naturaleza mixta del pliego de condiciones: Primero como acto admirativo de carácter general y reglado, en la etapa previa a la celebración del contrato. Y segundo, destaca su carácter de cláusula contractual, ya que parte de su contenido entra a formar parte del contrato en sí.

Así por ejemplo, a medida que se va aplicando el pliego de condiciones -es decir, en la medida en que avanza el proceso de licitación o de contratación directa- desaparecen por agotamiento las condiciones de participación, de evaluación, de desempate, las causales de rechazo de las ofertas, los plazos internos que rigen el proceso de licitación -apertura y cierre, presentación de ofertas, evaluación, adjudicación-, entre otras condiciones. Esos aspectos hacen parte del pliego de condiciones en tanto es un “acto administrativo.

Se observa como al celebrar el contrato administrativo van desapareciendo ciertas condiciones y solo quedan las que se incorporan al contrato administrativo.

“En cambio las exigencias técnicas de bienes o servicios que se pretende adquirir, la estipulación sobre garantías del contrato, los intereses a pagar en caso de mora, las condiciones de pago, la entrega del anticipo, la forma como se debe ejecutar el contrato, etc., se integran al contrato como “cláusulas” del mismo -teniendo ahora efectos sólo entre la administración y el contratista-. Este tipo de condiciones, de usual inclusión en los pliegos, podría no reproducirse en el contrato, no obstante lo cual harán parte del mismo porque están previstas en el pliego, de allí

	<b>ARTÍCULO DE TRABAJO DE GRADO</b>	Código: F-DO-0015
		Versión: 01
		Página 10 de 13

que la doctrina y la jurisprudencia digan que el pliego de condiciones es la ley del contrato, pues a él se acude, en adelante para resolver conflictos sobre su contenido e interpretación. (Consejo de Estado, sala de lo contencioso administrativo, 18059)

En este punto, el Consejo de Estado resalta el pliego de condiciones como la ley del contrato, y que ese entiende incorporado al mismo aunque sus cláusulas no aparezcan en el contrato. Por tal motivo, se deben mirar el pliego de condiciones y el contrato administrativo como un todo indivisible.

Las observaciones que se hacen al contrato administrativo son aplicables también a los contratos de adhesión, en la legislación civil. En esta la parte predisponente elabora una oferta reglada según sus intereses, y es la parte adherente obligada a aceptar todo su contenido, si desea perfeccionar el contrato. Como se explicó anteriormente, la libertad contractual, fundada en la autonomía de la voluntad, no opera de manera plena en los contratos de adhesión civil y en los contratos administrativos. Pero si opera, en ambos, el elemento del consentimiento libremente manifestado, lo que los hace auténticos contratos. En ambos contratos las partes deben respetar el interés general y el orden jurídico imperante.

Los contratos de adhesión y los contratos administrativos se asemejan, asimismo, en que una parte diseña todo el contrato y la otra se limita a suscribirlo, o sea, a dar su consentimiento. Se puede observar cómo la administración, en los contratos administrativos, y la parte predisponente en los contratos de adhesión civil, se encuentran en una posición de superioridad con respecto al contratista en el primer caso, y a la parte adherente en el segundo. Esta desigualdad no es óbice para que exista la libertad contractual. Pues como se explicó, en su momento, las manifestaciones de la libertad contractual son: la libertad de celebrar o no el contrato; la libertad de escoger al contratista, y la libertad de establecer su contenido. En el caso del contrato de adhesión civil, y en el caso del contrato administrativo, la libertad contractual del adherente y del contratista se reduce a elegir con quién contrata, y a dar su consentimiento al momento de la celebración del contrato.

La reducción de la libertad contractual y la posición privilegiada del ente estatal, y del predisponente en el contrato de adhesión civil, se debe a razones propias de cada materia: mientras en el derecho común, este tipo contractual está justificado por las dinámicas de la economía moderna y la celeridad a la hora de celebrar contratos; en los contratos con la administración, en cambio, se debe a razones de interés general, que es el fin último de la contratación administrativa.

Similitudes y diferencias entre el contrato administrativo y el contrato de adhesión civil.

Entre el contrato administrativo y el contrato civil hay características comunes:

- a) La unilateralidad: como lo habíamos explicado en las características del contrato de adhesión, es la característica principal, pues esta comporta el diseño del contrato por una de las partes.
- b) La rigidez del esquema predeterminado: el contrato estatal y el contrato de adhesión son rígidos, pues ambos están modelados: el primero por la entidad estatal y el segundo por la parte predisponente.

Pero también hay diferencias que conviene destacar:

- a) El móvil para el uso de esta forma contractual. La motivación es diferente: mientras que en el contrato estatal el uso de la forma rígida de contrato se debe al interés general; en el contrato de adhesión civil, el móvil es ahorrar costos en la discusión de cada contrato.

En cuanto a la diferencia en el móvil para el uso de la forma contractual, en estos dos regímenes, se concluye lo siguiente: En el derecho privado, su móvil de diseño por una de las partes, con anterioridad, busca agilidad contractual y ahorro profesional en el diseño de contratos únicos e independientes. Esto permite la utilización de un mismo contrato de una manera masificada.

En el derecho administrativo el móvil es satisfacer el interés general con la prestación de un servicio público de manera eficiente y continua. Este es el fin mismo del contrato administrativo. De esta

	<b>ARTÍCULO DE TRABAJO DE GRADO</b>	Código: F-DO-0015
		Versión: 01
		Página 11 de 13

manera la administración se ve favorecida en el sentido de que, con anterioridad a la celebración del contrato, se establezcan las reglas claras del procedimiento contractual y del mismo contrato. La diferencia en cuanto a la finalidad que se persigue con la utilización de una u otra figura contractual, no marca una diferencia conceptual entre ambas figuras, que permita considerarlas conceptos distantes y ajenos el uno del otro.

B) El régimen jurídico aplicable: los dos tipos de contratos se encuentran regulados por las normas propias de cada materia: el contrato administrativo se encuentra regulado en el estatuto de contratación de la administración pública y sus reformas. En lo no regulado en el estatuto, remite a las normas civiles y comerciales. El contrato de adhesión se encuentra regulado en el estatuto del consumidor.

La interpretación de un contrato administrativo no puede hacerse a la luz de las normas propias del contrato de adhesión civil, contenidas en el estatuto del consumidor. Para interpretar el alcance de las cláusulas contractuales de cada contrato se acude a fórmulas específicas de cada materia. En el derecho administrativo, primero se debe acudir a las normas del estatuto general de contratación. Ante el vacío normativo en estas disposiciones, se recurre a normas civiles y comerciales. En lo tocante a las normas contenidas en el estatuto del consumidor son normas especiales del derecho de consumo, y resulta impensable que se utilicen en los contratos administrativos.

En el derecho administrativo existen cláusulas excepcionales o ajenas al derecho común. Estas cláusulas otorgan a las entidades estatales poderes de interpretación, y otros poderes, prohibidos en una relación jurídica de derecho común. Estas cláusulas se autorizan en el derecho de la contratación administrativa para garantizar la prestación continua, permanente y eficiente de un servicio público; protegiendo de esta manera el interés común y el bienestar de los administrados. Estos poderes excepcionales le permiten a la entidad estatal: interpretar y modificar los contratos unilateralmente; también le permite someter los contratos a las normas nacionales. De acuerdo con la tipología contractual que se use

son: de obligatoria, facultativa o prohibida inclusión.

## CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

1 .El contrato estatal, en términos generales, es un contrato de adhesión. No obstante, tiene unas diferencias con el contrato de adhesión civil. La regulación jurídica es diferente en cada contrato:

a) En el derecho civil los contratos de adhesión son regulados por el estatuto del consumidor y normas de derecho privado.

b) El contrato estatal es regulado casi en su totalidad por normas de derecho público, y únicamente remite al derecho civil ante la inexistencia de norma aplicable en el estatuto de la contratación y en las normas que lo modifican. Esta predeterminación del contrato estatal por parte de la entidad pública busca el interés general. Busca, además, la aplicación de los principios de selección objetiva, de transparencia y de igualdad. Por estos principios, el contrato estatal se encuentra fuertemente regulado tanto en la etapa precontractual como en la contractual: primero por la ley, y luego por la entidad estatal encargada de elaborar el clausulado del contrato. Esto en cumplimiento de los principios de la contratación estatal. Todo esto dirigido a la efectiva prestación del servicio público.

2. Como ya se explicó, la característica principal del contrato de adhesión civil es la unilateralidad, característica que comparte con el contrato estatal. Esta característica es de vital importancia en la identificación de un contrato. Si una parte redacta el contrato (esto es la unilateralidad), este es de naturaleza adhesiva. Si no existe la unilateralidad, característica esencial, deja de ser adhesivo para convertirse en contrato de libre discusión.

3. como conclusión final, encontramos que el contrato administrativo está regulado por normas públicas que operan bajo la modalidad del contrato de adhesión. Podría definirse como un contrato estatal bajo la modalidad de contrato de adhesión

## REFERENCIAS

	<b>ARTÍCULO DE TRABAJO DE GRADO</b>	<b>Código:</b> F-DO-0015
		<b>Versión:</b> 01
		<b>Página</b> 12 de 13

Consejo De Estado, Sala de lo contencioso administrativo, sección tercera. (31 de octubre de 2007) Radicación número: 25000-23-26-000-1996-02098-01(15475). [MP Mauricio Fajardo Gómez.]

Consejo De estado, Sala de lo contencioso administrativo, sección tercera. 19 de julio de 2001. Radicación número: 11001-03-26-000-1996-3771-01(12037). [MP Alier Eduardo Hernández Enríquez.]

Consejo De Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección tercera. 24 de julio de 2013. Radicación número: 05001-23-31-000-1998-00833-01(25642) [MP Enrique Gil Botero.]

Decreto 222. (1983). Sistema Único de Información Normativa. Recuperado de: <http://www.suin-juriscal.gov.co/viewDocument.asp?id=1049915> en noviembre del 2018.

Echeverri Salazar, V. M. (1). El control a las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión con consumidores. *OPINIÓN JURÍDICA*, 10(20). Recuperado a partir de <https://revistas.udem.edu.co/index.php/opinion/article/view/548>

Echeverry, Salazar Verónica. (2010) Del contrato de libre discusión al contrato de adhesión. *Opinión jurídica*. Universidad de Medellín.

Expósito Vélez, J. (2004). La configuración del contrato de la administración pública en derecho colombiano y español. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Herrera-Tapia, B. y Álvarez-Estrada, J. (2015). El mercado y la libertad contractual de los consumidores en los contratos por adhesión. *Revista Jurídicas*, 12 (2), 26-41. DOI: 10.17151/jurid.2015.12.2.3.

Interadministrativos. *Revista digital Derecho*, 8

Ley 1480. (2011). Secretaria del Senado. Recuperado de: [http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley\\_1480\\_2011](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1480_2011) en noviembre del 2018.

Ley 80. (1993). Secretaria del Senado. Recuperado de: [http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley\\_0080\\_1993.html](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0080_1993.html) en mayo del 2018.

Matallana, Ernesto. (2015). *Manual de Contratación de la Administración Pública* Bogotá: U. Externado de Colombia

Posada, Camilo. (2015). Las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión en el derecho colombiano.

*Revista de Derecho Privado*. Recuperado de: <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/view/4328/5081> en mayo del 2018.

Rico Puerta, L. (2009). *Teoría general y práctica de la contratación estatal* Bogotá: Editorial Leyer.

Rodriguez, L. (2018). *Derecho Administrativo General Y Colombiano*. Bogotá, Colombia. Editorial Temis

Santos Rodriguez, J. E. (2009). *Consideraciones sobre los contratos y convenios*

Suárez Beltrán, Gonzalo, (2009) *La nueva contratación pública en Colombia*. Bogotá. Primera edición, Legis editores S.A.

Younes Moreno, Diego. (2016) *Curso de Derecho Administrativo*. Bogotá. 10ª Edición, editorial Temis S.A.

**C.V.:** Daniel Díaz Álvarez: Estudiante “egresado no graduado” del pregrado de Derecho de la Universidad de Envigado, con especial interés en derecho administrativo y contratación estatal. Cuenta, con un diplomado en Contratación Estatal otorgado por la misma universidad.

 <p><b>INSTITUCIÓN UNIVERSITARIA DE ENVIGADO</b> Ciencia, educación y desarrollo</p>	<b>ARTICULO DEL TRABAJO DE GRADO</b>	<b>Código:</b> F-PI-028
		<b>Versión:</b> 01
		<b>Página</b> 13 de 13