

## **LAS PARTICULARIDADES DE LAS ENTIDADES ESTATALES DE NATURALEZA ÚNICA Y RÉGIMEN ESPECIAL \***

### *The particularities of public entities with a single nature and special regime*

---

María Elena Grueso Rodríguez\*\*

*Corporación Universitaria Republicana. Bogotá, D.C. - Colombia*

#### **RESUMEN**

El presente artículo trata sobre aquellas entidades estatales cuya naturaleza implica un régimen especial en razón de las funciones que desempeñan.

En efecto, en Colombia se contempla la existencia de entidades estatales con regímenes especiales a las cuales, para muchos efectos, se les aplica el derecho privado. Sin embargo, la Constitución Nacional establece que las entidades públicas deben regir sus actuaciones de conformidad con los principios de la función pública y, por otra parte, el Congreso de la República y el Gobierno Nacional expiden normas que imponen a las entidades estatales de cualquier orden el cumplimiento de determinados preceptos, sin prever si dichas normas también son o no aplicables para las entidades de naturaleza única y régimen especial. Todo lo anterior deriva en la inseguridad jurídica existente respecto de ciertos aspectos de dichas entidades.

En el presente artículo se establece, en primer lugar, las dificultades existentes en materia de seguridad jurídica en las actuaciones de las entidades estatales con régimen especial, para luego determinar, con base en el estudio del estado actual de la jurisprudencia y la doctrina en la materia, las reglas aplicables a

*Fecha de recepción: 21 de agosto de 2013. Fecha de aceptación: 31 de febrero de 2014.*

\* Artículo que expone parte de los resultados del proyecto de investigación «Particularidades de las Entidades Estatales de naturaleza única y régimen especial», desarrollado en el marco de la Maestría en Derecho con énfasis en Derecho Mercantil de la Universidad Sergio Arboleda. El texto que sirve de base al presente artículo fue presentado y aprobado como requisito de grado del programa referido.

\*\* Docente investigadora de la Corporación Universitaria Republicana, Grupo de Investigación Derecho Económico y Estado. Abogada de la Universidad Sergio Arboleda, con especialización en Derecho Comercial y Derecho Financiero de la Universidad del Rosario y Maestra en Derecho de la Universidad Sergio Arboleda. Correo electrónico: megrueso@hotmail.com.co

estas entidades en materia de aplicación de cláusulas exorbitantes, régimen de vinculación laboral y aplicación de las normas de austeridad del gasto.

**Palabras clave:** entidades estatales, régimen especial, cláusulas exorbitantes.

### ABSTRACT

The present article deals with the resulting unknowns regarding the legal regimes applicable and especially legal certainty on state entities, which implies special treatment, because of the roles they play.

Indeed, Colombia is contemplated the existence of state agencies with special regimes which, for contractual purposes are subject to the private law. However, the Constitution states that public bodies should govern their actions in accordance with the principles of the civil service and, on the other hand, Congress of the Republic and the national government to issue rules requiring state agencies of any order to meet certain precept, not anticipating, if those rules are or not applicable to entities unique nature and special arrangements. All this leads to legal uncertainty exists with respect to certain aspects of the private contract.

This article provides, first the difficulties in terms of legal certainty in the actions of state agencies with special arrangements, and then determine, based on the study of the current state of the case law and literature on the subject the rules applicable to these entities in the application of clauses exorbitant labor linkage regime and applying the rules of austerity in spending.

**Keywords:** State Entities, Special Regim, Exorbitant Clauses.

## I. METODOLOGÍA

Con el fin de dar respuesta al problema de investigación y obtener como resultado el presente artículo de investigación se acudió al método analítico, descriptivo con base documental.

Es necesario establecer que la hipótesis de la cual surge el presente texto es resultado de un trabajo de campo, fruto de la experiencia investigativa y profesional de la autora en diferentes entidades estatales de régimen especial, en las que, a lo largo de las últimas dos décadas, se vienen planteando discusiones respecto al régimen jurídico aplicable.

El problema planteado permitió orientar el desarrollo de la investigación, que necesariamente implicó definir unas preguntas auxiliares que dieran cuenta de

las especificidades de las entidades de régimen especial. Posteriormente se desarrolló la recopilación documental, el análisis y la síntesis, especialmente centrados en las sentencias del Consejo de Estado, la Corte Constitucional y fuentes doctrinales.

Finalmente, luego del análisis documental aplicado a la solución de los problemas planteados, fue posible llegar a las conclusiones que se consagran en cada capítulo y la parte final del texto.

## II. INTRODUCCIÓN

El presente texto es el resultado de uno de los hallazgos encontrados en el marco del proyecto de investigación «Las particularidades de las Entidades Estatales de naturaleza única y régimen especial», que se desarrolló como producto de investigación dentro de la Maestría de Derecho con énfasis en Derecho Mercantil, de la Universidad Sergio Arboleda.

En la estructura del Estado colombiano existe un tipo especial de entidades, denominadas entidades de régimen especial, a las cuales se les aplica en sus relaciones contractuales el derecho privado, puesto que las actividades que realizan tienen relación directa con las empresas privadas y, a fin de no crear un desequilibrio jurídico ni mercantil, y que las mismas puedan actuar con agilidad, se les regula igual que a las privadas.

Sin embargo, la Constitución y las Leyes establecen una serie de reglas que son aplicables a todas las entidades y la función pública, sin dejar claridad sobre el ámbito de aplicación respecto de las entidades de régimen especial. Ello ha causado una inseguridad jurídica para estas entidades que, en su actuar, se ven sometidas tanto a reglas de derecho privado como a reglas y principios de derecho público, sin tener claridad sobre el derecho a aplicar en casos concretos.

Los aspectos más controversiales en la materia –de los que da cuenta la jurisprudencia y, en particular, la práctica de las entidades– se concentran en tres puntos: en primer lugar, la posibilidad o no de establecer cláusulas exorbitantes en los contratos, condición que es propia de los contratos estatales, pero totalmente ajena a los contratos privados. En segundo lugar, el régimen laboral de las personas vinculadas contractualmente con las entidades de régimen especial y, por ende, la aplicabilidad o no del régimen disciplinario para ellas. Y, finalmente, la aplicabilidad del principio de austeridad en el gasto para las empresas estatales de régimen privado, a fin de conocer si este límite les es aplicable, con las consecuencias que de ello se derivan.

A través de la investigación que sustenta este texto, se buscó compilar, clasificar y analizar el marco normativo que regula a las empresas de naturaleza única y régimen especial, con el fin de determinar si es suficiente para garantizar la seguridad jurídica a dichas entidades, para que dentro de sus actuaciones no incurran en ninguna violación o contracciones frente al régimen y los fines del Estado.

En el presente documento se revisan casos puntuales, en los cuales se han visto envueltas entidades de este tipo, con el fin de determinar si la normatividad es suficientemente clara respecto de la aplicabilidad del «régimen especial» o la necesidad de acudir a las normas generales dictadas para las entidades estatales sin régimen especial.

La importancia de la cuestión planteada es evidente, pues implica reflexionar y dar un aporte a cuestionamientos jurídicos que, por su naturaleza, limitan y retrasan la actuación de estas entidades que, justamente, fueron diseñadas para actuar con la celeridad propia del sector privado. Por otra parte, es menester expresar que es muy escasa la bibliografía en la materia por tratarse de un aspecto técnico y poco conocido en el ámbito académico, por lo cual resulta igualmente relevante el resultado que aquí se presenta.

### III. PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN

¿La normatividad existente en Colombia, sobre entidades de naturaleza única con regímenes especiales, garantiza la seguridad jurídica a dichas empresas?

### IV. RESULTADOS

#### 4.1. Contratación estatal regida por el derecho privado vs. las cláusulas exorbitantes de la Administración Pública

Uno de los avances o privilegios que el legislador le ha otorgado a las empresas estatales para el desarrollo de su objeto social es el otorgarles un régimen de contratos regido por el derecho privado<sup>1</sup> sin que tengan que acudir a las normas de la contratación estatal; esto es, la Ley 80 de 1993 y demás normas que la adicionan, modifican y complementan.

1 Ver RODRÍGUEZ, Libardo. *Derecho administrativo general y colombiano*. 13.<sup>a</sup> edición, Temis, Bogotá, 2002.

Esta facultad o prerrogativa que les ha otorgado la ley busca que dichas entidades, que en la mayoría de oportunidades desarrollan actividades similares o iguales a las de las empresas privadas, puedan competir con estas últimas en igual de condiciones, para lo cual requieren procesos de contratación ágiles para el desarrollo del objeto social.

Se observa, entonces, cómo entidades de carácter estatal, tales como: el Banco de la República, las Empresas de Servicios Públicos Domiciliarios, las Universidades Públicas, las Empresas Industriales del Estado, los Establecimientos de Crédito, la Central de Inversiones S. A., el Fondo de Garantías de Entidades Cooperativas, Findeter, Bancoldex y el Fogafin, celebran sus contratos con las reglas del derecho privado.

Sobre el particular, el artículo 13 de la Ley 1150 de 2007 establece que a aquellas entidades estatales cuyo régimen de contratación no es el de la Ley 80 de 1993 sino el derecho privado les son aplicables en su totalidad los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal establecidos en la carta política de Colombia y así mismo estarán sometidas al régimen de inhabilidades e incompatibilidades de la contratación estatal.

En consideración con lo indicado se evidencia que, no obstante la aplicabilidad del régimen privado, las entidades estatales tienen que dar cumplimiento a los principios de la función administrativa; esto es: igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad y publicidad. En la práctica, ello se traduce en dilaciones en la contratación, toda vez que en busca del cumplimiento de tales principios, las entidades estatales con régimen de contratación privado han optado por incluir dentro de sus procesos de contratación prácticas traídas del estatuto de contratación de la Administración Pública.

A manera de ejemplo: las empresas estatales con régimen especial, para cumplir con el principio de la publicidad e igualdad, inician procesos de contratación que se publican en la página web de la entidad y dentro de los cuales puede participar cualquier persona natural o jurídica que cumpla con unos requisitos mínimos, obteniéndose muchas propuestas que deben ser evaluadas y, por lo tanto, hay que dar respuestas, hacer observaciones, etc., lo que convierte la contratación de estas entidades en un proceso similar o igual al de las entidades estatales regidas por la Ley 80 de 1993, pero muy diferente a los procesos contractuales propios de las empresas privadas

Así mismo, se evidencia cómo en muchos de los contratos celebrados por estas entidades se incluyen cláusulas exorbitantes de la administración, con el fin de proteger a la entidad de un posible detrimento patrimonial o dilaciones en el

cumplimiento de los fines del Estado. De esto surge un gran interrogante con relación a si en contratos de derecho privado de la administración se puede dar cabida a tales prerrogativas estatales.

Al respecto, es importante señalar que las potestades exorbitantes de la administración nacen de la necesidad del Estado de proteger su patrimonio público y garantizar que los particulares cumplan con las obligaciones ante él.<sup>2</sup> En este sentido, se hace necesario conocer qué se considera como patrimonio público. En palabras de Díaz<sup>3</sup>, el patrimonio público está comprendido por un conjunto de derechos, obligaciones y bienes que, entendidos como un todo, son atribuibles al Estado.

Conceptos como el señalado y la falta de claridad en la norma inicial fueron los que sembraron y continúan sembrando en las entidades estatales con régimen de contratación privado la incertidumbre sobre si por hacer parte del patrimonio público deberían o no incluir las cláusulas exorbitantes. Entonces, con el fin de otorgar claridad en esta materia, se requirió un amplio desarrollo jurisprudencial, el cual se desarrolla a continuación:

#### ***4.1.2. De las Potestades Exorbitantes de la Administración***

##### *4.1.2.1 Noción*

La noción de las cláusulas exorbitantes viene del artículo 14 de la Ley 80 de 1993, el cual establece que para el cumplimiento de los fines de la contratación, las entidades estatales, al celebrar un contrato, podrán pactar cláusulas excepcionales al derecho común.

Según Georges Vedel, citado por Juan Ángel Palacio Hincapié<sup>4</sup>, las cláusulas exorbitantes estipulan derechos y obligaciones para una de las partes que no podrían ser fijados en una relación jurídica privada.

Sobre el particular, se observa claramente que el citado artículo se refiere al cumplimiento de los fines del Estado, respecto de los cuales es claro, independientemente del régimen de contratación, que todas las entidades deben propender por su cumplimiento.

2 COLOMBIA. Constitución Política, Artículo 2.

3 DÍAZ, Alejandro. Ensayo sobre el Patrimonio Público, abril 2011, página 19.

4 PALACIO HINCAPIÉ, Juan Ángel. La contratación de las entidades estatales, Librería Jurídica, Bogotá, segunda edición, 1998, página 223.

Aunado a lo anterior, se encuentra otro vacío en la norma, pues cuando la Ley 80 de 1993 entra a definir qué se entiende por contratos estatales, no se excluyen de esta definición aquellos contratos de la administración celebrados por entidades regidas por el derecho privado en sus actos y contratos. Es así como el artículo 32 define los contratos estatales como todo acto jurídico generador de obligaciones, celebrado por las entidades a que se refiere el estatuto de contratación, regidos en el derecho privado, disposiciones especiales o nacidos del ejercicio de la autonomía de voluntad de las partes.

En este mismo sentido, cuando se busca la denominación de las entidades estatales a las que refiere el Estatuto de Contratación Estatal, la norma en comento, en su artículo 2, indica que se trata de la Nación, las regiones, los departamentos, las provincias, el Distrito Capital y distritos especiales, las áreas metropolitanas, las asociaciones de municipios, los territorios indígenas y los municipios; los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado, las empresas de economía mixta en las que el Estado tenga un patrimonio igual o superior al 50 %, y así mismo, se encuentran en esta enumeración las entidades descentralizadas indirectas y aquellas personas jurídicas donde exista participación mayoritaria estatal, a todo orden territorial y en cualquier nivel.

Del artículo anterior se vislumbra que los contratos celebrados por entidades estatales con régimen de contratación privado, aunque en la relación contractual no se rijan por el estatuto de contratación pública, no por ello dejan de ser contratos estatales.

En adición a lo indicado, dentro del mismo estatuto de contratación pública se incluyó en el artículo 14 de la Ley 80 de 1993 que es obligatoria la inclusión de las cláusulas exorbitantes en los siguientes contratos:

1. Los de prestación de servicios públicos.
2. Los de concesión de bienes del Estado.
3. Los de obra.
4. Los que se celebren en desarrollo de actividades que constituyan monopolios rentísticos.

Sobre tales contratos se especifica en la misma norma que dichas cláusulas se entenderán pactadas aunque no se hayan plasmado expresamente en el documento contentivo de la minuta del contrato.

Así mismo, la norma aludida en el párrafo del artículo 14 se refiere a aquellos contratos celebrados por la administración, en los cuales no se pueden

incluir cláusulas exorbitantes: contratos de cooperación internacional, convenios interadministrativos, empréstitos, donaciones, arriendo, y aquellos celebrados en desarrollo de actividades comerciales, industriales, científicas y tecnológicas llevadas a cabo por entidades del Estado.

Es así como se observa que el estatuto de contratación no incluyó en el listado de aquellos contratos a los cuales no se les puede incluir cláusulas exorbitantes a aquellos celebrados por entidades estatales con régimen privado.

Se desprende de lo señalado anteriormente que lo pretendido por el legislador fue dar mayor igualdad en las relaciones contractuales surgidas entre los particulares y el Estado; por lo tanto, se limitó a señalar cuáles contratos deben incluir siempre las cláusulas exorbitantes y enumeró en cuáles no son de recibo las mismas, sin que se tratara de una enumeración taxativa. Por consiguiente –y así fue prescrito en el numeral 2 del artículo 14 de la Ley 80 de 1993–, existe otro grupo de contratos en los cuales su pueden incluir cláusulas exorbitantes; estos son aquellos en los cuales las partes, de común acuerdo, las pactan como parte de la relación contractual y su ausencia en el texto del contrato impide su ejercicio: se trata, pues, de los contratos de prestación de servicios y los de suministro.

De lo expuesto, todavía no se puede precisar si los contratos de derecho privado celebrados por la administración pueden o no incluir cláusulas exorbitantes. Por lo tanto, a continuación se hará un estudio al respecto, con el fin de revisar la jurisprudencia que a partir de la Ley 80 de 1993 se ha dado sobre la materia, donde se podrá evidenciar que dentro de la misma no hubo unanimidad en su inicio, y las decisiones fueron cambiando a través de los años y la experiencia práctica.

#### ***4.1.3. De la inclusión de las cláusulas exorbitantes en los contratos de derecho privado celebrados por la administración pública***

A partir de la expedición de la Ley 80 de 1993, surgieron diferentes tesis jurisprudenciales y doctrinales en relación con la inclusión de cláusulas exorbitantes en contratos de derecho privado celebrados por la administración. Dentro de las tesis más destacadas se encuentran las siguientes:

##### ***Tesis 1***

*Inclusión de las cláusulas exorbitantes en los contratos de derecho privado celebrados por la administración, por acuerdo entre las partes; es decir, en virtud del principio de la autonomía de la voluntad, contemplado en el artículo 1604 del Código Civil.*

Aquellos defensores de esta teoría<sup>5</sup> comentan que la misma se desprende del análisis de la Ley 80 de 1993, la cual establece que en los contratos debe primar el principio de la autonomía de la voluntad. Por lo tanto, son las partes de una relación contractual las que establecen en un contrato estatal la inclusión o no de las cláusulas necesarias para regular la relación contractual. Así las cosas, siempre que no se violen normas de orden público, se pueden incluir las cláusulas exorbitantes en los contratos estatales; de acuerdo con lo estipulado en los artículos 13<sup>6</sup>, 32 y 40<sup>7</sup> de la Ley 80 de 1993 y 1592 del Código Civil, las entidades estatales podrán incluir en todos sus contratos las cláusulas que consideren necesarias, siempre que medie la autonomía de la voluntad.

En la actualidad, existen algunas entidades<sup>8</sup> con régimen de contratación especial que acogen esta teoría y, por ende, incluyen cláusulas exorbitantes en sus contratos, tales como terminación unilateral del contrato, aplicación e imposición de multas y cláusulas penales directamente. Al respecto, acudiendo al principio de la autonomía de la voluntad, establecido en el artículo 1602 del Código Civil Colombiano, el cual instituye que el contrato es ley para las partes, dichas entidades consideran que pueden hacer efectivas las cláusulas exorbitantes incluidas en el contrato, teniendo en cuenta que se trata de la voluntad de las partes, la cual se debe respetar.

Con el fin de entender mejor esta primera tesis, vale señalar que la jurisprudencia ha sido enfática en apuntar, en relación con el principio de la autonomía de la voluntad, que este es uno de los principios rectores del Código Civil Colombiano, respecto del cual, previo acatamiento de las normas de orden público, las partes de una relación contractual pueden celebrar contratos legalmente válidos y eficaces, sin que puedan ser invalidados sino por mutuo consentimiento o causas legales<sup>9</sup>.

---

5 FARÍAS MATA, Luis H. «La teoría del contrato administrativo en la doctrina, legislación y jurisprudencia venezolanas», en Libro homenaje a Antonio Moles Caubet, Caracas.

6 De la normatividad aplicable a los contratos estatales. Los contratos que celebren las entidades a que se refiere el artículo 2 del presente estatuto se regirán por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, salvo en materias particularmente reguladas por esta ley.

7 Art. 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.

8 La anterior afirmación se realiza teniendo en cuenta la revisión efectuada a algunos contratos suscritos por entidades estatales con régimen de contratación privado, donde se incluyen cláusulas tales, como aplicación de multa y cláusulas penales y terminación unilateral.

9 COLOMBIA. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de mayo 17 de 1995. Expediente 4521 M. P. Pedro Lafont Pianetta.

### *Tesis 2*

Imposibilidad jurídica de hacer efectivas las cláusulas exorbitantes incluidas en contratos de régimen privado celebrados por entidades estatales.

Los tratadistas que sostienen esta tesis<sup>10</sup> consideran que las entidades estatales con régimen privado de contratación podrán pactar las cláusulas exorbitantes, pero en ningún caso podrán hacerlas efectivas en sede administrativa; es decir, para hacer efectivas dichas cláusulas, por ejemplo una multa, deberán acudir al juez del contrato y nunca podrán imponerlas o ejecutarlas directamente.

Sobre lo anterior, el Consejo de Estado, Sección Tercera, en sentencia del 21 de octubre de 1994,<sup>11</sup> se ha pronunciado en el sentido de fijar que la igualdad absoluta de las partes en el proceso extingue la posibilidad de que una de ellas –en este caso las empresas estatales con régimen privado– pueda multar directamente a la otra bajo supuestos de incumplimiento, y por lo tanto, tratándose de un contrato de naturaleza privada, será el juez civil el encargado de resolver según sus propias reglas de ponderación.

### *Tesis 3*

Las potestades exorbitantes solo pueden ser aplicadas unilateralmente por las entidades a las cuales la Ley les ha asignado tal facultad.

Esta última tesis, que se encuentra vigente actualmente, prescribe que la razón de ser de entidades estatales con régimen de contratación privado es que el Estado se encuentre en igualdad de condiciones con los particulares. Por lo tanto, al ser una relación de derecho privado, no podrán pactarse cláusulas exorbitantes en tales contratos, y en todos los casos la entidad estatal deberá acudir a la jurisdicción con el fin de hacer valer sus derechos o resolver sus diferencias contractuales sin poder acudir, en ninguna excepción, a actuar directamente en sede administrativa.

En relación con lo prescrito anteriormente, el Consejo de Estado se ha pronunciado en diferentes oportunidades, en las cuales los pronunciamientos más destacados han sido los siguientes:

10 GRUESO RODRÍGUEZ, María Elena. «Aplicación de multas y cláusula penal en contratos celebrados por entidades estatales con régimen privado de contratación». Revista Republicana núm. 11, julio-diciembre de 2011, página 48.

11 COLOMBIA. Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de octubre 21 de 1994, expediente 9288. C. P. Daniel Suárez Hernández.

La Sentencia del 21 de octubre de 1994<sup>12</sup>, donde para el caso de la potestad de multar directamente al contratista incluido, la sala considera que cuando se trate de contratos de derecho privados celebrados por la administración, por ningún concepto la administración está facultada para aplicar la multa o la pena directamente, pues no podría actuar a la vez como juez y parte, por lo que en todos los casos es necesario que acuda al juez de contrato, quien será el encargado de decidir, entre otras cosas, si la multa o pena procede y cuál sería su cuantía.

La Sala concluye afirmando que respecto de los contratos celebrados por entidades estatales cuyo régimen aplicable sea el del derecho privado, es claro que las partes del contrato se encuentran en igualdad de condiciones, sin importar que una de ellas sea una entidad estatal. Por tanto, no obstante, se haya pactado la aplicación de cláusulas exorbitantes, en uso de la autonomía de la voluntad, estas no podrán ser aplicadas a través de un acto administrativo, toda vez que solo la ley puede facultar a la entidad estatal para hacerlo y concederle tal facultad, la cual proviene de la ley, no del pacto contractual.

Reiterando su posición jurisprudencial, el Consejo de Estado, en sentencia del 30 de noviembre de 2006,<sup>13</sup> sostiene su posición de no aplicación de cláusulas exorbitantes, estudiando para ello el caso de ciertos tipos especiales de contratos como consultoría, comodato y *leasing*, frente a los cuales establece que la autonomía de la voluntad en el derecho privado extingue la posibilidad de imponer cláusulas de este tipo.

Aunado a lo anterior y con el fin de zanjar las diferentes tesis que se habían planteado con ocasión de la expedición de la Ley 80 de 1993, el legislador, con la expedición de la Ley 1150 de 2007, estableció claramente que las cláusulas excepcionales solo podrán utilizarse en los contratos que celebren las entidades estatales cuyo régimen de contratación se rija por el estatuto General de Contratación; es decir, que las entidades públicas con régimen especial de contratación no podrán incluir en sus contratos cláusulas exorbitantes.

De lo expuesto, se evidencia que fueron muchos los pronunciamientos del Consejo de Estado que se necesitaron con el fin de llegar a una única posición. No obstante, se observa en la práctica que muchas de las entidades estatales

12 COLOMBIA. Consejo de Estado, Sección Tercera Exp. 7879 de 1994. C. P. Carlos Betancourt Jaramillo.

13 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. C. P. Alier Eduardo Hernández. Rad. 25000-23-26-000-2001-01008-01(30832).

con régimen de contratación privado<sup>14</sup> siguen incluyendo en sus contratos cláusulas exorbitantes y haciéndolas efectivas unilateralmente, sin que exista conocimiento de procesos iniciados por particulares contra el Estado por dicho hecho.

#### *4.2. Régimen laboral de las entidades estatales de naturaleza única y régimen especial*

Otra de las diferencias que tienen las entidades estatales con naturaleza única y régimen especial, frente a las entidades del Estado de régimen común, es el régimen laboral de sus empleados. Al respecto, se pudo constatar, mediante la revisión de las normas de creación o en su defecto los estatutos de algunos de las entidades que existen en Colombia con naturaleza única, que con excepción de los cargos de dirección y confianza, los empleados de dichas empresas están vinculados mediante contrato de trabajo regulado por las normas del Código Sustantivo del Trabajo y demás normas aplicables a los trabajadores privados.

En desarrollo de lo anterior, los estatutos de dichas entidades señalan expresamente cuáles son los cargos de dirección y confianza, que no se rigen por el derecho privado, indicando la mayoría de la oportunidades que a excepción de los cargos de director y auditor interno, los demás empleados estarán vinculados mediante contrato de trabajo regido por las normas del Código Sustantivo del Trabajo y demás normas aplicables a los trabajadores particulares.

No obstante, pareciera que la aceptación de la norma fuera pacífica; pero en la práctica se evidencian diferencias sobre la denominación de los funcionarios de entidades estatales cuyos empleados son trabajadores privados a los cuales se les aplica el régimen del Código Sustantivo del Trabajo.

Al respecto, se considera que no obstante tener una vinculación regida por el código sustantivo de trabajo, se trata de trabajadores oficiales y, por tanto, les son aplicables las normas que se han expedido y son de obligatorio cumplimiento para los servidores públicos.

Así las cosas, vale la pena señalar que la Constitución Política en el artículo 123 define qué se entiende por servidor público, indicado que hacen parte de dicha

---

14 Dentro de la investigación se tuvo ocasión de revisar en las páginas web de entidades estatales con régimen de contratación privado, donde se evidencia que se incluyen este tipo de cláusulas y que para el caso específico de las multas y cláusula penal acuden a la figura de la compensación con el fin de hacerlas efectivas sin acudir al juez natural del contrato.

categoría los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios.

Dándole una primera mirada a la anterior acepción, podría pensarse que cualquier empleado del Estado, independientemente del tipo de vinculación, es un servidor público; por lo tanto, se hace necesario precisar el concepto de empleado oficial: De acuerdo con lo prescrito en el artículo 1 del Decreto 1848 de 1969, se denominan genéricamente empleados oficiales las personas naturales que trabajan al servicio de los ministerios, departamentos administrativos, superintendencias, establecimientos públicos, unidades administrativas especiales, empresas industriales o comerciales de tipo oficial y sociedades de economía mixta.

Por su parte, el artículo 3 del referido decreto señala que son trabajadores oficiales los que prestan sus servicios a las entidades señaladas en el inciso 1 del artículo 1 del decreto (ibídem), en la construcción y sostenimiento de las obras públicas, con excepción del personal directivo y de confianza que labore en dichas obras y los que prestan sus servicios (en establecimientos públicos organizados con carácter comercial o industrial) en las empresas industriales y comerciales del Estado y sociedades de economía mixta.

Aunado a lo anterior, la jurisprudencia<sup>15</sup> ha sido enfática en señalar que a partir de la vigencia de la reforma administrativa de 1968, se estableció que los servidores de la administración pública se catalogan legamente en dos tipos: los empleados públicos, que se encuentran vinculados a la administración por una relación de servicio público de derecho privado, y los trabajadores oficiales, que se encuentran vinculados a través de un contrato de trabajo.

Adicionalmente, la jurisprudencia<sup>16</sup> ha considerado que se denominan empleados públicos las personas que prestan sus servicios en los ministerios, departamentos administrativos, superintendencias y establecimientos en cualquiera de sus dependencias, con excepción de los funcionarios vinculados con el fin de desarrollar labores de construcción y mantenimiento de obras públicas. Estos últimos funcionarios deberán clasificarse como trabajadores oficiales, y también se embarcan dentro de esta misma categoría, aquellos empleados que hayan sido clasificados en los estatutos de la respectiva entidad como trabajadores oficiales por las funciones que desempeñan, por lo cual se entienden como vinculados mediante contrato de trabajo.

15 COLOMBIA. Corte Suprema de Justicia, Cas. Laboral. Sentencia de abril 7 de 1981.

16 COLOMBIA. Consejo de Estado. Sala de Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Sentencia C-484. de 1995.

A su turno, el Consejo de Estado<sup>17</sup> considera que la naturaleza jurídica del vínculo que une a un funcionario con una determinada entidad de carácter estatal a la que presta sus servicios de naturaleza laboral no está determinada por la voluntad de las partes o por el acto a través del cual se realizó la vinculación sino por lo establecido en la ley y, de manera excepcional, por lo que prescriban los estatutos de la entidad.

Reitera el Consejo de Estado que de acuerdo con lo señalado en el artículo 5 del Decreto 3135 de 1968, no puede otorgársele el carácter de trabajador oficial al funcionario que se haya vinculado a una empresa estatal mediante contrato de trabajo.

Como se puede evidenciar de lo señalado, el tema no es pacífico y, por tanto, en las entidades de naturaleza única que cuenta con empleados vinculados con contrato de trabajo laboral existen dos tesis:

La primera de ellas sostiene que por tratarse de trabajadores quienes la ley les señaló que su vinculación se regiría por el Código Sustantivo de Trabajo o, en su defecto, por los estatutos de la respectiva entidad, son trabajadores particulares y en ningún caso se les podrá denominar trabajadores oficiales ni por su genérico, servidores públicos.

La otra tesis señala que aunque su vinculación con la entidad estatal se dé a través de un contrato de trabajo, son trabajadores vinculados a una entidad estatal y, por consiguiente, se les denomina trabajadores oficiales, a quienes se les deben hacer cumplir las normas aplicables a estos, tales como régimen sancionatorio.

A la fecha no existe una posición unánime al respecto y esto genera un sinnúmero de vacíos en las entidades en las que sus empleados están vinculados a través de un contrato laboral.

#### ***4.3. Aplicación del marco legal de austeridad del gasto a las entidades estatales de naturaleza única cuyo presupuesto no hace parte del Presupuesto General de la Nación***

Otra de las particularidades con las que cuentan las entidades estatales con naturaleza única y régimen especial es que su presupuesto no hace parte del Presupuesto General de la Nación; es decir, que manejan su propio presupuesto.

---

17 COLOMBIA. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Sentencia. Marzo 16/83. Ver Sentencia C-484 de 1995.

Esto ha generado un vacío en relación con la aplicación o no, dentro de estas entidades, de las normas de austeridad y eficiencia administrativa, toda vez que el Decreto 1737 de 1998 fue promulgado con el fin de expedir medidas de austeridad y eficiencia para las entidades públicas que manejan recursos del Tesoro Público. Es así como el artículo 1 del mencionado decreto prescribe que serán aplicables las normas de austeridad a las entidades, organismos y entes públicos y a todas las personas jurídicas que financien sus gastos con recursos del Tesoro Público.

Del texto no surge con claridad si a las entidades en mención les son aplicables las normas de austeridad, pues el decreto habla en general de recursos del Tesoro Público, lo que ha generado en dichas entidades la necesidad de acudir a los diferentes pronunciamientos de las altas cortes y los entes de control, para establecer si deben aplicar o no las citadas normas, toda vez que el Decreto no da claridad absoluta sobre la aplicación o no.

Con el fin de encontrar una respuesta al interrogante planteado, se hace imperante acudir al significado de la concepción de Tesoro Público, para determinar si le son o no aplicables las normas de austeridad a las entidades estatales que no hacen parte del presupuesto de la Nación. En primer término se revisará lo que sobre el mismo ha señalado la jurisprudencia y la doctrina.

El concepto de Tesoro Público<sup>18</sup> proviene de la economía y se ha utilizado para referirse a los recursos o elementos que el estado, sea nacional o regional, cuentan para desarrollar actividades, acciones o medidas a su cargo. Por lo que el Tesoro Público está compuesto de diversos y numerosos elementos, que se mezclan, tales como ingresos provenientes, entre otros, del cobro de impuestos, y por otra parte, por los egresos, entre los cuales se encuentran las inversiones, pagos y cánones de arrendamiento.

Otra acepción del Tesoro Público establece que se trata de un conjunto de los bienes del Estado para satisfacer demandas de interés común.<sup>19</sup>

Como se puede evidenciar de los diferentes significados de Tesoro Público, es claro que este no es sinónimo de Presupuesto General de la Nación; por el contrario, puede estar compuesto de cualquier elemento, ingresos, egresos, inversiones, proyectos que provengan del Estado.

---

18 Consulta: Definición de Tesoro Público » Concepto en Definición ABC <http://www.definicionabc.com/economia/tesoro-publico.php#ixzz2C8Ff8RZo>

19 Santiago González-Baras, Ibáñez *et al.* El Derecho Administrativo Ibero Americano. Instituto de Investigación Urbana y Territorial. INAP. Granada, España, 2005.

Por otra parte, sobre el campo de aplicación de la norma, la Contraloría General de la Nación<sup>20</sup> en repetidas oportunidades ha conceptualizado que la normatividad señalada contiene reglas relativas a la preparación, aprobación y ejecución del Presupuesto General de la Nación y de las empresas industriales y comerciales del Estado.

Reiterando su posición, la Contraloría General de la República en los conceptos jurídicos 3342 y 3371 de octubre 9 de 2007, 3414 de octubre 16 y 3547 de octubre 26 de 2007, respectivamente, ha señalado que el concepto de Tesoro Público contempla tanto el patrimonio público como el del Estado, por lo que se deben entender incluidos en su definición la totalidad de los bienes y derechos que el Estado tenga en las entidades que conforman el sector descentralizado por servicios, tal y como se observa en las sociedades de economía mixta y las empresa oficiales de servicios públicos domiciliarios y respecto de los recursos que se generan a través de los actos y contratos que tienen por objeto directo las actividades comerciales e industriales que realizan dichas empresas.

Añade la Contraloría que la norma se refiere a las entidades, entes públicos, organismos y personas jurídicas, respecto de los cuales haya certeza de que, por su condición o naturaleza, son empresas vinculadas a una actividad desarrollada por el Estado.

Concluye el ente de control<sup>21</sup> señalando que la norma constitucional incluyó dentro del concepto de Tesoro Público, el patrimonio de las entidades descentralizadas, de las cuales hacen parte las empresas industriales y comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta y los diferentes organismos públicos, sin que se haya hecho diferencia frente a las actividades que estas desarrollan, o la participación accionaria que el Estado tenga en las mismas o que hagan parte dentro del presupuesto de la Nación.

Se evidencia que fueron varios los pronunciamientos y conceptos que se fueron requiriendo para llegar a la conclusión de que sí le son aplicables las normas de austeridad del gasto a las entidades estatales que no hacen parte del presupuesto de la Nación, lo cual ha ocasionado un desgaste en las administraciones.

#### ***4.4. Aplicación del artículo 5 de la Ley 109 de 1994 y el artículo 269 de la Ley 1450 de 2011 a las entidades con naturaleza única***

El Ministerio del Interior, el año pasado, en el mes de mayo, remitió en una comunicación a todas las entidades estatales del orden nacional, que integran

20 Cft. Concepto 000250, enero 8 de 2002.

21 *Ibidem*.

las ramas del poder público, la obligación de contratar con la Imprenta Nacional sus publicaciones.

Como se puede ver, nuevamente surge un vacío en relación con la aplicación de las normas que regulan dicha directriz respecto de aquellas entidades con régimen especial y naturaleza única. Sobre el tema, vale la pena señalar que el artículo 2 de la Ley 109 de 1994, modificado por el artículo 269 de la Ley 1450 de 2011, señala los objetivos y duración de la Imprenta Nacional de Colombia, indicando que el principal objetivo de esta entidad es la edición, impresión, divulgación y comercialización de los documentos, impresos, publicaciones y demás impresos en general de todas las entidades de carácter nacional que conforman las ramas del poder público del Estado colombiano, pudiendo prestar adicionalmente dicho servicio a particulares y organismos estatales del sector territorial.

Como se puede evidenciar, se trata de una norma de carácter general, que no establece ningún tipo de obligación.

Posteriormente, la referida ley-norma, en su artículo 5, prescribe la obligatoriedad para algunas entidades del Estado de contratar sus impresiones y publicaciones con la Imprenta Nacional. Se trata de un artículo posterior y específico, que establece claramente la obligación para ciertas entidades de contratar sus publicaciones e impresiones con la Imprenta Nacional. Estas entidades son:

1. Ministerios.
2. Departamentos administrativos.
3. Superintendencias.
4. Unidades administrativas especiales.
5. Establecimientos públicos del orden nacional.
6. Organismos de las ramas legislativa y judicial.

#### *4.4.1. Naturaleza jurídica de las entidades con régimen especial*

En relación con el alcance de la expresión «naturaleza única», la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado<sup>22</sup> señaló respecto del Banco de la República que el mismo es una entidad de derecho público económico de naturaleza única, dada por el carácter especial y único de sus funciones, que no se encuentran enmarcadas dentro de moldes establecidos para cualquier otra entidad descentralizada contemplada como tal en la ley y la constitución.

---

<sup>22</sup> COLOMBIA. Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 11 de febrero de 1988. C. P. Dr. Jaime Paredes Tamayo. Radicación 176.

Aunado a lo anterior, dicho criterio referente a la naturaleza única fue reiterado en relación con el Fondo de Garantías de Entidades Cooperativas (Fogacoop) por la Oficina Jurídica del Departamento Administrativo de la Función Pública<sup>23</sup>, el cual indica que la denominación de naturaleza jurídica se refiere a que no le son aplicables las normas de carácter general que se establecen para las entidades del Estado, por lo que le son aplicables las normas que se expidieron para su creación, en las cuales se estableció un régimen especial respecto al presupuesto, relaciones laborales, temas tributarios, etc. Pudiendo solo aplicársele las normas que por expresa remisión legal le sean aplicables.

De lo expuesto se puede concluir que cuando se trate de empresa de naturaleza única, solo se le podrán aplicar las normas generales por expresa remisión legal. Ahora bien, como se puede observar, dentro de las entidades obligadas a contratar publicaciones e impresiones con la Imprenta no se encuentra expresamente a las entidades de naturaleza única; es decir, no hay una remisión expresa.

## CONCLUSIONES

A lo largo de la presente investigación, se puede observar como el legislador dicta normas sin tener en cuenta o sin dar claridad sobre si las mismas deben ser aplicadas por las entidades estatales que en razón de su naturaleza son especiales o de naturaleza única. Esto ha generado y sigue generando en dichas administraciones una incertidumbre jurídica que se traduce en menos eficiencia de la administración, pues en el caso de los contratos, en algunas oportunidades por excesivas precauciones se someten a procesos de contrataciones similares o iguales a los de la Ley 80 de 1993, que no hacen eficiente al Estado y lo ponen en desventaja con los particulares con los cuales se supone que está compitiendo.

Solo a partir de la jurisprudencia y doctrina se ha logrado llenar los vacíos jurídicos existentes en las normas, logrando de esta manera otorgarle a las entidades estatales con régimen especial y naturaleza única, mayor seguridad jurídica en sus actuaciones, evitando de esta manera incurrir en procedimientos inconvenientes y que no son aplicables entre particulares.

En los contratos que celebren las entidades públicas, cuyo régimen jurídico aplicable corresponde a las normas del derecho privado, *«las partes actúan*

<sup>23</sup> Concepto del 29 de abril de 2005, Rad. 200500227711.

*en una relación de igualdad», a pesar de que tales contratos ostenten la condición de contratos estatales. Por lo tanto, aún pactadas tales cláusulas o si se hubiere estipulado su efectividad unilateralmente, «ninguna de las partes podrán ejercerlas, pues tales previsiones provienen de la ley y no del pacto contractual».*

Los contratos celebrados por las entidades estatales cuyo régimen legal se sujeta a los lineamientos del derecho privado, no pueden apartarse del principio de legalidad que en materia contractual les rige, por tratarse de normas de orden público y obligatorio cumplimiento.

A las entidades estatales que rigen su contratación bajo el imperio del derecho privado, no le es dable unilateralmente aplicar las cláusulas exorbitantes de la administración, toda vez, que como bien lo señaló el Consejo de Estado y la Ley 1150, no cuentan con las potestades exorbitantes y, por tanto, no poseen la facultad de imponer directamente sanciones, caducidades, terminaciones unilaterales, etc. Pues al estar en igual de condiciones con el particular, es el juez natural del contrato el que debe entrar a definir y resolver las diferencias que puedan llegar a surgir entre la administración y el contratista particular.

Por su parte, en relación con la naturaleza del vínculo que une a una persona con una entidad oficial, es claro que el mismo solo podrá ser dado por la ley y en su defecto por los estatutos de la entidad; por lo tanto, se considera que si la norma o los estatutos de la entidad de naturaleza única establecen que los trabajadores, a excepción de los de manejo y confianza, serán trabajadores privados, mal se haría en denominarlos trabajadores oficiales, cuando no fueron catalogados como tales por el legislador o en sus estatutos.

Debe pensarse que a los trabajadores de una entidad que se encuentra vinculados y les es aplicable el Código Sustantivo de Trabajo, no es posible que al mismo tiempo se les quiera aplicar las normas aplicables a los servidores públicos, pues se estaría desautorizando su vínculo.

No se debe confundir que por el hecho de que un funcionario del Estado sea un trabajador oficial no responda por sus actuaciones u omisiones que cometa en desarrollo de sus funciones. Al respecto, la Constitución y el nuevo estatuto anticorrupción han sido claros en indicar que todo aquel funcionario público, trabajador particular o contratista que desarrolle dentro de sus actividades funciones públicas deberá responder por las mismas.

Respecto de las normas de austeridad del gasto, estas le son aplicables a las entidades de naturaleza única que no hagan parte de presupuesto de la Nación,

porque tal como lo han dicho la Contraloría y la Jurisprudencia, el concepto de Tesoro Público no hace exclusiva relación a que haga parte del Presupuesto General de la Nación; dicho concepto abarca muchos más temas, dentro de los cuales se encuentran bienes, rentas, ingresos y egresos en los que participa de alguna manera el Estado en dichas empresas.

El artículo 5 de la Ley 109 de 1994 es especial y específico en establecer taxativamente las entidades obligadas a contratar con la Imprenta Nacional publicaciones e impresiones, y dentro de las mismas no se encuentran las entidades de naturaleza única y régimen especial; por lo tanto, las mismas no están obligadas a contratar con la Imprenta Nacional sus publicaciones.

## BIBLIOGRAFÍA

### Jurisprudencia

COLOMBIA. Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de octubre 21 de 1994, expediente 9288. C. P. Daniel Suárez Hernández.

COLOMBIA. Consejo de Estado, Sección Tercera, Exp. 7879 de 1994. C. P. Carlos Betancourt Jaramillo.

COLOMBIA. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de mayo 17 de 1995, Exp. 4512. M. P. Pedro Lafont Pianetta.

COLOMBIA. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. C. P. Alier Eduardo Hernández. Rad. 25000-23-26-000-2001-01008-01(30832)

COLOMBIA. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 17 de julio de 2005, Ref. 14289. C. P. Ramiro Saavedra Becerra.

COLOMBIA. Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto del 25 de mayo de 2006. C. P. Enrique José Arboleda Perdomo.

COLOMBIA. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 20 de octubre de 2005, Exp. 1459. C. P. Germán Rodríguez Villamizar.

COLOMBIA. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 25 de enero de 2007, número interno 32.199. C. P. Enrique Gil Botero.

COLOMBIA. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 21 de mayo de 2008, Proceso núm. 14.581. C. P. Ramiro Saavedra Becerra.

COLOMBIA. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 23 de junio de 2010, Exp. 16367. C. P. Jaime Hernández Torres.

### **Doctrinales**

BETANCOURTH ARANGO, Juan Camilo; MONCADA GARCÍA, Jorge Guillermo. Aplicación de las cláusulas exorbitantes en los contratos estatales regulados por régimen especial. Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas, Trabajo de Grado. Bogotá, D. C., 2004.

COLOMBIA. Contraloría General de la Republica, Concepto Jurídico 3342 y 3371 del 9 de octubre de 2007.

COLOMBIA. Contraloría General de la República, Concepto Jurídico 3414 del 16 de octubre de 2007.

COLOMBIA. Contraloría General de la República, Concepto Jurídico 3457 del 26 de octubre de 2007.

COLOMBIA. Contraloría General de la República, Concepto Jurídico 250 del 8 de enero de 2009.

DÍAZ, Alejandro. Ensayo sobre el Patrimonio Público, abril 2011, página 19.

PALACIO HINCAPIÉ, Juan Ángel. La Contratación de las Entidades Estatales. Librería Jurídica, Bogotá, segunda edición, 1998.

RODRÍGUEZ, Libardo. Derecho Administrativo General y Colombiano. Temis, Bogotá, 13.ª edición, 2002.

### **Normativas**

Constitución Política de Colombia. Disponible en: [http://www.senado.gov.co/images/stories/Informacion\\_General/constitucion\\_politica.pdf](http://www.senado.gov.co/images/stories/Informacion_General/constitucion_politica.pdf). Consultada el 20 de enero de 2013.

Decreto 1848 de 1969. Norma disponible en: [http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/c-916\\_1910.html](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/c-916_1910.html). Consultada el 3 de enero de 2013.

Decreto 1737 de 1998. Norma disponible en: <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=1304>. Consultada el 15 de marzo de 2013.

Ley 30 de 1992. Norma disponible en: [http://www.mineducacion.gov.co/sistemasdeinformacion/1735/articles-211884\\_Ley\\_30.pdf](http://www.mineducacion.gov.co/sistemasdeinformacion/1735/articles-211884_Ley_30.pdf). Consultada el 15 de agosto de 2013.

Ley 80 de 1993. Norma disponible en: <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=304>. Consultada el 10 de marzo 2013.

Ley 142 de 1994. Norma disponible en: <http://comision6senado.wordpress.com/2013/03/04/ley-142-de-1994/>. Consultada el 15 de julio de 2014.

Ley 1150 de 2007. Disponible en: <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=25678>. Consultada el 15 de junio de 2013.

Código Civil Colombiano. Norma disponible en <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=4125>. Consultado el 20 de junio de 2013.