

LA PERSONERIA DE LOS ENTES ESTATALES EN LA LEY DE CONTRATACION ESTATAL

LUIS EDUARDO MONTOYA MEDINA

Profesor de la Facultad de Derecho
Universidad Nacional

Pretende este escrito demostrar que la ley de contratación estatal, la ley 80 sancionada en 1993, reiteró los atributos propios de la personería jurídica, los de ser titular de derechos y paciente de obligaciones, en Entes Públicos que ya la tenían reconocida, al paso que los atribuyó a otros que antes no la tenían aunque de modo restrictivo para los efectos del contrato estatal sujeto a los preceptos de esa norma. En síntesis, se busca destacar así que la personería jurídica deviene de la Carta Política o de la ley.

La demostración del aserto exige tener una panorámica del concepto de persona en el campo del derecho privado y en el ámbito del derecho público.

La Persona Natural

El hombre no consideró "personas" a sus semejantes; nos lo dice la evolución de las ciencias sociales, el derecho y la filosofía entre ellas, que nos enteran de su evolución a

partir del desplazamiento del concepto de la esclavitud, como derecho ejercido sobre unas personas respecto de otras¹, e incluso nos hablan de quienes la "justificaban".

También sabemos por esas fuentes sobre las diferentes potestades jurídicas erigidas para explicar la naturaleza de tales relaciones², donde abundan respecto de los distintos poderes de dominación dentro de la familia³, y respecto

1. Según Aristóteles la esclavitud es natural y legítima. Cicerón parece aceptarla como hecho inseparable de las necesidades de la vida en su época. Séneca recomendó el trato humanitario hacia los esclavos. Entre los filósofos griegos Platón no la consideraba natural, y otros aludidos por Aristóteles la rechazan. Cfr. "Tratado Elemental de Derecho Romano". Petit, E, Editora Nacional México, 1961 Pag 76 Nota al núm 63

2. Circunstancias tales como el nacimiento de mujer esclava, el derecho de gentes o el derecho civil, la imposición como pena, la condenación a las minas, por decisión del magistrado respecto de los libertos ingratos, entre otras causas. Cfr. Ob. cit. pag 77-78.

3. En la familia a las personas se les considera *alieni iuris* y *sui iuris*. Aquellas sometidas a la autoridad de otro, lo cual originó cuatro poderes: el del dominus sobre el esclavo; la patria potestas o autoridad paterna; la manus o autoridad del marido; la mancipium o autoridad de un tercero sobre persona libre. El *sui iuris* era la persona libre de toda autoridad dependiendo de ellas mismas. Implica el derecho de tener un patrimonio y de ejercer respecto de otros los poderes precedentes. Se le conoció también como pater familias y llegó incluso a hablarse de las materfamilias. Ob cit pag 95.

de la diferencia conceptual entre ciudadanos y no ciudadanos, hasta el advenimiento de la categoría jurídica "sujeto" ⁴.

Lo que denominamos *persona*, al decir de Valencia Zea, es la capacidad para ser titular de derechos y para responder por los hechos ilícitos ⁵, donde confluyen como unidad, noción que en su criterio sigue la filosofía actual ⁶.

Para la doctrina jurídica española posterior a 1978 la persona aparece primero como "sujeto de derecho" y, posteriormente, en los diversos planos en que los derechos la van situando, siempre como el eje o el antecedente de todo lo demás que jurídicamente pueda ser" ⁷.

Con esta óptica personal fundamentalista, dice Arce y Florez Valdés, el derecho civil asume o se erige en polo de atracción de materias tales como los derechos de la personalidad (vida, libertad, honor, nombre...), como la capacidad (nacimiento, desarrollo y extinción), como sucondición y sus estados; el ejercicio de sus poderes y la responsabilidad que les incumbe. Sus manifestaciones externas (persona física y persona jurídica: asociaciones y fundaciones), su libertad y hasta los rasgos ónticos de su actividad básica interpersonal ⁸.

La Persona Jurídica

En la teoría jurídica del siglo XIX, a partir de los estudios de Michoud y de Saleilles, ⁹ apareció la conceptua-

lización de la personalidad moral, catalogada como la "atribución de derechos y de obligaciones a otros sujetos que no son los seres humanos. Estos sujetos de derechos son llamados *personas morales, personas civiles, personas jurídicas* o también *personas ficticias* ¹⁰, denominación que implicó una especial concepción de la personalidad" ¹¹.

Allí mismo se mencionan las variantes teóricas del problema: las que ven en ésta personalidad una *ficción*, que para unos es una *ficción abusiva* de la doctrina y para otros una *ficción útil* de la ley. Para los otros se trata de una *realidad técnica* y para algunos otros *objetiva* ¹².

Cuando culminaba el Siglo XIX la noción de "derecho subjetivo" inducía la existencia de un sujeto a quien se atribuía ese poder; un sujeto de derecho o lo que equivale en el lenguaje jurídico a "*una persona*". Pero la personalidad no era un derecho subjetivo sino una cualidad jurídica que constituía la condición previa de todos los derechos y deberes y se le equiparaba a la "capacidad jurídica" ¹³.

10. Entre las distintas tesis se cuentan:

-Tesis de la Ficción: impulsada por Savigny, Puchta y Windscheid, que satisface la necesidad de la técnica jurídica de poder emplear el concepto del derecho subjetivo aún allí donde no se trata de los derechos del individuo.

-Tesis orgánica: es una persona colectiva con una voluntad colectiva real (Gierke, Beseler, Zitelmann).

-Tesis del destinatario Ihering: corresponden esos derechos al conjunto de los miembros de las corporaciones o de los beneficios en las fundaciones, que se acerca a la de la propiedad colectiva difundida en Francia por Planiol y Berthelemy y en Holanda por Molengraff (la personalidad moral no es más que un modo de explicar la propiedad colectiva).

-Teoría del oficio (Holder y Binder): los verdaderos sujetos de derecho no son los destinatarios sino los facultados para disponer.

-Teoría del patrimonio para un fin (Brinz): los derechos de las personas jurídicas en rigor no pertenecen a nadie, sino que sólo pertenecen para un fin, aquellos están afectos a éste.

Cfr. Todas estas tesis en "Tratado de Derecho Civil", Enneccerus-Kipp-Wolf, Parte General, Tomo I, Edit Bosch Barcelona 1953, Págs 422 y ss.

11. Tratado Práctico de Derecho Civil Francés, Planiol y Ripert, Cultural S.A., Tomo 1o. Las Personas, estado y capacidad, Habana, 1945, Pág 61.

12. ob cit. pag 62.

13. La capacidad jurídica no se ha de confundir con la capacidad de obrar (esto es la de negociar y la capacidad de imputación), o sea la capacidad de producir efectos jurídicos por la propia voluntad. Son los equivalentes respectivos a la capacidad de "goce" y la capacidad de "ejercicio".

4. Para seguir su evolución cfr " *Crítica Constitucional* ", Cáceres C. Pablo, págs 115 y ss.

5. Valencia Zea, Arturo, *Derecho Civil*, Tomo I, Temis 1979, pag 617.

6. nota 22 loc cit, pag 617.

7. Concepto de Derecho Civil, Hernández Gil, pag 78 y 177.

8. El Derecho Civil, Constitucional, Arce y Valdés, Joaquín, Civitas, Madrid 1986. Pag 46.

9. Tesis de la realidad técnica que evita la exageración de la teoría orgánica sin distar de ella.

De acuerdo con la evolución del derecho para esa época, la capacidad jurídica de los hombres se presuponía, y por tanto no era objeto de declaración especial; lo cual llevó a Enneccerus Kipp y Wolf a llamar la atención sobre el Código Civil de Rusia (antes de 1927) que "para el desarrollo de las fuerzas productivas de la tierra de la República soviética concedía capacidad jurídica civil"¹⁴.

El B.G.B. distinguió las personas del derecho público de las del derecho privado, pero no fijó sus notas diferenciales; aquellas constituidas inmediatamente por la ley o por el acto administrativo para ser sujetos de funciones públicas, de modo que su constitución estaba regulada en el interés público por prescripción del derecho o bien por las que fueran reconocidas posteriormente mediante la ley o el acto administrativo de la autoridad competente por ocuparse del cumplimiento de fines públicos.¹⁵

El concepto de la personalidad es unitario, aplicable a los seres humanos, a las personas jurídicas del derecho privado y a las personas jurídicas del derecho público. "Lo diverso es el *substrato material* al cual se aplica tal concepto"¹⁶; el cual en el ámbito del derecho público será el fin colectivo, que puede construir una voluntad en virtud de la cual pueden ser titulares de derechos subjetivos y, además, responsables por los daños que causen a otros¹⁷.

14. Tratado de Derecho Civil, Enneccerus-Kipp-Wolf, Tomo I Parte General, Bosch Barcelona, 1953, Pag 320 nota 3.a

15. Ellas son en el derecho alemán en su estado de 1953: el Estado, los municipios, los distritos, provincias, asociaciones de escuela, de caminos, universidades, cámaras de comercio y agrícolas, gremios, mutuales de seguros, cooperativas, institutos de invalidez, de seguros de vejez y de supervivencia, hospitales, asilos, el banco del Reich, algunas religiosas y, finalmente, las del derecho territorial. Enneccerus et al, loc cit pag 429.

16. Valencia Zea, A, loc cit pag 617.

17. La primera sentencia de la Corte Suprema de Justicia que aceptó el compromiso y la responsabilidad de las personas jurídicas, fue del 15 de mayo de 1944.

El Sistema Jurídico Colombiano y la Persona Jurídica

Veamos ahora sucintamente la posición del sistema colombiano en relación con las personas jurídicas privadas y públicas.

Por la conocida influencia del sistema positivo francés, nuestro ordenamiento civil definió la persona jurídica como "*una persona ficticia capaz de ejercer derechos y contraer obligaciones civiles, y de ser representada judicial y extrajudicialmente*" (art 633); noción que durante mucho tiempo determinó la definición pública del asunto, asignándoles aptitud activa y pasiva y representación extrajudicial y judicial.

La Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia en 1955, dijo que la "calidad de persona jurídica se adquiere por creación legal¹⁸ o por reconocimiento administrativo, según sea la naturaleza de la asociación o entidad de que se trate"¹⁹; de donde se colige que no se aparta de las tesis sobre el origen de la persona jurídica pública del derecho francés y del derecho alemán.

Las personas jurídicas de creación legal fueron las entidades de derecho público enumeradas en el art 80 de la

18 Esta capacidad en primer término abarca la del Constituyente. Este se la confiere al Congreso, a las Asambleas departamentales y a los Concejos Municipales, tendencia que se mantuvo tanto en la Carta Política de 1886 como en la de 1991, para crearla luego en el ámbito del derecho público bajo las diferentes denominaciones como se verá después.

19 En el derecho privado, civil y comercial, la personería jurídica de las "sociedades" emana de la voluntad de los contratantes o asociados que se someten al cumplimiento de las formalidades previstas para su registro (art 2079 C.C. y art 98 C de Co.).

En el campo de las asociaciones y de las fundaciones las normas que datan desde 1922 contemplan el reconocimiento administrativo, que se transfirió del Ejecutivo a los Ministerios, a los Gobernadores y al Alcalde Mayor de la capital del país.

ley 153 de 1887²⁰, es decir, fueron de creación *legislativa* (el Congreso o el Ejecutivo habilitado para ello), pero hoy, luego de un siglo, se podría sostener que su creación depende de la voluntad del constituyente o que son de creación constitucional cuando de modo expreso les confiere los atributos de la autonomía, de la capacidad o personalidad o personería jurídica; por lo cual convendría revisar con detenimiento el punto respecto del ordenamiento constitucional vigente.

Las demás asociaciones de carácter civil, comercial o gremial, adquieren la categoría de personas jurídicas mediante ciertos requisitos, unas veces por el mero contrato o concierto; otras por el reconocimiento por parte del órgano ejecutivo²¹. Este pensamiento se proyectó así mismo en el derecho político²², social y del trabajo hasta la vigencia de la constitución de 1991.

El Estado

De análoga manera a como se ha abordado el tema de la persona natural, de la persona jurídica y de la persone-

20. La nación, los departamentos, los municipios, los establecimientos de beneficencia y los de instrucción pública, las corporaciones creadas o reconocidas por la ley.

De ese modo la personalidad de la Nación no provendría de la Constitución sino de la ley, tanto como la de los Entes Territoriales y la de algunos Establecimientos Públicos.

21. Sentencia del 7 de noviembre de 1955 LXXXI, 922. Consúltese notas al art. 633 en Código Civil de Ortega Torres, Temis, 1977.

A partir de la vigencia de la Constitución de 1991 la cuestión de la personería de los sindicatos es diferente: "Su reconocimiento jurídico se producirá con la simple inscripción del acta de constitución" (Inc 1o art 39).

22. En la personería jurídica de los "PARTIDOS POLITICOS" (Ley 58 de 1985), según la cual no es automática y está sujeta al cumplimiento de requisitos que después de 1991 controla el Consejo Nacional Electoral (art. 265-8 C.N.)

"La atribución de personería jurídica a muchos entes del Estado tiene por objeto facilitar la operación administrativa mediante la descentralización por gestión". Velez García, Jorge, en "LOS DOS SISTEMAS DEL DERECHO ADMINISTRATIVO", Institución Universitaria Sergio Arboleda, Santafé de Bogotá, 1a ed 1994, pag 35. nota 15.

ría, el concepto del Estado²³ puede acometerse a partir de enfoques jurídico-formales o sociológicos; tanto como se afirme o no su personalidad, el Estado resulta un producto de la razón jurídica y se subsume en el ámbito normativo institucional. Se le concibe como ordenamiento jurídico, como estructura política o como ordenamiento jurídico-político²⁴.

La Capacidad

Es una cuestión jurídica que gravita en torno de los sujetos de derechos, aunque la aptitud para obligarse con otros fue una cualidad que no siempre viajó paralela con la noción de la persona, como se ha acotado, y estuvo restringida en sus inicios, a tal punto que llegó a distinguirse entre la capacidad natural, de derecho, de goce, y la capacidad de obrar o de ejercicio y negocial²⁵.

Del mismo modo cuando se extendió universalmente el reconocimiento de la personalidad a todos los seres de la especie humana y se les reconoció el derecho de igualdad ante la ley²⁶, y respecto del Estado, se les otorgó el derecho autónomo de obligarse²⁷.

23. El tema del Estado ha sido objeto de estudios de manera independiente por la ciencia política, por la teoría del estado y por el derecho constitucional. Según P. Lucas V., dos son las direcciones más significativas sobre el estudio del Estado: la de la dogmática jurídica y las de la ciencia política.

Para más detalles ver "Curso de Derecho Político", Lucas V., P, Volumen 3. Edit tecnos Madrid 1976, pags 17-31.

24. Mayores detalles y observaciones críticas loc cit nota precedente, y en el Cap VI del Volumen 2o, pags 153-174.

25. El término "capacitas" en su más amplia acepción indica aptitud para ser sujeto de derechos y ejercerlos mediante negocios jurídicos. Así lo dice Valencia Zea, en su Tomo I de Derecho Civil, 1979 Temis Bogotá, en cita de Savigny, que fué quien primero precisó la doctrina de la capacidad como aptitud. Allí mismo se refiere a la doctrina alemana que contiene idéntica distinción.

26. Esto por el influjo de las tesis de los derechos humanos. Para la consulta de su evolución desde el medioevo, su constitucionalización en norteamérica, el paso a Francia y su extensión desde allí a otros países, sugerimos seguir la obra citada de Verdú, especialmente en el capítulo "la aventura de los derechos humanos", Págs 39-65.

27. Para Valencia Zea, la diferencia entre ellas radica en la voluntad reflexiva que va ligada a la capacidad negocial. Loc cit pag 502.

Merced a la concepción científica política del Estado, contemporáneamente tiene un peso imponente sobre los individuos y las agrupaciones, tanto que el Estado cumple obligaciones y se tornó en empresario, sin ser ajeno al contagio totalitario o de las formas demoliberales, ni a los efectos represivos correspondientes al intervencionismo del nuevo Estado industrial que exige limitaciones en beneficio general y resultados impositivos y coercitivos debidos a elementos ideológicos totalitarios ²⁸.

Un elemento esencial de los contratos, punto hacia el cual se destina este escrito, siempre fue el de la capacidad que, en las épocas pretéritas a las cuales aludíamos, se referían a las personas libres y tuvieron por causa la protección del incapaz, por falta de edad, de la prodigalidad y del sexo; las otras se referían a los esclavos ²⁹.

La Competencia

En el ámbito del derecho público es más corriente hablar de "competencia" en lugar de capacidad. La competencia se construye en razón de la materia, del lugar y del tiempo y deben confluír para que, en ejercicio de la misma, pueda válidamente comprometerse respecto de actos o contratos a los que la competencia autoriza y si no lo atiende de modo consiguiente vicia su proceder y la validez de sus actos ³⁰.

28. Verdu, ob cit pag 27.

29. Ob cit pags 328-329.

30. Curso de Derecho Administrativo, Tomo I, García de Enterría -Razón Fernández, Civitas, Madrid, 1986, pag 510

"En toda la carta política de 1991, al alero del estado social de derecho, se cobija la persona natural y sus derechos inalienables"

La competencia emana de la ley en sentido amplio: de la Constitución y de las reglas derivadas. Entre nosotros de modo general los arts 6o y 122o de la Carta Política de 1991, definen las reglas que atribuyen las facultades de los funcionarios y de los empleados.

La Constitución de 1991

La extensión propuesta para esta colaboración y su objetivo central, no autorizan proceder de manera amplia sobre la Carta Política vigente, de modo que nos limitaremos a los temas que resulten directamente relacionados con el de la personería jurídica en la contratación ESTATAL ³¹.

Sin duda que en toda la Carta Política de 1991, al alero del estado social de derecho, se cobija a la persona natural y sus derechos humanos inalienables, ahora dentro de la denominación de fundamentales (art 5o y título II), respecto de los cuales se otorgan mayores medios de protección (acciones populares, acción de tutela, acciones de cumplimiento, control constitucional y acciones del derecho subjetivo en concreto), con lo cual continúa la tradición jurídica y se ahonda en la defensa de la persona misma, desde la vida hasta su muerte y en todos los estadios de su parábola vital: desde el vientre materno, pasando por el seno de la familia, el de la sociedad y del Estado hasta regresar al seno de la tierra o de la volatilidad de las cenizas, para lo cual baste como demostración los catálogos de los derechos fundamentales sobre la procreación, los derechos de la infancia, de la adolescencia, de la mayoría, de la

31. Respecto del contrato estatal y no frente al *contrato de trabajo* con los trabajadores oficiales, pues la ley 80 no cubre estas relaciones que se llevan por las normas precedentes a la carta de 1991, en concepto que no repele el art 125 idem.

tercera edad; los derechos de su formación cultural y profesional, su participación ciudadana y los del control de gestión colectiva; los derechos de grupo como los de la familia, los de gremios o conjuntos de intereses políticos (partidos), sociales (gremios o asociaciones), económicos (empresas) o decisorios (plebiscitos, referendos, iniciativa legal), entre otros más.

El derecho económico de las personas, naturales y jurídicas privadas, se advierte de modo amplio constituido a partir del derecho económico de la libre iniciativa para la actividad económica y de la libertad económica (art 333 c.n.), con sus limitaciones de orden constitucional tales como la competencia leal, la función social de la empresa, el abuso de la posición económica dominante, el interés social, el ambiente y el patrimonio de la nación (art 333 C.P.).

Cuando se trata del individuo son expresión igualmente de otros derechos fundamentales como los del trabajo, profesión u oficio, desarrollo de la personalidad y medios para lograr otros, como la propiedad, la vivienda digna, la educación.

En el tema de las personas jurídicas³² existen en la norma superior algunos cambios de matiz respecto del sistema anterior. El art. 10. se aleja del concepto de Nación³³,

32. A las personas jurídicas se refiere la Constitución en el art 92 para decir que "cualquier persona natural o jurídica podrá solicitar de la autoridad competente la aplicación de las sanciones penales o disciplinarias derivadas de la conducta de las autoridades públicas".

Se menciona en el conferimiento de la *Personería* en el art 39 por la *Inscripción* si se trata de sindicatos o de asociaciones de trabajadores y empleados; el derecho de *Asociación*, conforme al art 38 es libre, sólo que la organización de los *Partidos y Movimientos Políticos* requieren de su reconocimiento administrativo (art 108). Y desde la mira del derecho de la *Empresa* de acuerdo al art 333 el punto se decide por la eliminación de los permisos previos y requisitos, a menos que la ley los autorice.

33. Decía la anterior: "la Nación Colombiana se reconstituye...." (Art 10). Esta característica se proyectaría en el Código Contencioso Administrativo donde se trata de la capacidad procesal de la Nación y de su representación en juicio (art 149).

para definir a Colombia como *Estado-Social* de derecho; sin embargo, al hablar de las autoridades no las refiere como estatales sino como republicanas y de sus actos responsabiliza al Estado (arts 6 y 90).

El Estado se integra de conformidad con la Constitución por las ramas del poder público y ellas por *Organos y Entes* (art 113 y 125 c.n.). Las ramas del poder público son las conocidas como legislativa, ejecutiva y judicial. De los órganos existen dos clases: los que conforman las ramas y los otros que son "autónomos e independientes", tales como los de Control (la Contraloría y el Ministerio Público³⁴), aunque no son los únicos, pues también existen entes autónomos universitarios (art 69 c.n.), el ente que concreta la intervención estatal en el espectro electromagnético (art 76 idem) el ente regulador de la televisión (art 77 id).

El elemento común de todos ellos resulta ser su creación constitucional, pero no todos los órganos adquieren capacidad jurídica, aunque tengan competencias públicas.

En cuanto a los contratos, por ahora denominémoslos públicos, el art 150 de la C.N. de 1991 contempla sendos numerales que conviene estudiar a saber: el 9o, que dispone que a través de la ley el Congreso "concede autorizaciones al Gobierno para celebrar *contratos, negociar empréstitos y enajenar bienes nacionales*", con la obligación de la rendición periódica de informes sobre estas autorizaciones.

El otro texto es el inciso final del mismo artículo según el cual "compete al Congreso expedir el *estatuto general de contratación de la administración pública y en especial de la administración nacional*".

34. La Constitución confirió ese carácter a la Contraloría General de la República cuando le otorgó autonomía administrativa y presupuestal (inc 4o del art 267). A la Procuraduría General de la Nación no se refirió en los mismos términos, pero en su estatuto básico se le otorgaron estos mismos atributos.

Pero, así mismo el art.352 de la Norma Suprema de 1991 dispone que la Ley Orgánica del Presupuesto regulará, entre otras materias, la de "la capacidad de los organismos y entidades estatales para contratar". Entonces, brotan una primera conclusión y una duda. Aquella es que la capacidad para contratar la confiere la ley, con lo cual no se aparta de nuestra tradición jurídica, y la dubitación es esta: cuál es la norma que define la capacidad contractual en el Estado ?

Nos parece que cuando la Constitución indica que un ente u órgano de su creación tiene capacidad y autonomía por previsión constitucional, en aplicación del principio de la eficacia de los mandatos del constituyente, debe seguirse que le está confiriendo capacidad contractual. De la misma forma, en las restantes materias será el Congreso, es decir la Ley, la que otorgue esa capacidad, bien sea por aplicación de las reglas de la Ley Orgánica del Presupuesto (art 352 C.P.) o de la ley de contratación estatal o pública; en previsiones de la propia Carta existen Leyes de mayor jerarquía respecto de las otras, si con detenimiento se siguen las voces del art 151 de la C.P, donde reza que "el Congreso expedirá leyes orgánicas a las cuales estará sujeto el ejercicio de la actividad legislativa", y entre estas se ubican "las normas sobre preparación, aprobación y ejecución del presupuesto de rentas y ley de apropiaciones", o Ley orgánica del Presupuesto, contemplada en los arts 352 idem³⁵.

Otra de las formas legales de habilitación para contratar es la Ley de autorizaciones del número 9 del art 150 C.P., pero obsérvese que por ella no se otorga personería al Ejecutivo, pues se la entregó el Constituyente de conformidad con su art.89, pero esa ley es un requisito constitucional para el ejercicio de la competencia respecto de esos contratos:

35. Esta es una sujeción procesal de la actividad legislativa. En tal sentido la sujeción es más del proyecto de norma, que de ella misma. Las leyes ordinarias, de facultades, generales, estatutarias, orgánicas, no son mutuamente subordinantes, aunque sujetan de diverso modo las actividades de las autoridades.

Y, finalmente por la ley sobre contratación estatal.

Es factible que exista controversia entre las disposiciones que sobre capacidad para contratar contenga Ley Orgánica del Presupuesto y las restantes leyes, la cual se resolvería bien con la aplicación prevalente de la ley orgánica, ora con la complementariedad de las normas, o por la aplicación de la norma posterior o de la ley específica.

Cada una de las afirmaciones corresponden a la respuesta que se conceda a la pregunta de la prevalencia de los textos constitucionales, contenidos en lugares diferentes: el art 150 y el art 352 C.P. ³⁶. Siguiendo el principio de la armonía de los textos de la Carta política no son excluyentes sino complementarios, luego encontraríamos fundamentos legales de la capacidad contractual en ambas normas. De ese modo las leyes orgánicas no contendrían prevalencia "sustantiva" sino subordinación procedimental para la expedición de otras.

Empero, la norma orgánica no podría ser modificada sino a través de la expedición de otra del mismo carácter y no por la ley ordinaria, con lo cual no sería criterio válido acudir a la aplicación de la ley posterior, sino en cuanto fuere de idéntica naturaleza. Y en cuanto a la especificidad tanto la Ley Orgánica del Presupuesto como la ley ordinaria de contratación son autónomas y por ello se complementan y refieren mutuamente al tema de la capacidad.

Con fundamento en el art 150 C.P., excluida la antagonía de sus textos y precisándoles como armónicos, debe observarse que el primero contiene una regla general y otra especial: Es general, en cuanto menciona los *contratos* de modo amplio al referirse a los contratos de la Nación para lo cual nos valemos de la calificación que de los bienes allí

36. Descartamos el problema de los textos constitucionales inconstitucionales, respecto del cual se ha cuestionado la doctrina española y alemana reciente.

mismo se realizó; pero es específica en cuanto a dos contratos: el de *empréstito* (adquirir bienes en mutuo podría decirse a cargo de la Nación - debería ser del Estado - para ser coherentes con el art 1o, aún bajo otras formas del mutuo)³⁷ y el de la enajenación de bienes nacionales (que no sólo es la venta, uno de los títulos por los cuales se puede transferir).

Podríamos ir mas allá, si tenemos en cuenta que el destinatario de tales *autorizaciones* es el Gobierno Nacional (art 115, Presidente y Ministro del ramo, Director de Departamento Administrativo y/o Superintendente) y apuntar que dichas autorizaciones no son amplias sino restringidas o especiales; con lo cual, tanto por su extensión como por los sujetos y el objetivo, la generalidad que se pretende se restringe y se contrapone a las pretensiones del inciso final del art 150 constitucional, que se refiere de modo especial a la contratación nacional.

Esta noción es más amplia y general, pues abarca todo el fenómeno de la contratación, tanto temporal como materialmente y no mediante autorizaciones, restrictivas y específicas, y en relación con la contratación de la administración pública.

Sin embargo, la ley 80 de 1993, contiene provisiones sobre el contrato estatal de empréstito que son generales, y de modo amplio se refiere a la venta de bienes nacionales, ya que por tratarse de una ley principal estableció para los contratos estatales los principios del derecho privado, del derecho de contrato de venta (compraventa) en el código

37. El Parágrafo 2o del art 41 sobre las operaciones de crédito público menciona como una de sus especies el *Empréstito*, las otras son la emisión, suscripción y colocación de bonos y títulos valores, los créditos de proveedores y el otorgamiento de garantías.

Menciona como *Operaciones del Manejo de la Deuda* las de refinanciación, reestructuración, reordenamiento, renegociación, conversión, sustitución, compra y venta de deuda pública, acuerdos de pago, cobertura de riesgos, capitalización con ventas de activos, titularización y las similares.

civil y mercantil y no previó reglas propias para las ventas estatales.

Sin que hallemos bases para una teoría general de las personas jurídicas en la ley 80, ella es al contrario muestra de excepciones muy puntuales, por considerar superada la discusión académica del siglo anterior, en el tema de las personas jurídicas.

Resulta indiscutible ya la clasificación tripartida de las personas jurídicas: como *Públicas, privadas y mixtas*, éstas autorizadas por las coporaciones públicas nacionales, departamentales y municipales según la participación patrimonial de bienes del tesoro público. Es el evento de la previsión del número 7o del art 150 respecto del Congreso, para que por ley, cuya iniciativa reside en el Ejecutivo, cree o autorice la constitución de "sociedades de economía mixta", que, se repite, en el orden departamental para la Asamblea previa iniciativa del Gobernador (Art 300-7) y en el orden municipal para el Concejo (art 313-6), cuyo antecedente legal data de 1968 en los decretos 1050, 3130 y 3135 de la reforma administrativa y en la reforma constitucional de 1968 (art 76)³⁸.

Las personas jurídicas Públicas de conformidad con la Constitución, punto donde no hubo salto al vacío, nos referimos a la consagración legal de 1887, ya puede decirse que la Constitución a través de criterios como los de autonomía y representación constitucional pues para nosotros tal es su origen (la locución corriente es decir *representación legal*, tanto que la Constitución de 1991 así la utiliza), resulta indiscutible la noción de persona jurídica pública para el Estado, tanto como las de los Entes Territoriales *Departamentos y Municipios*.

38. La diferencia en este estatuto es el tratamiento que se hace para los efectos del contrato estatal, frente a las sociedades de economía mixta a partir del 50 % de la participación pública.

En el nivel estatal, con apartes del art. 150, sale adelante esta tesis, aunque exista un control por activa y por pasiva del Congreso, ya por medio de autorizaciones o por la ley de contratación estatal y de la administración o de la administración nacional.

**"En cuanto a los distritos,
entes territoriales de
consagración constitucional,
para se erección esperentorio
tramitar un acto
constitucional que
lo establezca"**

En el nivel departamental la autonomía emana de la Constitución previo el acto de su creación legal como *Entes*³⁹. Dice el art 286 que "son entidades territoriales los departamentos, los distritos, los municipios y los territorios indígenas" y el art 287 dispone que los entes territoriales gozan de "autonomía para la gestión de sus intereses y dentro de los límites de la Constitución y la ley", tienen los derechos que allí mismo se listan.

Sobre la "representación del departamento" el art. 303 de la Carta dispone que el jefe de la administración seccional será el Gobernador así como su representante *legal*, es decir por mandato constitucional cumple esta tarea y compromete al departamento contractualmente.

El art 314 repetirá lo dicho para el Municipio pero atribuyendo su representación legal al alcalde, como ya se estilaba entre nosotros desde 1978.

En cuanto a los Distritos, entes territoriales de consagración constitucional, para su erección es perentorio tramitar un acto constitucional que lo establezca. Luego su creación y capacidad es formal.

Los territorios indígenas de conformidad con el art 329 se integran de acuerdo con la ley orgánica de ordenamiento territorial y su delimitación por el Gobierno Nacional, con participación de los representantes de las comunidades indígenas previo concepto de la Comisión de Ordenamiento territorial. Su gobierno cuando comprende dos o más departamentos se hará por el Consejo Indígena en coordinación

con los Gobernadores.

Este Consejo representa a los Territorios ante el Gobierno Nacional y las demás entidades a las cuales se integren.

La Constitución habló también de otras formas de organización territorial tales como las "regiones" y las "provincias", que definió en el art 306 y 321 respectivamente, y que la Ley podrá darles el carácter de *Entidades Territoriales* en los términos de la Constitución y de la ley orgánica de ordenamiento territorial. Según la Constitución no son personas jurídicas de derecho público, a menos que la ley orgánica así lo convenga.

Del mismo modo el art. 319 de la C.N. cataloga como Entidades Administrativas a las Areas Metropolitanas, que pueden convertirse en Distritos posteriormente según la ley orgánica de ordenamiento territorial. A ellas se las comprenderá entre las personas jurídicas públicas en la medida en que dicha ley orgánica les conceda obrar como personas jurídicas, es decir en cuanto les otorgue personería jurídica.

39. Sinónimo de sujeto y diferente al de los órganos. El art 297 de la C.P. al tratar el régimen departamental dispone que la creación de un departamento se haga conforme a la ley orgánica de ordenamiento territorial.

La Personería y la Capacidad para Contratar en la Ley 80

Entidades Estatales

La ley 80 de 1993 se expidió como "estatuto general de contratación de la Administración Pública", es decir, desarrolla el inciso final del art. 150 de la Constitución, y su objeto es el de "disponer las reglas y principios que rigen los contratos de las Entidades Estatales" (art. 1o Ley 80).

La exposición de motivos de la ley destacaba su universalidad estatutaria,⁴⁰ que establecía una categoría única del contrato estatal, la capacidad para contratar y la competencia pública para hacerlo⁴¹.

Cuando el Ministerio de Gobierno entregó al conocimiento público el texto y los comentarios iniciales sobre la ley, recalcó estos aspectos y sobre todo su carácter de norma principal. Resaltó que se trataba de una norma cuyas características eran las de ser un estatuto de principios, que destacó la autonomía de la voluntad como factor preponderante en la contratación y puntualizó sobre la unificación de los contratos de la administración, la universalidad del estatuto y la supresión de trámites y requisitos⁴².

De las expresiones del propio Estatuto en comentario (art.2o) surge una limitación contractual respecto de los Entes Estatales, según la cual únicamente se consideran como tales, para los efectos de la ley de contratación, los indicados en ella. Dice la regla: "para los sólo efectos de ésta ley, se denominan entidades estatales", las que se men-

40. "La ley pretende convertirse en la general y única para el ESTADO en todo el territorio nacional" De allí que a reglón seguido defina las Entidades Estatales (art 2o.). Publicada en la obra "Nuevo Estatuto General de la Contratación Administrativa", Betancur C, Jaime, Biblioteca Jurídica Dike, 1a edición, Medellín, 1993, pag 105.

41. loc cit pag 122.

42. "Nuevo regimen de Contratación Administrativa", Ministerio de Gobierno, Santafé de Bogota Octubre de 1993, págs 29-32

cionan en sus literales a) y b), muchas de las cuales para otros aspectos legales no recibirían ese tratamiento.

De la misma forma, el texto no restó esa capacidad a las que ya eran consideradas como personas jurídicas de derecho público, por ejemplo: el departamento, el municipio, el establecimiento público.

Sin duda que, como se trata de la norma de los contratos estatales, es obvio sostener que mediante la ley tienen "habilidad", o "capacidad", dirán otros para celebrar contratos estatales, aunque resulta mas apropiado decir, para no traicionar a sus autores, "competencia" para celebrar contratos estatales; tanto los órganos y los entes como algunas dependencias administrativas que antes carecían de ella.

En la lista del literal a) del numeral 1o del art 2o de la ley 80⁴³ figuran algunas que hasta ese momento no tenían dicha competencia y que la adquieren únicamente para los contratos estatales, como las regiones, las provincias y las áreas metropolitanas.

En el literal b) del mismo numeral, se otorgó competencia para contratar a organismos como el Senado y la Cámara que integran la Rama legislativa; al Consejo Superior de la Judicatura y a la Fiscalía General de la Nación⁴⁴, que hacen parte de la Rama Judicial, aunque otros órganos de ella fueron excluidos, como aconteció con la Corte Suprema de Justicia, la Corte Constitucional y el Consejo de Estado⁴⁵.

Se refiere la ley a los ministerios, a los departamentos administrativos, a las superintendencias carentes de per-

43. Por metodología, en atención a la ley 5 de 1992, no citaremos la ley como 80 de 1993, sino por su numeración, tal como reza la identificación de las normas legales según la ley estatutaria del Congreso.

44. Aunque ésta por su norma orgánica tenía personería jurídica para los efectos de la contratación.

45. Aunque integran la Rama Judicial (art 116 de la C.P).

sonería jurídica, a las unidades administrativas especiales que no tuvieran personería jurídica, que integran la Rama Ejecutiva, puesto que carecían de capacidad para celebrar contratos como la propia norma lo dice al final de este literal, y a algunos Organos de Control como las contralorías, y a la Registraduría Nacional del Estado Civil, perteneciente a la Organización electoral (art 266 c.n.), y les confiere la expresada competencia.

Con la provisión del literal b) del numeral 1o del art 2o, ha quedado deferida a la ley, como siempre lo estuvo, conferir la capacidad para celebrar contratos estatales a " los Organismos o Dependencias del Estado", con lo cual se convierte en principio amplio y es previsible su extensión futura.

Otras entidades allí citadas ya gozaban de la capacidad contractual que se les reitera, circunscrita a los efectos de la actividad contractual regulada por la ley 80, de donde resulta la limitación de su campo de aplicación si, por caso, se la compara con la contratación laboral, específicamente en los contratos con los trabajadores oficiales⁴⁶.

Sociedades de Economía Mixta

Detengámonos antes en un tema aledaño al de las Sociedades de Economía Mixta. Es el referido en el lit a) del num 2o del art 2o de la ley 80, donde habla de las asociaciones y de las fundaciones de participación mixta, aunque necesariamente difieren de las Entidades Públicas y de las Sociedades de Economía Mixta como tradicionalmente se las ha definido entre nosotros desde 1968.

46. La ley contiene también una definición del concepto de "servidor público" para la contratación estatal (art 2o), categoría que se ubica en el art 125 de la C.P, sin que se pueda extender a los empleados públicos, cuya caracterización prosigue con las normas previas a la Constitución de 1991 (los decretos de 1968 básicamente).

Nótese que las sociedades, en el tenor que miramos, llevan insita la característica de la concurrencia en su capital de la entidad del sector público y el privado, dato esencial en la noción de la sociedad de economía mixta; pero del mismo modo mírese que en las "asociaciones y fundaciones mixtas" allí tratadas no existe el ánimo de lucro propio de las sociedades.

En estas asociaciones y fundaciones mixtas los únicos servidores públicos, para los fines del contrato estatal, son "los representantes legales y los funcionarios de los niveles directivo, asesor o ejecutivo o sus equivalentes, en quienes se delegue la celebración del contrato en representación de aquellas", y sin poder extenderla a otros efectos como los del ámbito "laboral administrativos", pero esa definición servirá para extenderles el consiguiente régimen disciplinario y de responsabilidad.

Dichas asociaciones y fundaciones difieren igualmente de las sociedades mixtas contempladas en el lit a) del numeral 1o del art. 2o de la ley 80, porque éstas son sociedades de economía mixta en las que el Estado tiene participación igual o superior al 50 %, y son verdaderas empresas con ánimo de lucro y no de beneficio común como es característico en las fundaciones y en las asociaciones.

De los Consorcios y de las Uniones Temporales

El mismo estatuto reguló las instituciones del consorcio y de las uniones temporales, situación característica del contratista para los efectos de la contratación estatal.

Ya en el D.L. 222 de 1983 se hablaba del consorcio en su art. 3o al autorizar que dos o más personas pudieran presentar conjuntamente la misma propuesta.

Ahora, el consorcio se caracteriza por la posibilidad que se otorga a las personas (naturales o jurídicas) de "presentar una misma propuesta para la adjudicación, celebración y ejecución de un contrato", y se precisó con la norma la responsabilidad solidaria⁴⁷ en lo concerniente con "todas y cada una de las obligaciones derivadas de la propuesta y del contrato" (art 7o), por ello la consecuencia de la afectación a todos los miembros que la conforman, sin que por ello exista una persona jurídica⁴⁸.

En la unión temporal los presupuestos son los mismos respecto de la proposición del contrato, pero las sanciones por el incumplimiento de las obligaciones derivadas de la propuesta y del contrato se impondrán de acuerdo con la participación en la ejecución de cada uno de los miembros de la unión temporal.

Entonces, el consorcio y la unión temporal no son personas jurídicas, pero si tienen capacidad para contratar por mandato o beneficio derivado de la ley, con una precisión de su responsabilidad contractual.

De la Competencia en el Proceso de Selección Objetiva

La competencia para dirigir licitaciones o concursos y para celebrar contratos estatales, de conformidad con el artículo 11 de la ley 80, por principio y regla general se concreta en la persona del "jefe o representante de la Entidad, según el caso"⁴⁹.

47. La solidaridad es una expresión de la garantía personal, pero no es fuente de la personería jurídica del contrato de sociedad (art 2079 e.c.) ni en el derecho civil ni en el derecho comercial.

48. El Gobierno las considera "asociaciones". "Nuevo Régimen de Contratación Administrativa", pág 121.

49. De paso pueden hacerse estas distinciones:

La *Actividad contractual* abarca los periodos pre-contractuales, contractuales propiamente dichos y la etapa post-contractual; y en nuestro sentir es una expresión de la *Actividad Administrativa*, es una *Función Administrativa*. La *Selección objetiva* del contratista, comprende la licitación y los concursos de méritos. Es igualmente actividad administrativa aunque de control jurisdiccional restringido. La *Celebración* del contrato es una parte de la actividad contractual, consecuencia de la etapa de selección objetiva del contratista y es expresión de la voluntad del ente estatal para ligarse en contrato estatal.

Como no todas los Organos, Entidades y Dependencias tienen representante legal con capacidad de ejercer los atributos de la personería o de la competencia en materia contractual, como son los de obligarse extrajudicial o judicialmente (a tono con el art 633 del C.C.), porque no todos tienen personería jurídica, por ejemplo el Ministerio, aunque el ministro sin duda es el jefe del Ministerio, tenemos que en las Entidades Estatales mencionadas por el art 2o de la ley 80 será el *Jefe* o el *Representante de la Entidad* quien lleve a su cargo la regencia de la celebración del proceso de selección objetiva del contratista y quien suscribirá el contrato cuando sea de formalidades plenas, o dé la respectiva orden en los demás casos.

En verdad estamos ante Entes estatales con *Jefe* para los fines contractuales pero sin representante legal, aunque pueden tener representante.

Si el Ente Estatal tiene personería jurídica tendrá así mismo representante legal, en quien reposará la capacidad para la escogencia del contratista y para la celebración del contrato, en fin, para expresar el consentimiento estatal, como es la regla inferible del literal c) del número 3o del art 11 de la ley 80, cuando reconoce que "los representantes legales de las entidades descentralizadas en todos los órdenes y niveles", tienen competencia para celebrar contratos a nombre de la Entidad respectiva.

Esta regla se proyecta también sobre la delegación y sobre la desconcentración del proceso de selección, porque el art 25-10 de la ley dispensa al "jefe o representante de las Entidades" la posibilidad de *Delegar la Facultad para Celebrar Contratos*, en los términos del artículo 12 de la ley y con sujeción a las cuantías que señalen sus respectivas Juntas o Consejos Directivos. Y donde no existan estos, según las cuantías que fije el reglamento de la ley de contratación.

El artículo 12 del estatuto en mención a su modo expresa que "los jefes y los representantes legales de las Entidades estatales" podrán delegar total o parcialmente la com-

petencia para celebrar contratos y desconcentrar la realización de licitaciones o concursos en los servidores públicos que desempeñen cargos del nivel directivo o ejecutivo o en sus equivalentes, pero no siempre se refirió a los representantes legales pues en varios pasajes aludió a los meros representantes.

Entre el numeral 10 del art 25 y el art 12 de la ley se puede notar una diferencia textual, pues en éste se menciona al representante legal y en aquel no, diferencia que llevada al extremo impondría concluir que únicamente quien sea representante legal podría delegar y desconcentrar las facultades relacionadas con la celebración del contrato y con la escogencia objetiva del contratista respectivamente, si se atiende al tenor del artículo 12, pero, no el que hemos denominado, con invocación de la ley, como simple representante. Pero, de análoga manera, el numeral 10 del art 25 concuerda con el inciso 1o del art 11 en cuanto los dos no aluden al representante legal, sino al "representante de la Entidad".

Creemos que la eventual contradicción se zanjaría previa consideración de que quien puede delegar y desconcentrar procesos en la actividad contractual estatal, es quien tiene la facultad legal de comprometer y dirigir, es decir, quien esté llamado a dirigir el proceso de escogencia y a suscribir el contrato, que corre pareja con la noción de representación para los fines contractuales, una vez en el representante legal del Ente cuando igualmente ostenta personería jurídica y en otras el representante cuando de suyo no es persona jurídica pero si Ente estatal para los efectos del Contrato.

Es una sutileza que genera el mismo estatuto, pero que se logra salvar con textos de la propia ley como los arts 30 y 41, entre otros, como los que contemplan la responsabilidad contractual.

El numeral 2o del art 11 de la ley 80 asigna al Presidente de la República la competencia para celebrar a nombre de la Nación los contratos, pero no por ello el Presidente dirige el proceso de selección del contratista, aunque podría hacerlo como jefe supremo de la Administración (art 189 c.n.), que sin duda puede delegar y desconcentrar esta facultad según el art 211 de la C.N. y la Ley 80.

En los literales a) y b) del número 3o del art 11 de la Ley 80 se personalizó la competencia para celebrar los contratos a nombre de las Entidades allí indicadas, lo cual se acompasa con las normas de la responsabilidad subjetiva impuesta por la actividad contractual.

Por ello, la celebración del contrato se hará por el "ministro, los directores de los departamentos administrativos, los jefes de la unidades especiales, el presidente del Senado y de la Cámara de Representantes, los presidentes de la Sala Administrativa en el Consejo Superior de la Judicatura y de los Consejos Seccionales, el Fiscal General de la Nación, el Contralor, el Procurador, y el Registrador Nacional", de acuerdo con el literal a) del numeral 3o del artículo en cita.

Y lo propio en el nivel territorial, cuando se refiere a los gobernadores y a los alcaldes (que así mismo son representantes legales del departamento y del municipio, según la Constitución respectivamente), los contralores, "los representantes legales de las regiones, las provincias, las áreas metropolitanas, los territorios indígenas y de las asociaciones de municipios", según recen las normas legales de su organización y funcionamiento.

La Personería y la Solución de los Conflictos

En primer término examinaremos el punto de la solución de conflictos extrajudicialmente o mediante otros medios de solución de las controversias.

Como se anotó en las reglas del derecho común, la capacidad de las personas jurídicas les permite obrar extrajudicial y judicialmente, tal como dice el art 633 del C.Civil, lo cual lleva a indagar si los Entes Estatales que según la ley 80 de contratación estatal tienen capacidad para contratar, la tendrán para intentar la solución extrajudicial de conflictos generados por la actividad contractual.

A nuestro parecer sí la tienen, como lo admite el art 68 de la ley cuando dice que "las entidades a que se refiere el art 2o del presente estatuto y el contratista buscarán solucionar en forma ágil y directa las diferencias y discrepancias surgidas de la actividad contractual", lo cual no se entiende sino como una prolongación de la capacidad y de la competencia, que es una muestra de la personería, y más propiamente de la competencia para actuar extrajudicialmente, mediante el arreglo directo, la transacción y la conciliación, aunque para esta forma de solución de conflictos existen textos desde 1991 que la regulan y que no permiten excluirles la competencia legal para ello.

Este aserto lo avala también la norma del art. 70 ídem que les confiere atribución para pactar la cláusula compromisoria y en general para el pacto arbitral (art 71 ídem) respecto de las diferencias sucedidas por razón de la celebración del contrato, de su ejecución, su desarrollo, terminación o liquidación.

El Comparecimiento en Juicio

El tema no parece ofrecer la misma nitidez cuando de la comparecencia en juicio contencioso administrativo se trata, porque pueden verse posiciones divergentes sobre el punto.

Es indudable que la jurisdicción respecto del contrato se unificó, optando por el juez de la función administrativa, es decir por la jurisdicción contencioso administrativa, al tenor del art 75 de la ley 80; pero como quiera que el artículo 149 del C.C.A., regulador de la "representación de las personas de derecho público" ante ella, no es consonante con el esquema de los artículos de la ley 80 recientemente comentados, se presentan estas inquietudes por lo menos:

1a. La que considera que como la ley 80 en verdad es específica por su temática (contrato estatal), aunque con vocación principal, no modificó de modo expreso el art. 149 del C.C.A., y desde luego permite decir que para los efectos judiciales las competencias o habilitaciones en ella conferidas lo fueron únicamente para los fines contractuales, es decir, competencias simplemente sustanciales, que no deben entenderse extendidas a los campos del juicio o de la capacidad procesal para comparecer en sede judicial.

De nuestra parte objetamos a ello, que no tiene sentido conceder competencia a las Entidades para comprometerse contractualmente sin otorgarles facultades para exigir judicialmente sus derechos o para que resulte ser otro ente el que les responda por sus litigios.

Del art. 149 se desprende que la Nación actuará representada por el ministro, el jefe de departamento administrativo, el superintendente, el registrador del estado civil, el procurador, el contralor, según el caso; pero debe observarse que lo es respecto de los actos administrativos y los hechos, lo que excluye para esos mismos fines a los contratos.

Algunas de las dependencias estatales nombradas por el art 149, ahora tienen capacidad o competencia contractual, luego el problema subsistirá frente a entes estatales diferentes a los citados que ahora tienen competencia contractual pero que no están enunciados por ese texto del C.C.A., como las Regiones o el Consejo Superior de la Judicatura, para dar dos ejemplos.

Que también la Nación, siguiendo el texto del art 149 del C.C.A., estará representada en general por la persona de mayor jerarquía en la Entidad que expidió el acto o produjo el hecho; pero qué decir respecto del contrato estatal celebrado por esas dependencias en cuanto la ley 80 se lo autoriza?

Estimamos que la norma del art. 149 no es aplicable para la solución de la cuestión, porque el contrato estatal ni es un acto administrativo ni es un hecho de ese carácter, asuntos a los que se refiere explícitamente aquel. Ello impone concluir, entonces, que la legitimación procesal activa y pasiva deriva de la ley 80 esencialmente.

2. Emerge también aquella posición que distinguiría la acción contractual y el recurso de anulación contra el laudo arbitral, respecto de las acciones previstas en los arts 84 y 85 del C.C.A..

Sin duda los Entes Estatales no mencionados por el art 149 del C.C.A pero sí por la ley 80 para los fines del contrato estatal, son partes del contrato, del pacto arbitral y del laudo, y como tales tienen legitimación contractual y procesal, emergentes del contrato, del pacto arbitral y del laudo para accionar y para recurrir de éste en anulación, como se, lo autorizan los arts 68, 70 y 72 de la ley 80; tanto que la ostentan para interponer el recurso extraordinario de revisión ante la Corte Suprema de Justicia conforme a las reglas del arbitramento.

Lo creemos así porque las acciones contractuales definidas en el C.C.A. corresponden a las partes del contrato (art 87 C.C.A.), entre ellas las Entidades Estatales, lo cual les confiere capacidad para ser parte procesal y para accionar. Ello significa que de acuerdo con el art 45 de la ley 80 si de la nulidad absoluta del contrato se tratare, está conferido a cualquier persona alegarla, puede ser declarada de oficio, o por petición del ministerio público, o alegada por las partes (allí la Entidad estatal), e incluso en algunos eventos declararse por acto administrativo, en razón de la capacidad que se confiere al respecto por la ley ⁵⁰.

Y si de la nulidad relativa habláramos y no resultara saneada por el transcurso del tiempo - (dos años) desde la ocurrencia del hecho -, o no se hubiere ratificado, se la declarará por petición de parte, donde sin duda se encuentra la Entidad Estatal.

Con lo cual, nos parece que se salva la aparente discordancia entre el art 149 del C.C.A y la capacidad judicial de los Entes Estatales partes del contrato, respecto de las controversias contractuales ante el estrado de la jurisdicción contencioso administrativa.

3a. Finalmente será la ley la que defina si la demanda se debe dirigir contra la Nación o contra el Estado o únicamente contra la Entidad Estatal Contratante o contra los dos. Por el momento resulta aconsejable y prudente demandar a la Nación y al Ente contratante, sin que por ello renunciemos a la idea de la capacidad para demandar y ser demandado judicialmente el Ente Estatal contratante.

50. Los casos de los numerales 1o "se celebren con personas incursas en casuales de inhabilidad o incompatibilidad previstas en la Constitución y la ley"; 2o "se celebren contra expresa prohibición constitucional o legal"; y 4o "se declaren nulos los actos administrativos en que se fundamentan", del art 44 de la ley 80.