

# **Incidencia del estado regulador en los contratos estatales: especial referencia a la legislación colombiana**

## **Impact of the regulatory state in state contracts: The Colombian case**

**JORGE ELIÉCER FANDIÑO GALLO**

*Abogado, Magíster en Administración Pública, Estudios de Doctorado en Derecho Público. Magistrado del Tribunal Administrativo de Boyacá, docente de la Especialización en Derecho Administrativo de la Universidad Simón Bolívar y en el Programa de Derecho de la Universidad de Boyacá.  
e-mail: fandino68@hotmail.com*

Recibido: Diciembre 7 de 2009

Aceptado: Enero 8 de 2010

### **RESUMEN**

*El nuevo régimen jurídico de los contratos que celebra el Estado es producto de la evolución del derecho administrativo signado por cambios en los procesos políticos y económicos, lo cual ocasionó la reducción de los medios personales y materiales y del número de las funciones y cometidos del Estado, coadyuvando necesariamente a un auge considerable tanto en cantidad como en variedad de los contratos estatales, no sólo en cuanto al incremento sustancial de su número y volumen, sino también de las modalidades contractuales sumamente diversas e innovadoras, careciendo muchas de ellas de paralelo en el ámbito privado, por una parte, y de otra, por ser la principal herramienta del gasto público, característica del Estado regulador. En el presente artículo de reflexión se dilucidarán, los siguientes interrogantes; ¿cuál ha sido la importancia de los contratos en el marco del Estado regulador?, ¿cuáles son las principales características de la actividad administrativa contractual dentro de este modelo de Estado en el ordenamiento jurídico colombiano?*

**Palabras clave:** Estado gendarme, Estado intervencionista, Estado regulador. Contratos del Estado, regímenes excepcionales de contratación, Protección de los recursos públicos, control ciudadano en la actividad contractual.

### **ABSTRACT**

*The new legal regime of contracts with the state is a product of the evolution of administrative law represented by changes in political and economical processes, which resulted in the reduction of manpower and equipment, and the number of the tasks and functions. For this reason, there is a considerable rise in both quantity and variety of state contracts, not only for the substantial increase in their number and volume of contractual arrangements, but also for their modalities that are extremely diverse and innovative. Some of them are growing parallel to the private sector, on the one hand, and another, as the main tool of public spending, characteristic of a regulatory state. In the present article, there will be explained the following questions: which has been the importance of the contracts in the frame of the regulatory State?, which are the principal characteristics of the administrative contractual activity inside this model of State in the juridical Colombian classification?*

**Key words:** police state, interventionist state, regulatory state. State Contracts, exceptional arrangements for recruitment, protection of public resources. Citizen control in contracting activity

## Introducción

El marco jurídico del derecho administrativo ha estado signado por los modelos de Estado imperantes en cada momento histórico, y últimamente por fenómenos tales como la constitucionalización, la globalización, la participación ciudadana y la desestatización.

Si con el Estado de derecho surge el derecho administrativo y especialmente los contratos estatales, puede decirse que a cada modelo de Estado le ha correspondido un marco jurídico, de acuerdo con los principios estructurados a partir de cada uno de ellos.

En consecuencia, teniendo en cuenta que en el Estado gendarme la administración solo se dedicaba a los servicios de justicia, tributación y defensa, la contratación estatal era reducida. En el Estado intervencionista los contratos no afloran con intensidad debido a que el Estado empezó a prestar servicios en forma directa y, por ello, se vio en la necesidad de crear entidades especializadas para que se encargaran de los mismos. En el Estado regulador, entra en crisis el Estado Social de Derecho, debiéndose racionalizar la gestión pública, así como también la reducción del gasto público en el funcionamiento del aparato administrativo, viéndose en la necesidad de tercerizar las actividades y las funciones que otrora desarrollaban entidades y servidores públicos, multiplicándose de esta manera los contratos en forma cuantitativa (recursos públicos empleados en la contratación) y cualitativa (diferentes tipos de contratos).

Por consiguiente, los interrogantes que hay que dilucidar es cuál ha sido la importancia de los contratos en el marco del Estado regulador y cuáles son las principales características de la actividad administrativa contractual dentro de este modelo de Estado en el ordenamiento jurídico colombiano.

## 1. Consideraciones generales

La aparición del contrato administrativo se encuentra ligada, como el derecho administrativo mismo, a circunstancias de tipo histórico propias del proceso político vivido en Francia a partir de la Revolución Francesa.<sup>1</sup> Por ende, se hace necesario hacer una reseña de los modelos de Estado que se han gestado desde esa fecha hasta hoy, a pesar de no ser el tema objeto de este estudio, porque de una u otra forma han incidido en la evolución del derecho administrativo.

<sup>1</sup> Fandiño Gallo, Jorge, *Régimen jurídico del contrato estatal*, Leyer, 2008.

### 1.1. Estado gendarme

En este modelo de Estado el poder de policía estaba determinado por la prevalencia de las libertades individuales, principalmente en materia económica, con un protagonismo residual del Estado, al cual se le encargaba de velar por la garantía del conjunto mínimo de condiciones que permitieran el pleno desarrollo de esas libertades, sin inmiscuirse en su ejercicio y dejando su regulación a las fuerzas del mercado, mediante intervenciones impuestas sobre la acción libre de los particulares en aras de garantizar la disciplina exigida a la convivencia ciudadana.

El Estado se ocupa sólo esencialmente de tres funciones: la seguridad, la tributación y la justicia, las cuales eran desempeñadas por unas estructuras administrativas muy estables; solo creció considerablemente la contratación de suministros militares, debido a la situación de guerra en que se encontraban algunos países, apareciendo como lo ha señalado el profesor Santamaría Pastor<sup>2</sup> prefigurada la tríada de contratos celebrados por la Administración: los de ejecución de obras públicas y de gestión de servicios públicos, en primer lugar, y en un segundo plano por su limitación en el mundo militar, el contrato de suministro.

En este tipo de Estado la obra pública fue considerada como un servicio cuya titularidad estaba, exclusivamente, a cargo del Estado. Bajo esta ideología, por regla general, la participación de los particulares era indeseada y, de ser necesaria, limitada a través de un régimen jurídico especial que sometía al cocontratante a normas de derecho público<sup>3</sup>, especialmente en materia de selección de contratistas, en donde se le prohíbe a la Administración elegir libremente al contratista, estableciendo al respecto reglas propias, consolidándose la licitación pública como instrumento rígido y reglado, es decir, se impone un sistema restrictivo, a través de un procedimiento único<sup>4</sup>.

### 1.2. Estado intervencionista<sup>5</sup>

La crisis que desata el culto al mercado y al libre cambio obliga a replantear el papel que le corresponde cumplir

<sup>2</sup> Santamaría Pastor, J., *Principios del derecho administrativo*, V IL-Ceura, Madrid, 2000, Pág. 187.

<sup>3</sup> Muñoz Machado, Santiago, *Tratado de derecho administrativo y derecho público general*, T 1, Madrid, Thompson Civitas, 2004, Págs. 1203-1204.

<sup>4</sup> Dromi, José Roberto, *Licitación Pública*, Buenos Aires, Astrea, 1977, Pág. 86 y ss.,

<sup>5</sup> Las razones que determinaron este modelo fueron las siguientes: La revolución soviética, la gran depresión de 1929, el pensamiento económico de Keynes, la Teoría del servicio público elaborada por el Consejo de Estado Francés, la Escuela Solidarista (La propiedad privada tiene una función social- Teoría de León Diguít), y la segunda guerra mundial (sustitución e importaciones).

al Estado, que pasa de convertirse en un mero espectador pasivo en protagonista activo de la sociedad, en atención a que se le asigna la función de satisfacer las necesidades básicas que demandaban constantemente los grupos excluidos y la sociedad en general, teniendo en cuenta la falta de interés de los inversionistas particulares, por su falta de rentabilidad o requerir cuantiosísimas sumas de dinero para montar la infraestructura requerida para la prestación del servicio.

Este modelo de Estado ocasionó el incremento significativo de la estructura estatal y la prestación de los servicios públicos en forma monopólica, lo cual supuso la creciente necesidad de proveerse de una importante masa de bienes y servicios destinados a su propio consumo: Inicialmente, se trataba de bienes de índole física y de consumo regular, masivo y continuo (por ejemplo, papelería, equipos de oficina) y, posteriormente, se vio en la necesidad de recabar colaboradores de orden personal para realizar trabajos de carácter excepcional o esporádico, que no justifican la dedicación o nombramiento de servidores públicos.

De esta manera surge la cualificación del Estado de derecho como Estado Social de Derecho<sup>6</sup>, en el cual se establecen dos presupuestos: sujeción de las autoridades que detentan el poder al principio de legalidad y adicionalmente, que orienten su actividad en una línea de igualación progresiva de todos los sectores sociales y el mejoramiento de sus condiciones de vida<sup>7</sup>.

Con las crisis del Servicio Público, se demostró que los recursos públicos eran insuficientes para atender las obras de infraestructuras requeridas, razón por la cual, se acepta la vinculación de capitales privados en la construcción de grandes obras, surgiendo así una nueva clase de contrato, diferente del contrato de obra, en el que se le encomienda a un particular un trabajo público, a su riesgo y ventura<sup>8</sup>, resarciendo esa inversión por medio de la explotación económica de la construcción encargada, una vez la obra fuere finalizada, denominado contrato de concesión. Inicialmente tuvo como objeto la construcción de ferrocarriles, canales artificiales de navegación y vías públicas<sup>9</sup> Posteriormente, se extendió a otros servicios

públicos como el telégrafo y el gas. Así mismo, se reitera el sistema restrictivo de selección de contratistas, pero desestimando la licitación pública, generando a su vez nuevos procedimientos de selección como la licitación privada y la contratación directa<sup>10</sup>.

En Colombia en 1936, se realizó una reforma constitucional mediante la cual se sentaron las bases del Estado social de derecho, pero ello afectó principalmente la parte dogmática de la Constitución, por lo que no tuvo particular repercusión en la estructura orgánica del Estado; ésta se inicia en 1945 con la creación de los departamentos administrativos y establecimientos públicos con el ánimo de sustraer de la esfera política de los ministerios la gestión de los servicios públicos; se reforzó, además, el poder de intervención del Estado en la economía; consolidándose definitivamente con la reforma constitucional de 1968, al atribuir la dirección general de la economía al Estado, de tal manera, que éste tendrá dentro de sus responsabilidades aquélla de racionalizar y planificar el gasto para el logro de un desarrollo integral. Para tal efecto el Estado asumirá de manera directa, aunque no exclusiva, la producción, la distribución, el uso y el consumo de algunos bienes y servicios, a través de empresas industriales y comerciales del Estado y sociedades de economía mixta, aumentándose de esta manera el número de entidades descentralizadas.

En el año de 1964, época de la expedición del Decreto 528<sup>11</sup>, se le asignó al juez administrativo la competencia para conocer de los contratos estatales, ya que de ellos antes conocía el juez ordinario, de ahí que no hubo mucha preocupación por elaborar una teoría sobre los contratos del Estado, en razón a que la Administración actuaba en ese campo, en la misma forma que los particulares, pues allí estaban las normas del derecho privado para determinar el aspecto sustantivo de los contratos de la Administración y la solución de los conflictos que de ellos surgían. Sin embargo, la influencia del derecho francés y la fuerza de las nuevas tendencias sociales y políticas que poco a poco se fueron afianzando en nuestro país, lograron por fin, a partir de esta fecha, quebrar un tanto el vigor hasta entonces incontrastable de los viejos postulados liberales sobre la soberanía de las partes y la autonomía de la voluntad.

<sup>6</sup> La expresión Estado social, como elaboración doctrinal, es de origen alemán, pasando finalmente a la Ley fundamental de Bonn. En Alzaga Villamil, O, *Derecho político español*, según la Constitución de 1978, T 1, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1997, pág., 212.

<sup>7</sup> Santamaría Pastor, J., op.cit, Pág. 108.

<sup>8</sup> Hoy día en los contratos de concesión de obra pública no se permite que el contratista asuma riesgos indeterminados o inciertos, dada la obligatoriedad de ciertos privilegios y garantías otorgadas por la ley y que son de orden público, que salen de la esfera de la autonomía de la voluntad.

<sup>9</sup> Vale la pena recordar, que durante esa época, la concesión del Canal del Danubio fue otorgada a una sociedad por acciones a través de la Ley de

Baviera del 1° de julio de 1834, y la concesión de ferrocarriles de entre Nuremberg y Furth. En MAYER, Otto. *Derecho Administrativo Alemán*, T IV parte especial, Acayú, Buenos Aires, 1954, Págs. 149 y ss.

<sup>10</sup> DROMI, José Roberto, op.cit, Págs. 86 y ss.

<sup>11</sup> Vale la pena recordar que hasta el año de 1975, época de la expedición del Decreto 1670, no había sido expedido aun el primer estatuto de contratación, debido a que el tema había sido dejado en gran parte al criterio jurisprudencial y en forma parcial la ley se ocupaba de dicho tema, como el Código Fiscal Nacional, los Decretos 1050 de 1955 y 2832 de 1966, sobre los contratos de empréstitos y, la leyes 4ª de 1964 y 36 de 1966, sobre los contratos de obra pública.

Debido al crecimiento del aparato administrativo por la intervención del Estado fuertemente en el campo económico y social, se sobrepasó de esta manera con creces los recursos del erario disponibles, razón por la cual, el Estado entra en crisis y se plantea la conveniencia de reconsiderar su papel, según el profesor Garrido Falla,<sup>12</sup> se desplaza a los particulares de la prestación de tales servicios, por ser prestado directamente por el Estado o sus entes descentralizados.

### 1.3. Estado regulador

Debido al riesgo de la sostenibilidad de los recursos del erario público por el excesivo endeudamiento para atender la creciente demanda de servicios reclamados por los ciudadanos y la presión del mercado para obtener su liberalización, conllevaron la reducción del gasto público, conduciendo a unas reformas al Estado, las cuales, en palabras del profesor alemán Schmidt-Assmann,<sup>13</sup> se proyecta sobre la administración en tres formas básicamente:

- Reducción de los medios personales, económicos y materiales disponibles y, paralelamente, la exigencia de productividad, economía y celeridad.
- El replanteamiento crítico del número y características de las funciones y cometidos de la Administración.
- El cuestionamiento del concepto básico de la dirección de la sociedad, que hasta ahora se reconocía sin problemas a favor del Estado y de la Administración, por entender que las técnicas administrativas clásicas son insuficientes, y emergen otras técnicas de carácter informal o de colaboración mediante convenio o contrato.

El desprendimiento de la prestación de algunos servicios públicos que tenía a su cargo en forma monopolística, así como el adelgazamiento de la nómina estatal, ocasionó:

En primer lugar, que con la entrega a los particulares de la gestión del servicio o actividad pública y la desmonopolización, la Administración debió recurrir en forma constante al contrato de suministro de servicios, como el de aseo, vigilancia, mantenimiento de vehículos, en atención a que resultaba mucho más económico contratar con personas jurídicas la prestación externa de tales servicios que realizarlos directamente con su propio personal, consolidándose este tipo de contratos; al contrato de prestación de servicios profesionales de naturaleza contable, jurí-

dica, financiera, etc.; al contrato de consultaría, para las actividades relacionadas con los estudios y proyectos de inversión de prefactibilidad y de factibilidad y, vigilancia sobre la ejecución de los contratos, especialmente el de obra pública, con igual argumento al señalado anteriormente, y, el contrato de concesión<sup>14</sup> para la prestación de servicios públicos<sup>15</sup> la construcción de una obra pública<sup>16</sup>, o la explotación de un bien estatal<sup>17</sup>, debido al exiguo presupuesto del Estado para realizar estas inversiones cuantísimas, tal es el caso de las concesiones viales, portuarias, los parques naturales, etc.

Así las cosas, los contratos de concesión de obras y de servicios públicos se constituyeron en instrumentos de participación de la actividad particular en la prestación de contenidos públicos, como categoría de los contratos que incidieron en la transformación del rol de Estado, debido a que no podía financiar con el presupuestos oficial la construcción de todas las obras públicas, o la realización de las inversiones necesarias para la prestación de los servicios públicos a cargo de las empresas públicas.

De esta manera, *“el Estado cambió su rol, transfiriendo la responsabilidad directa de la prestación, pero reteniendo la regulación y el control de las variables de cumplimiento del contrato. En las mismas incidían elementos políticos, económicos, jurídi-*

<sup>14</sup> La Ley 80 de 1993 en el artículo 32 numeral 4 señala que *“son contratos de concesión lo que celebren las entidades estatales con el objeto de otorgarle a una persona llamada concesionaria la prestación, operación, explotación, organización o gestión, total o parcial, de una obra o bien destinado al servicio o uso público, así como todas aquellas actividades necesarias para la adecuada prestación o funcionamiento de la obra o servicio por cuenta y riesgo del concesionario y bajo la vigilancia y control de la entidad concedente, a cambio de una remuneración que puede consistir en derechos, tarifas, valorización, o en la participación que se le otorgue en la explotación del bien, o en suma periódica, única porcentual y, en general, en cualquier otra modalidad de contra prestación que las partes acuerden”*.

<sup>15</sup> En la concesión de servicios públicos el objeto del contrato es el otorgamiento de derechos para ejercer una actividad de interés general, (frecuentemente en manos del Estado) cuyo contenido económico la haga susceptible de explotación por empresarios particulares, y que no impliquen el ejercicio de la autoridad inherente a los poderes públicos. En Parada, R. *Derecho administrativo* II, Marcial Pons, Madrid, 2004, Pág. 340.

<sup>16</sup> El contrato de concesión de obra pública, *“es un modo de ejecución de la obra pública por el que la Administración contrata a una empresa para la realización del trabajo, y no paga luego un precio por ella, sino que la remunera otorgándoles la explotación de la nueva obra construida, durante un plazo determinado”*. En DROMI, Roberto, *Derecho Administrativo*, Ciudad Argentina, Buenos Aires, 2004, Pág. 625.

<sup>17</sup> En el contrato de concesión de obras públicas, la administración pública concedente otorga a un concesionario, durante un plazo, la construcción o explotación, o solamente la explotación, de obras públicas o en, general de aquellas que, siendo susceptibles de explotación, sean necesarias para la prestación de servicios públicos de naturaleza económica o para el desarrollo de actividades o servicios económicos de interés general, reconociendo al concesionario el derecho a percibir una retribución consistente en la explotación del bien consumido, el cual puede ser acompañado de un precio.

<sup>12</sup> Citado por Bercaitz, Miguel, *Teoría general de los contratos administrativos*. Depalma, Buenos Aires, 1980, Pág. 632.

<sup>13</sup> Citado por Parejo Alfonso, L., *Lecciones de derecho administrativo*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2007, Pág. 36.



cos y sociales, y el Estado debe estar presente, regulando, controlando, asegurando y garantizando los derechos y obligaciones de los protagonistas del servicio: prestadores y usuarios.”<sup>18</sup> Ello explica la inclusión del Capítulo V de la Constitución Política, denominado “De la finalidad social del Estado y de los servicios públicos”.

En segundo lugar, algunos establecimientos públicos se transformaron en empresas industriales y comerciales o sociedades de economía mixta, por desarrollar actividades típicamente catalogadas en la ley como comerciales, por justificación técnica y de especialidad deben sujetarse a reglas de derecho privado, por un lado, y de otro, se privatizan numerosas empresas públicas, entre las que se encuentran las que tienen por objeto la prestación de servicios públicos domiciliarios<sup>19</sup> de: acueducto, alcantarillado, aseo, electricidad, gas combustible, telecomunicaciones y alumbrado público, circunstancias para la edificación del nuevo modelo de Estado.

Aparece así esta forma de Estado, porque se abandona el rol tradicional de empresario prestador de los servicios públicos y se delega esa función a otros sujetos de derecho: empresas privadas que asumen la gestión de los servicios, pero asumiendo un papel de control, entendido como potestad reguladora y de controlador de la gestión desarrollada con miras a la realización del bien común<sup>20</sup>.

## 2. Características de los contratos en el Estado Regulador

En el Estado Regulador existe un retorno al protagonismo del mercado que conduce a un proceso de desestatización a su favor, principalmente de orden empresarial, mediante instrumentos concurrentes de liberalización<sup>21</sup> y privatización<sup>22</sup>, condicionados al cumplimiento de los fines estatales y a la continua y eficiente prestación de los servicios

públicos frente a los cuales la ciudadanía no está dispuesta a renunciar<sup>23</sup>, generándose un proceso de contractualización, en el que si bien no hay un desprendimiento de la prestación y tampoco de la titularidad, el servicio deja de hacerse mediante personal vinculado laboralmente al Estado y pasa a ser desarrollado por terceros.

En este orden de ideas, el régimen jurídico aplicable a los contratos tiene que resolver las tensiones que se presentan entre los intereses del mercado, propio del nuevo rol y tareas que asumen los contratistas y, la ciudadanía como protagonista en el Estado Social, decisión lógica desde esta perspectiva, inspirada en las actividades del sector público, tendiente a facilitar, a hacer más eficientes, competitivos y ágiles todos los procesos y actuaciones contractuales.

Los contratos estatales han tenido un auge considerable tanto en cantidad<sup>24</sup> como en variedad, no sólo se ha incrementado sustancialmente el número y volumen, también las modalidades contractuales que se emplean son sumamente diversas e innovadoras, careciendo muchas de ellas de paralelo en el ámbito privado<sup>25</sup>, por una parte, y de otra, se han convertido en la principal herramienta del gasto público.

Entonces, puede afirmarse, que por el crecimiento y la diversificación de la actividad administrativa contractual, el tratamiento normativo presenta en nuestro derecho<sup>26</sup> las siguientes características:

<sup>18</sup> DROMi, Roberto, op. cit, Pág. 472.

<sup>19</sup> La Constitución Política en el artículo 365 prevé que los servicios públicos sean prestados “por el Estado, directa o indirectamente, por comunidades organizadas o por particulares”. Mediante la ley 142 de 1994, el legislador desarrolló este precepto constitucional, en el que se estableció el régimen de los servicios públicos domiciliarios, estructuró su prestación y se organizó en cabeza del Estado el cumplimiento de las funciones de regulación, vigilancia y control de dichos servicios.

<sup>20</sup> COCUELLE, Carina. Control y entes reguladores, en *Contratos administrativos*, Farrando Ismael, Director, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2002, Pág. 531.

<sup>21</sup> La liberalización se presenta mediante la desmonopolización de actividades que antes gozaban para el Estado el privilegio de lo público. Así se permite la prestación concurrente de éstos con los particulares.

<sup>22</sup> La privatización es el traslado de la propiedad de los activos públicos a los particulares reservándose el Estado la potestad de imponer cargas del servicio público a los nuevos operadores de los servicios.

<sup>23</sup> “A comienzos de la década de los 80 los organismos mundiales anticipan el nuevo realismo que lleva a los gobiernos a reconsiderar su papel en el proceso económico y social, esto es un cambio de orientación de tales organismos.

Luego, la crisis económica se transforma en crisis política en muchos sistemas, con el súbito y sorpresivo fin del comunismo en los gobiernos soviéticos y europeos del Este y el triunfo del libre mercado, con privatizaciones sustanciales en Europa, desregulaciones generalizadas por doquier, crisis completa del modelo burocrático, universalizada percepción del fracaso de todas las formas de empresa pública en el mundo, propiedad pública de los medios de producción visualizada no como un instrumento de liberación sino de alienación.

Ya la desregulación, desburocratización, desmonopolización, privatización, no son solamente banderas inglesas o norteamericanas, son europeas del Oeste y del Este y también del Asia”. En Gordillo Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo I, Fundación derecho administrativo, Buenos Aires, 1997, Pág. 41.

<sup>24</sup> El gasto que se ejecuta mediante contratación en el Estado Colombiano tiene una representación en el PIB del 16% y es comparable a las actividades económicas más importantes de la economía colombiana: agricultura, caza y silvicultura; y la industria manufacturera, de conformidad con los datos señalados en el Documentos Conpes 3186 una política para la eficiencia y la transparencia en la contratación pública del 31 de julio de 2002.

<sup>25</sup> Santamaría Pastor, Juan M, Principios de derecho administrativo, VII, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2009, Pág. 186.

<sup>26</sup> Las normas sobre las cuales se hará el análisis de las características de los contratos en el Estado regulador están contenidas en las leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007, así como en el Decreto Reglamentario 2474 de 2008.

## 2.1. Utilización de reglas propias del derecho privado.

En Colombia la influencia del derecho privado en los contratos estatales se desprende sin duda, de los procesos de reforma política y económica que se comenzaron a vivir al final de la década de los 80 y que implicaron reconsiderar el régimen contractual, cambios que empezaron a ser impulsados a partir de la política neoliberal, que asumida en el principio de la libre competencia el Estado, al igual que los particulares, es un sujeto más, en condiciones de igualdad, sin perder de vista la preponderancia del derecho público, lo cual recogió la Ley 80 de 1993 en desarrollo de la Constitución Política de 1991 que trató de situar a Colombia en un lugar preponderante en la acepción moderna de servicios públicos, dentro de contexto empresarial imbuido, de libre competencia y de competitividad.

La utilización de las reglas del derecho privado tiene como propósito garantizar la libre economía y la apertura globalizadora, al igual que la libre empresa " *es perfectamente comprensible, por cuanto las grandes tareas y responsabilidades que el Estado, en materia social y económica está llamado a cumplir, los desafíos del desarrollo tecnológico y comercial, las políticas económicas de globalización, exigen del Estado una respuesta ágil, oportuna y ética, que no podrá producirse convenientemente dentro de los procedimientos del derecho público, por lo cual se ve precisado a acudir a instituciones de derecho privado que le permitan cumplir tales propósitos.*" <sup>27</sup>

Así las cosas, en los contratos del Estado sobrevino un régimen mixto que se deduce de los artículos 13, 28, 32, 40 de la ley de contratación administrativa, porque los principios relativos a la autonomía de la voluntad<sup>28</sup>, buena fe, igualdad, equilibrio entre prestaciones y derechos que caracterizan a los contratos en el derecho privado son de aplicación en tales contratos. Al respecto el profesor Eduardo García de Enterría, señala: "el Régimen jurídico de los contratos administrativos no es, por tanto, unitario y puro, sino variable y mixto, apareciendo siempre mezclados en distintas porciones el Derecho Administrativo y el Derecho Privado",<sup>29</sup> solo en lo que respecta a los elementos de la esencia y naturaleza de los contratos, por cuanto las normas relacionadas con la preparación y adjudicación del contrato son cuestiones reguladas por el derecho público. En unos casos dispuestos por la ley, y en otros, por los

reglamentos internos de contratación proferidos por los entes estatales con competencia para ello.

## 2.2. Simplificación procedimental de las modalidades de selección y establecimiento de factores objetivos de evaluación de la oferta

Una de las cuestiones más importantes en el régimen de la contratación estatal es sin duda la formación de la voluntad y, especialmente, la selección misma del contratista, existiendo tradicionalmente dos sistemas: el de la libre elección y el restrictivo<sup>30</sup>.

En el sistema de libre elección, la administración tendrá amplia libertad para escoger al co-contratante; mientras que en los restrictivos la administración deberá seguir unos procedimientos reglados para efectos de seleccionar a la persona con quien habrá de celebrar el contrato.

En nuestro derecho se adoptó desde hace mucho tiempo el sistema restrictivo para la selección del co-contratante de la administración. Así en los primeros estatutos de contratación estatal, tales como en los Decretos Leyes 150 de 1976 y 222 de 1983 se utilizaron los procedimientos de licitación pública, licitación privada, contratación directa y el concurso de méritos, siendo la licitación pública la regla general y los demás procedimientos sólo eran aplicables en la medida que se configurara la excepción a la regla legal taxativa.

Frente a esta situación, la Ley 80 de 1993, bajo el argumento de simplificar los procedimientos de la contratación, resolvió limitarlos a la licitación pública y la contratación directa, conservando el primero como el procedimiento general aplicable en todos los casos y dejando como procedimiento excepcional a la contratación directa.

A pesar que los sistemas de selección son restringidos, pero para permitir la escogencia del contratista lo más expedita posible, sin tener que acudir a reglas anacrónicas, que resultan complejas, se incorporan procedimientos más sencillos, con el mismo fin de garantizar transparencia, agilidad y eficiencia, lo cual no solo reducirá los costos de transacción que encarecen la contratación pública, sino que además tendrá como fruto la eliminación de espacios que puedan ser utilizados desde la venalidad para usufructuar el patrimonio público<sup>31</sup>.

<sup>27</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, auto del 20 de agosto de 1998, exp. 1042, C.P.: Juan De Dios Montes.

<sup>28</sup> El principio de la autonomía de la voluntad en la contratación estatal tiene límites determinados los cuales, a su vez, encuentran su fundamento en la necesidad del Estado de proteger intereses determinados relacionados con el cumplimiento de los fines sociales que le son propios al Estado Social de Derecho.

<sup>29</sup> García De Enterría, E., *Curso de derecho administrativo*, Civitas, Madrid, 2006, Pág. 709.

<sup>30</sup> MARIENHOFF, Miguel, *Tratado de derecho administrativo*, T iii-A, *Contratos administrativos. Teoría general*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1998, núm. 627.

<sup>31</sup> Exposición de motivos del Proyecto de Ley 20/2005, Senado, En Gaceta del Congreso, No. 458 del 1 de agosto de 2005.

De esta manera la Ley 1150 de 2007 en cuanto a los procedimientos de selección, introduce una nueva modalidad, la abreviada, mucho más simple, que permite aprovechar las condiciones del mercado para satisfacer las necesidades sociales y de la administración con menor costo y control del gasto público, admitiendo dentro de ella algunos procedimientos selectivos especiales<sup>32</sup>, así mismo incorpora la licitación por conformación dinámica de la oferta<sup>33</sup>; implementa el concurso de méritos, con un procedimiento autónomo, creando al respecto los sistemas abiertos y cerrados, para la selección de consultores o proyectos y, reduce la contratación directa, a su mínima expresión, en razón a que varias causales que daban lugar a este tipo de procedimiento, pasaron a ser objeto de la modalidad de selección abreviada.

Con el fin de garantizar en los procesos de selección la transparencia, el legislador establece para la evaluación de las ofertas aspectos únicamente objetivos para calificar la oferta y no al oferente, por ende, se excluyen los factores de mera verificación de cumplimiento o requisitos habilitantes (capacidad jurídica, organización, experiencia y capacidad financiera), en razón de que si el proponente alcanza el mínimo de condiciones que establece el pliego de condiciones no deben continuar influyendo en la evaluación de la propuesta propiamente dicha .

Al respecto, se introducen reglas generales aplicables en la determinación de la selección objetiva y, de forma particular, en el establecimiento del ofrecimiento más favorable a los intereses de la administración y se prevén dos mecanismos<sup>34</sup>:

El primero, en los pliegos de condiciones se señalan los factores técnicos<sup>35</sup> y económicos que permiten hacer una

comparación entre las ofertas y la manera en que se otorgaran puntajes a cada uno de dichos factores.

El segundo, es un mecanismo novedoso, que consiste en determinar cuál de las ofertas presentadas contiene la mejor relación costo beneficio para la administración. En este instrumento de calificación de las ofertas, la entidad estatal, al elaborar el pliego de condiciones, debe señalar los siguientes aspectos: Condiciones técnicas mínimas, condiciones económicas mínimas, condiciones técnicas adicionales, condiciones económicas adicionales y el equivalente en valores monetarios de cada una de las condiciones anteriores<sup>36</sup>.

Además de las reglas generales, en cierto tipo de contratos la selección objetiva se basa en factores diferentes y particulares, tales como: en la contratación de bienes y servicios de características técnicas uniformes y de común utilización, y consultoría, respecto de los cuales el precio y la experiencia constituyen los únicos criterios de evaluación

### 2.3. Instauración de regímenes excepcionales de contratación para ciertas entidades y actividades estatales.

Es de resaltar que los propósitos que llevaron al legislador a uniformar el régimen de contratación aplicable a todos los entes estatales, fue la unificación de criterios y hacer más eficiente la administración en cuanto a la contratación con recursos del erario público, sin desconocer las diferentes entidades y actividades especiales y los principios rectores de la contratación de estirpe constitucional, precisando que sus negocios se sujeten a un régimen jurídico distinto del establecido para la generalidad de las entidades integrantes del aparato administrativo.

Por lo anterior, el estatuto de contratación reconoce e incorpora regímenes provenientes de otras áreas diferentes del derecho público, como son el derecho civil y comercial basado en las tareas y responsabilidades que el Estado moderno debe cumplir, que exigen una respuesta ágil oportuna y eficaz que no podría producirse dentro de los alcances del derecho público, por lo cual se ve precisado aplicar instituciones del derecho privado que le permitan cumplir tales propósitos, pese a ser entidades públicas, y en muchos casos cumplen funciones públicas y prestan servicios públicos<sup>37</sup>. Claro está que no la desvincula to-

<sup>32</sup> El procedimiento de selección abreviada como mecanismo que tiende a garantizar mayor eficiencia, incorporó conceptos de selección objetiva fundados en consideraciones esencialmente de precio, acompañadas de procedimientos de subasta inversa, determinados a partir de la causal relativa a bienes y servicios de características técnicas uniformes y de común utilización, compras por acuerdos marco y bolsas de productos, con lo cual tiende a reducirse el tiempo del proceso contractual y valor de adquisición de dichos productos.

<sup>33</sup> Se puede decir que la ley 1150 recogió la licitación por conformación dinámica de la oferta (especial), incorporada en nuestra legislación por el Decreto 2170 de 2002, en la cual se busca obtener los mejores precios del mercado, en la que los proponentes presentan un proyecto de oferta inicial, que podrá ser mejorado mediante la realización de posturas sucesivas en un ambiente público y concurrencial, sobre los aspectos de la oferta que incluyan variables dinámicas.

<sup>34</sup> El artículo 12 del Decreto 2474 de 2008.

<sup>35</sup> Dentro de los factores técnicos encontramos la posibilidad de utilizar criterios como el cumplimiento de contratos anteriores, la calidad de los materiales que se emplearán en la construcción de la obra, los procedimientos constructivos aplicables; las características funcionales, el plazo de ejecución o de entrega en la prestación, las ca-

acterísticas medioambientales. Una vez establecidos estos factores, en el pliego de condiciones deberán señalarse los puntajes que se otorgarán por su acreditación y por la extensión de su acreditación.

<sup>36</sup> El Consejo de Estado, Sección Tercera, en providencia del 27 de mayo de 2009, suspendió en forma provisional todo lo concerniente al sistema de evaluación por la mejor relación de costo beneficio que consagraba el literal b) del numeral 3º del artículo 12 del Decreto 2474 de 2008.

<sup>37</sup> Tales son entre otros casos, los de los servicios públicos domiciliarios contenidos en las leyes 142 y 143 de 1994; el de las universidades

talmente del estatuto de contratación estatal por razones de interés general, con fundamento en el preámbulo y en los artículos 2, 123 inciso 2, 209 y 267 constitucionales, tal como lo establece el artículo 13 de la ley de reforma.

Sin embargo para la jurisprudencia<sup>38</sup>, la aplicación del régimen jurídico proveniente del derecho privado a un contrato celebrado por una entidad estatal, no tiene la virtualidad de modificar la naturaleza pública del contrato, puesto que esta se define desde el punto de vista orgánico (entidad contratante) o funcional (materialidad del negocio jurídico bilateral).

#### 2.4. Flexibilización de las normas de contratación

Desde la exposición de motivos del proyecto de ley, el Gobierno calificó a la legislación contenida en el Decreto Ley 222 de 1983 de camisa de fuerza opuesta a las necesidades tanto del sector público como del privado, pues correspondía a una regulación reglamentaria que impedía una flexibilización necesaria que debía estar presente en la contratación<sup>39</sup>, debido a que la década de los noventa, caracterizada por una etapa económica en la que se procura fomentar la iniciativa privada y la libre concurrencia del mercado, se hacía necesario flexibilizar las normas de contratación, y para tal efecto cimentar la relación contractual en un contexto de mayor libertad, de manera que en la Ley 80 de 1993 se dispone:

i) El reemplazo de potestades normativas y de autorización<sup>40</sup>, por normas más flexibles y de autocomposición, tales como el no sometimiento del acto de adjudicación y el contrato a trámites de aprobación o revisión posterior; las etapas de perfeccionamiento y ejecución, dependen de la administración y del contratista; incorporación de reglas relativas de la autonomía de la voluntad para diseñar las disposiciones del contrato, y faculta a las partes de la relación contractual a sustraer del conocimiento de la jurisdicción contencioso administrativo los conflictos que,

---

públicas en la ley 30 de 1992; el de las Empresas Sociales del Estado dispuesto en la ley 100 de 1994; el de las Empresas Industriales y Comerciales del Estado y Sociedades de Economía Mixta, en el evento que compitan con el sector privado o el internacional o concurren a mercados regulados o monopolios, caso en el cual se regirán por las disposiciones aplicables a sus actividades económicas y comerciales, según el artículo 14 de la ley 1150 de 2007.

<sup>38</sup> Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 23 de septiembre de 1997, ponencia del Magistrado Carlos Betancur Jaramillo.

<sup>39</sup> BETANCUR CUARTAS, j., *Nuevo estatuto de la contratación administrativa*, Dike, Medellín, 1995, Pág. 101.

<sup>40</sup> La Ley 80 de 1993 suprimió la totalidad de los requisitos de perfeccionamiento existentes, tales como la autorización de Consejo de Ministros, la revisión del Consejo de Estado de los Tribunales Administrativos o la aprobación del ministro del ramo en el caso de las entidades descentralizadas por servicios del orden nacional.

en virtud de la actividad contractual, llegaren a surgir, al establecer los mecanismos de solución de conflictos, tales como el arbitramento, la conciliación y la transacción.

ii) La autonomía de la voluntad. La Ley 80 hace alusión a la autonomía de la voluntad en los artículos 32 y 40. El primero, explica que la noción de contrato estatal comprende no solamente los tipos contractuales previstos por el derecho privado y por las leyes especiales, sino también todos los acuerdos derivados de la autonomía de la voluntad. Por su parte, al artículo 40, sobre el contenido del contrato, reconoce una amplia libertad a las partes para celebrar los contratos y acuerdos que permitan la autonomía de la voluntad y requieran el cumplimiento de los fines estatales. De estas disposiciones se infiere que las partes gozan de plena autonomía para establecer las reglas en los contratos estatales, pero siempre que no sean contrarios a la Constitución, la ley, el orden público y a los principios y finalidades de esta ley y a los de la buena administración.

ii) El establecimiento de una serie de principios, que lo convierten en un estatuto marco<sup>41</sup> que señala los límites dentro los cuales los entes estatales desarrollen su actividad contractual en un contexto de mayor amplitud, con la finalidad de adaptarse mejor a las exigencias de la administración y, los contratistas tendrán por su lado, la seguridad jurídica brindada por un sistema más igualitario, al respecto precisó la Corte Constitucional, *“Los principios de la contratación estatal que el legislador enuncia, precisados de manera concreta y regulados en el artículo 23 y siguientes de la ley 80 de 1993, nos recuerda que a manera de preámbulo..., no son simples definiciones legales, sino normas de contenido específico, de obligatorio acatamiento en toda la contratación estatal, sea cual fuese la modalidad en que ésta se realice”*<sup>42</sup>

#### 2.5 Protección de los recursos públicos

Las últimas reformas realizadas a la contratación estatal orientan a los entes estatales hacia el fortalecimiento de los procesos de planeación, al exigir la elaboración de los estudios previos en los procesos de selección de contratistas, y dentro éstos estimar anticipadamente las contingencias que puedan generarse durante la ejecución del contrato, pretendiendo con estas medidas de una u otra manera la protección de los recursos públicos empleados en los contratos estatal.

---

<sup>41</sup> Los estatutos de contratación anteriores constituían un catálogo de requisitos y formalidades de la actividad contractual.

<sup>42</sup> Sentencia C- 508 de 13 de julio de 2002.



Los estudios previos, a la luz del principio de planeación no constituyen otra cosa que la sustitución material de todas y cada una de las decisiones trascendentales que justifican, sustentan y razonan no solo los pliegos de condiciones, sino fundamentalmente el contrato mismo que la administración pretende celebrar con miras a satisfacer las necesidades de la comunidad.

Los aspectos que orientan a las entidades estatales en la elaboración de los estudios previos, contenidos en el artículo 3° del Decreto Reglamentario 2474 de 2008 son los siguientes:

i) Descripción de la necesidad que la entidad pretende satisfacer con la contratación. La descripción de la necesidad debe corresponder o ser el resultado de los procesos internos de planeación de la entidad de donde se identifique plenamente las necesidades públicas que puedan ser objeto de atención y de respuestas a la administración por la técnica contractual. En efecto, lo que obliga a la administración a describir la necesidad que se pretende satisfacer con el contrato.

ii) Descripción del objeto por contratar, con sus especificaciones esenciales, y la identificación del contrato a celebrar, es decir, que se aspira a que la administración posea la información y conozca cada uno de los aspectos y la problemática del objeto por contratar en forma tan precisa como si ella misma lo fuera a desarrollar.

iii) Fundamentos jurídicos que soportan la modalidad de selección. Corresponde a una exigencia vinculada con el deber de sustentar jurídicamente toda decisión de la administración que soporte la modalidad empleada para seleccionar al contratista, sobre todo en los eventos que pueden conllevar algún tipo de problema dada la falta de claridad normativa.

iv) Análisis técnico y económico que soporta el valor estimado del contrato. Con este requisito se pretende que el valor estimado del contrato obedezca a criterios de razonabilidad y objetividad y no a la improvisación que pueda ser lesiva a los intereses generales y al patrimonio público.

v) Justificación de los factores de selección que permitan identificar la oferta más favorable. Esta justificación no tendría problema cuando la causal señalada para aplicar la modalidad de selección encuadre perfectamente en la señalada por la ley, ya que no existiría mayor margen de discrecionalidad. No obstante, habrán casos que conlleven algún tipo de problemática dada la falta de claridad de la ley; en este caso se le impone a la administración que justifique en forma razonada desde el punto de vista técnico y de conveniencia la modalidad correspondiente.

vi) Soporte que permita la estimación, tipificación y asignación de los riesgos previsible que puedan afectar el equilibrio económico del contrato. Esta exigencia está relacionada directamente, como lo ha señalado en el artículo 4 de la Ley 1150 de 2007, que incorporó de manera obligatoria la identificación y asignación de los riesgos y contingencias previsible de la correspondiente actividad contractual.

vii) Análisis que soporta la exigencia de garantía destinada a amparar los perjuicios de naturaleza contractual o extracontractual, derivados del incumplimiento del ofrecimiento o del contrato según el caso, así como la pertinencia de la división de aquellas, de acuerdo con la reglamentación particular. Las garantías no se imponen en los contratos en forma mecánica, sino que obedecen al análisis de las circunstancias de modo, tiempo y lugar de la celebración del contrato y de los riesgos a los que el cumplimiento y la responsabilidad puedan estar expuestos, circunstancias que la administración deberá evaluar en el momento de los estudios previos y dejarlo escrito de manera motivada.

A su vez, el legislador introduce una importante modificación sobre la concepción de la responsabilidad contractual y el equilibrio financiero del contrato estatal, al incorporar en el artículo 4° de la Ley 1150 de 2007 uno de los temas más discutidos y controversiales dentro del marco de la contratación estatal, el relacionado con la Distribución de Riesgos, debiendo consignarse tal situación en los pliegos, y los oferentes podrán hacer las observaciones pertinentes para establecer su asignación definitiva, pretendiendo de esta manera restringir de manera sustancial los pleitos sobre desequilibrios contractuales y detener la multiplicidad de condenas contra el Estado por este evento<sup>43</sup>, lo cual redundará en mayor protección de los recursos públicos que tanto necesita el país contribuyendo al mejoramiento de la gestión contractual.

Los riesgos buscan identificar todas las contingencias previsible durante la ejecución del contrato, mediante su asignación a cada una de las partes; permitiéndoles, y sobre todo a la contratista, sepa a que atenerse en caso de la ocurrencia de los riesgos asumidos, así como calcular anticipadamente si el valor del contrato y el complemento del precio por los riesgos asumidos estructuran un negocio interesante. Sobre la asignación de los riesgos, se ha anotado<sup>44</sup>, que como son traslados en forma progresiva y en su gran mayoría al contratista y, la financiación de la obra por el Estado puede enmarcarse dentro del fenómeno de

<sup>43</sup> BECERRA SALAZAR, A., *Los riesgos en la contratación estatal*, Leyer, Bogotá, 2008, Pág. 9.

<sup>44</sup> URUETA ROJAS, M., *El contrato de concesión de obras públicas*, Universidad del Rosario, Bogotá, 2006, Pág. 56.

precios sociales o peaje a la sombra (por la imposibilidad financiera de lograr el regreso de la inversión a través del cobro de peajes y valorización, debido a las condiciones económicas y sociales de la obra), se está acercando nuestro modelo al concepto de concepción internacional.

Sobre este aspecto, es de resaltar que si bien es cierto la ley no estableció las reglas y principios para la distribución de los riegos, quedando manos de las partes gracias a la escasez de fuentes metodológicas<sup>45</sup>, por ende el ejercicio de esta facultad debe enmarcarse dentro de los límites de la ley, las buenas costumbres y el orden público, por lo que no se podrán trasladar al contratista los riesgos anormales e imprevisibles (hecho del príncipe, incumplimiento y la teoría de la imprevisión) .

## 2.6. Control ciudadano en la actividad contractual

Debido al crecimiento de la actividad contractual y a las nuevas funciones asumidas por el Estado, la Constitución incluyó numerosas fórmulas del fenómeno participativo, la cual se desarrolla, como fin esencial, derecho, deber y como control de la gestión pública<sup>46</sup>, adquiriendo creciente importancia los derechos ciudadanos de carácter procedimental, tales como: la intervención, la iniciativa, la sugerencia, la participación y la reclamación.

La ley de contratación administrativa, establece normas que generan espacios para la participación ciudadana en el control de la actividad contractual, pudiéndolo ejercer personas naturales, asociaciones cívicas, comunitarias y de utilidad común, con el fin de vigilar el cumplimiento y ejecución del contrato; denunciar ante las autoridades las actuaciones, hechos u omisiones de los servidores públicos, que actúan en representación de la administración contratante y los contratistas; y hacer recomendaciones para mejorar la eficiencia institucional y la actuación de los funciones públicas.

Para que la ciudadanía pueda ejercer un verdadero control, se exige una información de todas las etapas que integran la actividad contractual. La publicidad no se agota con la publicación, notificación y comunicación de los actos precontractuales y contractuales, sino con la publicación de los proyectos de pliegos y estudios previos, en el que analiza la conveniencia y oportunidad del contrato,

<sup>45</sup> "..., el problema de derecho no es determinar qué clase de riesgos pueden afectar la vida del contrato, sino más bien, establecer principios reguladores que permitan atribuir equitativamente los efectos que produce la presencia de una o más aleas del contrato concreto." En Granillo Ocampo, R., *Distribución de riegos en la contratación administrativa*, Astrea, Buenos Aires, 1990. P. 120.

<sup>46</sup> FANDIÑO GALLO, J. *La participación ciudadana en la administración pública*, Leyer, Bogotá, 2004, Págs. 27 y 28.

para permitir a los interesados participar en el proceso de construcción de tal acto administrativo, presentar observaciones que eviten la fijación de condiciones inadecuadas o de imposible cumplimiento para los proponentes. Asimismo, permite la celebración de una audiencia pública para la adjudicación de los contratos en los eventos prescritos por el artículo 273 constitucional y en los procesos de licitación pública, para que el control ciudadano sea una realidad y no un mero postulado legal, además la ley frente a este tipo de actos permite el ejercicio de la acción de nulidad.

## 2.7. Tecnologías de la información

El derecho administrativo en general y particularmente la contratación está viviendo cambios derivados de la implementación de las nuevas tecnologías, permitiendo eficiencia, economía en costos y mayor control y veedurías, entre otros, en el nuevo rol de este derecho.

La contratación por medios electrónicos es concebida como un avance en la eficacia y eficiencia que deben acompañar los diversos cometidos del Estado, aunque, especialmente cuando se utilizan recursos del erario público para satisfacer las necesidades de la ciudadanía.

La ley 1150 de 2007, sobre este aspecto señaló los siguientes temas:

Creó el Sistema Electrónico para la contratación Estatal, el cual: i) dispondrá de la funcionalidades tecnológicas para realizar procesos de contratación electrónica bajo cualquiera de las modalidades de selección<sup>47</sup>; ii) servirá de punto único de ingreso de información y de generación de reportes para los entes estatales y los ciudadanos; iii) contará con la información oficial de la contratación realizada con recursos oficiales, para lo cual establecerá los patrones a que haya lugar y se encargará de su difusión por medio de canales electrónicos; e iv) integrará el registro único empresarial de las Cámaras de Comercio, el Diario Único de Contratación, el Portal Único de Contratación y el SICE, con el fin de garantizarle los derechos e intereses de los proponentes y el interés público.

Dispuso que los siguientes actos administrativos deberán publicarse en el Secop<sup>48</sup>: el aviso de la convocatoria pública, los proyectos de pliegos de condiciones; las observaciones y sugerencias a los proyectos de pliego de condiciones; el acto que dispone la apertura del proceso de selección; los pliegos de condiciones; el acta de audiencia

<sup>47</sup> En relación con la participación ciudadana, es lógico que las tecnologías de la información permiten avanzar en la personalización de la información y la extensión de los horarios de atención.

<sup>48</sup> Artículo 8 del Decreto 2474 de 2008.

y aclaración de los pliegos de condiciones; las adendas a los pliegos de condiciones; el informe de evaluación; el acto de adjudicación y el acta de la audiencia pública de adjudicación en los casos de licitación pública; el acto de declaratoria de desierta de los procesos de selección; el contrato, las adiciones, modificaciones o suspensiones o la información sobre las sanciones ejecutoriadas que se profieran en el curso de la ejecución contractual o con posterioridad a esta; y al acta de liquidación bilateral, o el acto administrativo de liquidación unilateral.

## **2.8. Internacionalización de los contratos del Estado**

La creciente complejidad entre los países a través de mayores flujos de bienes, servicios y capitales, posibilitó, concretamente, que los Estados se abrieran cada vez más a la recepción de inversión extranjera.

Los contratos del Estado, tradicionalmente, constituyen un mecanismo para regular las operaciones económicas entre un Estado soberano y una persona privada extranjera. En efecto, al tener una vocación natural de ser regidos por las normas del propio Estado, enfrentan al inversionista extranjero a la suerte de las leyes, que envuelve una relación contractual en la cual la contraparte tiene la facultad de modificar, en cualquier tiempo, las reglas de juego a su favor.

En consecuencia, para evitar esa contingencia, los contratos estatales pueden ser internacionalizados, a través de tres cláusulas: i) la de estabilización, por medio de la cual sólo se aplican al contrato las normas del Estado receptor que se encuentren vigentes en el momento de suscribirlo, de tal forma, que las modificaciones posteriores a dicha normatividad deben ser inaplicadas; ii) la elección de la ley aplicable, permite que el contrato quede regulado a un derecho diferente al del orden jurídico del Estado parte; y iii) la compromisoria, por la cual las partes acuerdan no someter los conflictos derivados del contrato a la competencia de las jurisdicciones estatales, sino que, en su lugar, recurrirán a los tribunales de arbitramento; la Ley 315 de 1996, autoriza someter a arbitramento internacional los conflictos con persona extranjera, cuando se trate de contratos en los que se prevea el financiamiento a largo plazo sistemas de pago de éste mediante la explotación del objeto construido u operación de bienes para la prestación de un servicio público.

## **2.9. Prevalencia del derecho sustancial**

En virtud este principio no se puede extremar en forma rigurosa la aplicación de la norma procedimental. Nada obsta para que los servidores públicos en las actuaciones administrativas contractuales den aplicación a dicho principio, en casos diferentes a los previstos en la ley.

En tal virtud, la ley 80 de 1993<sup>49</sup> dispuso que los simples requisitos de forma no pueden ser título suficiente para el rechazo de las propuestas, con fundamento en las reglas jurisprudenciales sentadas antes de su expedición<sup>50</sup>, pero al no determinar cuáles son esos documentos, la norma generó problemas en su aplicación, siendo solucionados por la ley de reforma al disponer que los requisitos o documentos no necesarios para la comparación de propuestas, serán aquellos que no otorgan puntaje dentro de los criterios de evaluación señalados en los pliegos de condiciones. De esta manera, esos requisitos y documentos pueden ser subsanados por el oferente antes de la adjudicación del procedimiento de selección y, si se trata de subasta inversa, antes del inicio de esta etapa.

La nueva normatividad sólo dispone que es posible el rechazo de la oferta, en el evento que el oferente no tenga capacidad jurídica para presentarla (como cuando no se presenta el certificado de existencia y representación legal) o, no se acrediten los requisitos necesarios para la comparación de propuestas después del cierre, lo cual fue reglamentado por el artículo 10 del Decreto 2474 de 2008, al disponer que en todo proceso de selección de contratistas primará lo sustancial sobre lo formal.

## **2.10. Establecimiento de pliegos de condiciones generales**

Estos pliegos son elaborados por la entidad contratante, y tiene por objeto regular todo los procedimientos de selección que se realicen en el futuro, sin atender a un contrato particular. La ley de reforma adoptó este tipo de pliegos solo para lo contratos de bienes y servicios de características técnicas uniformes y común utilización y para la adquisición de bienes y servicios destinados a la defensa y seguridad nacional, con el fin de que se manejen unas reglas básicas de todo proceso seleccionario, tales como: Ejecución, forma de adjudicación, subcontratación, cesión del contrato, mayores costos, causales de resolución contractual, sanciones, etc., lo cual no obsta para que los entes estatales realicen pliegos particulares, teniendo en cuenta la naturaleza, el término y la cuantía del contrato, es decir, que fije condiciones específicas para cada contrato que se celebre.

<sup>49</sup> El artículo 25. 15 de la Ley 80 de 1993 dispuso, "la ausencia de requisitos o la falta de documentos referentes a la futura contratación o al proponente, no necesarios para la comparación de propuestas no servirá de título suficiente para el rechazo de los ofrecimientos hechos".

<sup>50</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 19 de febrero de 1987. Rad. 4694 C.P.: Julio César Uribe Acosta.

Con esta regla se pretende la consagración de reglas generales para evitar la proliferación de las mismas que, elaboradas para cada contrato, pueden resultar diferentes y contradictorias, ya que lo que se persigue es aumentar los niveles de eficacia y eficiencia en los contratos en que se estableció.

## CONCLUSIÓN

Por lo expuesto se puede concluir, que en la Constitución Política de 1991 con la implantación en forma expresa del Estado Social de Derecho, se permitió la modernización del aparato estatal y la prestación de servicios públicos por particulares bajo el control y regulación del Estado, mediante la técnica de la contratación, entre otros instrumentos, debido a que en los países donde se originó ya estaba de moda el tema de la crisis del Estado Social.

Precisamente uno de los instrumentos jurídicos donde con mayor transcendencia se refleja la transformación del Estado es en la contratación. El neoliberalismo se apoya en el derecho privado para el logro de sus propósitos contractuales, por la gran responsabilidad pública que asumirán los particulares, por una parte, y de otra, el Estado dejará de ser ejecutor directo de la mayoría de los servicios públicos, lo cuales deberán ser contratados con los particulares, y el sector oficial asumirá en adelante, las responsabilidades de interventoría y control.

Así mismo, el ingreso de flujo de bienes, servicios y capitales posibilitó con fundamento en el principio de la au-

tonomía de la voluntad incorporar contratos nominados en el ámbito del derecho internacional, tales como el *joint venture*, el *underwriting*.

El contrato de concesión vinculado inicialmente a la construcción de obras públicas, posteriormente a la prestación de servicios públicos y explotación de bienes del Estado, actualmente en Europa se ha extendido a aspectos sociales dentro del marco de la colaboración, como en el III Programa de Lucha contra la Pobreza y la Exclusión de la Unión Europea.

La incorporación de las nuevas tecnologías va a generar nuevos conflictos, haciéndose necesario que la justicia, y en particular la jurisdicción contencioso administrativo se modernice con nuevas prácticas jurídicas para resolver los litigios relacionados con el uso de los instrumentos electrónicos.

Sin duda, el actual estatuto de contratación con el fin de ponerse a tono con el modelo del Estado regulador, mejoró algunos temas, pero sabemos que ello no es suficiente, ya que se requiere de otro presupuesto que está por fuera de las normas, como es la ética pública; por consiguiente, se perdió una oportunidad de mejorar ciertos temas, pero no es el momento de criticar la reforma, sino que por el contrario detectar cuáles han sido sus fortalezas, y en un lustro medir sus aspectos negativos, para de esta manera mejorarlo con una claridad en sus propósitos, dentro de los objetivos que se persiguen en el Estado regulador.



## Referencias

- ALZAGA VILLAMIL, O, *Derecho político español, según la Constitución de 1978*, T 1, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1997.
- BECERRA SALAZAR, A., *Los riesgos en la contratación estatal*, Leyer, Bogotá, 2008.
- BERCAITZ, Miguel, *Teoría general de los contratos administrativos*. Depalma, Buenos Aires, 1980.
- BETANCUR CUARTAS, J., *Nuevo estatuto de la contratación administrativa*, Dike, Medellín, 1995.
- COCUELLE, Carina. *Control y entes reguladores, en Contratos administrativos*, Farrando Ismael, Director, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2002.
- DROMI, José Roberto. *Licitación Pública*, Buenos Aires, Astrea, 1977.
- DROMI, Roberto. *Derecho administrativo*, Buenos Aires, Argentina 2004.
- FANDIÑO GALLO, Jorge. *Régimen jurídico del contrato estatal*, Leyer, 2008.



- FANDIÑO GALLO, J. *La participación ciudadana en la administración pública*, Leyer, Bogotá, 2004.
- FARRANDO Ismael. *Contratos administrativos*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2002.
- García De Enterría, E., *Curso de derecho administrativo*, Tomo I, Civitas, Madrid, 2006.
- GRANILLO OCAMPO, R., *Distribución de riegos en la contratación administrativa*, Astrea, Buenos Aires, 1990.
- GORDILLO Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo I, Fundación derecho administrativo, Buenos Aires, 1997.
- MARIENHOFF, Miguel, *Tratado de derecho administrativo*, t iii-A, Contratos administrativos. Teoría general, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1998.
- MAYER, Otto, *Derecho Administrativo Alemán*, T IV parte especial, Acayú, Buenos Aires, 1954.
- MUÑOZ MACHADO, Santiago, *Tratado de derecho administrativo y derecho público general*, T 1, Madrid, Thompson Civitas, 2004.
- PARADA, R. *Derecho administrativo* TI, Marcial Pons, Madrid, 2004.
- PAREJO ALFONSO, L., *Lecciones de derecho administrativo*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2007.
- SANTAMARÍA PASTOR, Juan M, *Principios de derecho administrativo*, VII, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2000.
- SANTAMARÍA PASTOR, Juan M, *Principios de derecho administrativo*, VII, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2009.
- URUETA ROJAS, Juan M., *El contrato de concesión de obras públicas*, Universidad del Rosario, Bogotá, 2006.

#### JURISPRUDENCIA:

##### CONSEJO DE ESTADO

Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, *sentencia del 23 de septiembre de 1997*, C.P.: Carlos Betancur Jaramillo.

Sala de lo Contenciosos Administrativo, Sección Tercera. *Sentencia del 19 de febrero de 1987*. Rad. 4694, C.P.: Julio César Uribe Acosta.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, *auto del 20 de agosto de 1998*, exp. 1042, C.P.: Juan De Dios Montes.

##### CORTE CONSTITUCIONAL

Sentencia C- 508 de 13 de julio de 2002.

##### LEGISLACIÓN

Ley 4ª de 1964

Decreto 1050 de 1955

Decreto 2832 de 1966

Ley 36 de 1966

Ley 30 de 1992

Ley 80 de 1993

Ley 142 de 1994

Ley 143 de 1994

Ley 1150 de 2007,

Decreto Reglamentario 2474 de 2008.

Documentos CONPES 3186 del 31 de julio de 2002.