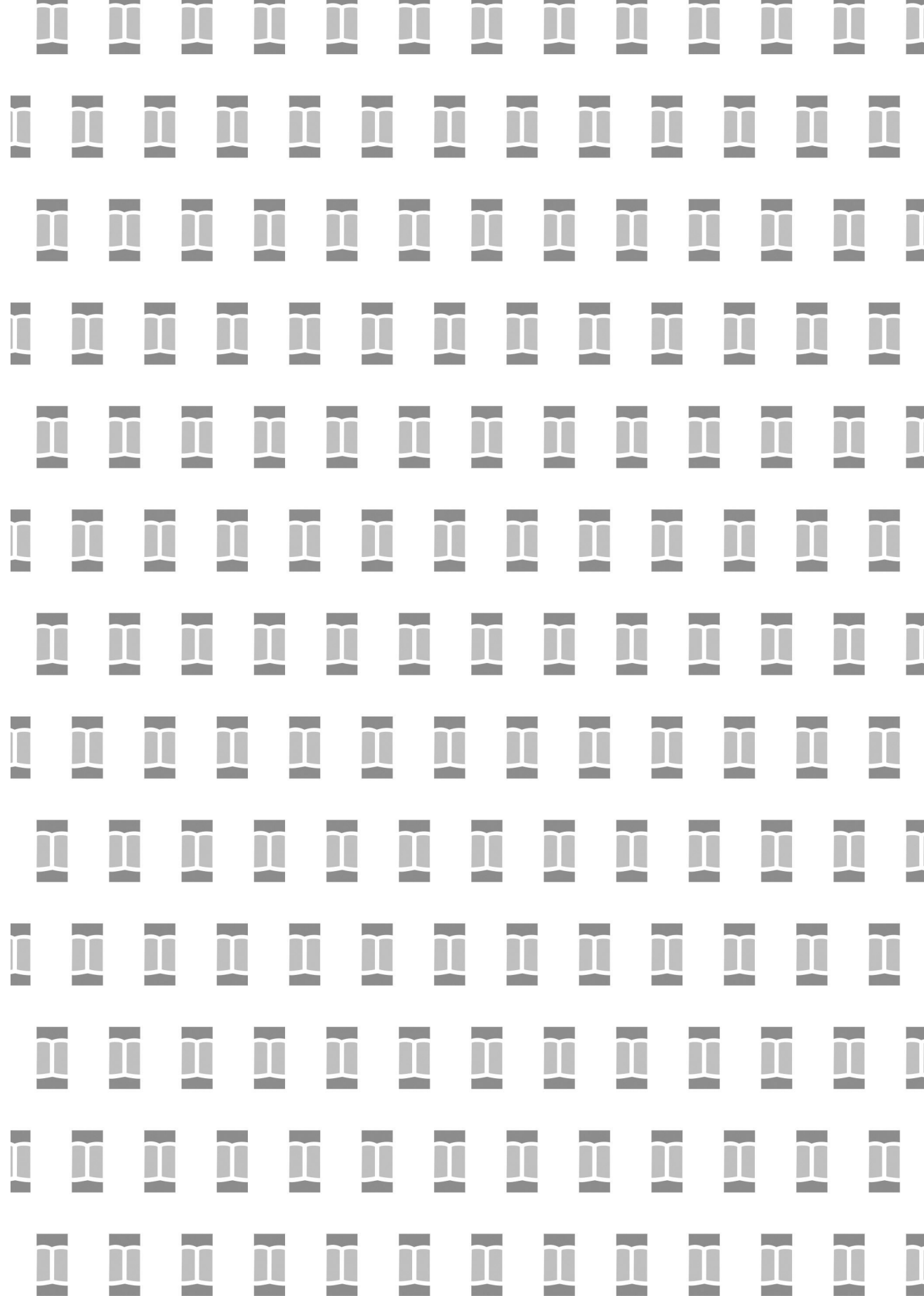
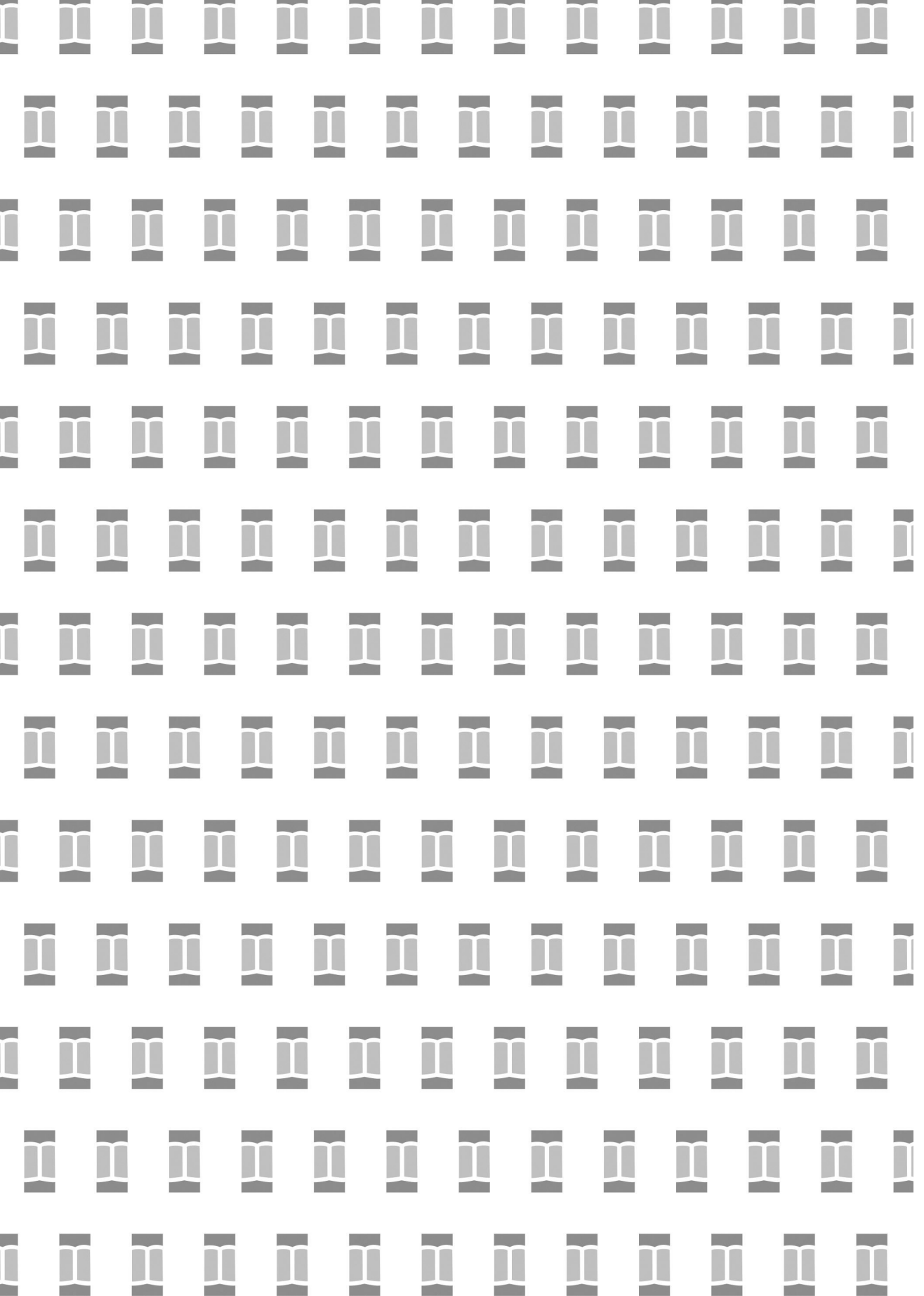






PLURIVERSO

PLURIVERSO

PLURIVERSO

núm. 13 • enero a junio de 2020 (semestral)

ISSN: 2357-4615

Revista de divulgación académica de la Escuela de Posgrados

Universidad Autónoma Latinoamericana – UNAULA

Grupo Pluriverso

Ediciones UNAULA

Una marca del Fondo Editorial UNAULA

© De la Edición: Universidad Autónoma Latinoamericana

© De los contenidos: los respectivos autores

Presidente Sala de Fundadores

Nelly Cartagena Urán

Rector

José Rodrigo Flórez Ruiz

Vicerrectora Administrativa

Carmen Alicia Úsuga Castaño

Vicerrector Académico

Ramón Elejalde Arbeláez

Vicerrector de Investigación

Salim Chalela Naffah

Secretario General

Carlos Alberto Mejía Álvarez

Decana de la Escuela de Posgrados

Gloria Yaneth Vélez Pérez

Editor de la Revista (Edición 13)

Sergio Luis Mondragón Duarte

Comité Editorial

Gloria Yaneth Vélez Pérez

Karen García Yepes

Sergio Luis Mondragón Duarte

Edición

Fondo Editorial UNAULA

Diseño y diagramación:

Editorial Artes y Letras S.A.S.

Correo electrónico de la revista: pluriverso@unaula.edu.co

Queda autorizada la reproducción total o parcial de los contenidos de la Revista con finalidades educativas, investigativas o académicas. Para reproducciones con otros propósitos es necesario contar con la autorización expresa de Ediciones UNAULA.

Dirección de la Universidad: Carrera 55 No. 49-51

Conmutador (57-4) 511 2199

Medellín, Colombia.

www.unaula.edu.co

pluriverso@unaula.edu.co



Tabla de Contenido

Editorial	9
Sergio Luis Mondragón Duarte	
Presentación del Segundo Congreso Internacional de Derecho Administrativo.....	11
Nataly Vargas Ossa	
Prevención y represión de la corrupción en Italia: contratación pública y corrupción	19
Iván Salvadori	
Asociaciones Público-Privadas	29
Willington Gil Alzate	
Enriquecimiento sin causa en los contratos públicos	43
Juan Esteban Alzate Ortiz	
Breve perspectiva sobre algunas de las principales modificaciones hechas por la Ley 1882 de 2018 al Estatuto General de Contratación Pública	55
Juan Manuel Osorio García	
La corrupción en el marco de la contratación estatal	65
Ángela Stella Duarte Gutiérrez	
Johanna Azucena Duarte Olivera	
De la contratación estatal en Colombia	79
Camilo Andrés Restrepo Montoya	



Editorial

Sergio Luis Mondragón Duarte

El número trece de *Pluriverso* acoge artículos presentados en el “Segundo Congreso Internacional de Derecho Administrativo – Reforma a la contratación pública y a la ley de infraestructura: ¿Solución a los problemas de corrupción?”, realizado por la Dirección de Extensión Universitaria, en el mes de abril de 2018, con la participación de programas académicos de formación avanzada adscritos a la Escuela de Posgrados y dos de los grupos de investigación consolidados de la Universidad Autónoma Latinoamericana: La Especialización en Derecho Administrativo, el Grupo de Investigación en Derecho Administrativo de la Maestría en Derecho Administrativo, y el Grupo de Investigación en Proceso Penal y Delito de la Maestría en Derecho Penal y Teoría del Delito.

Los artículos llevan el sello de académicos y expertos nacionales e internacionales en el área de la contratación pública. Los objetos de estudio y discusión son de alta relevancia y pertinencia: Generalidades de la contratación pública, corrupción en la contratación estatal, modificaciones a la normativa de asociaciones público-privadas, el enriquecimiento sin causa en los contratos públicos y novedades en el Estatuto de la Contratación Pública.

Ejercicios como los que se proyectan en esta entrega de *Pluriverso* comprueban la articulación armónica, coherente y necesaria que existe entre las dimensiones de la docencia, la extensión y la investigación en el contexto de la educación superior [en UNAULA] (Trejos y Ayala, 2018). Lo cual evidencia que “la academia es el escenario de múltiples ejercicios e intercambios de la autoridad científica, porque en ella viven y gestan los permanentes actos de conciencia espiritual e intelectual, propicios para hacer siempre afable y próxima la corporatividad o comunidad de maestros y estudiantes” (Borrero Cabal, 2008, p. 373).

Este número trece de *Pluriverso* refleja, desde una esfera más reflexiva, avances y cambios que ha tenido la normativa y práctica de la contratación pública en todo el país. Es un esfuerzo en la dirección correcta para tratar de generar consensos, visibilizar dicotomías y alternativas para enfrentar el multifacético fenómeno de la corrupción pública. Es una proyección necesaria y pertinente de la producción universitaria de UNAULA, instituciones pares y proyectos que comparten con ella objetos de estudio, a tono con los desafíos que involucra la contratación pública en Colombia.

Sergio Luis Mondragón Duarte¹

Editor

Mayo de 2020

1 Abogado, Especialista en Derecho Administrativo y Constitucional, Especialista en Contratación Estatal, Magíster en Derecho Público, y Doctorando en Seguridad Humana y Derecho Global de la Universidad Autónoma de Barcelona. Docente Investigador del Programa de Maestría en Derecho Administrativo, Escuela de Posgrados de la Universidad Autónoma Latinoamericana – UNAULA, Categoría “Investigador Junior” (IJ) de MINCIENCIAS. Director de la Revista de Divulgación Académica PLURIVERSO de la Escuela de Posgrados de la Universidad Autónoma Latinoamericana, Miembro Fundador del Colegio de Abogados Administrativistas, participante del Colegio de Abogados en Derecho Disciplinario, Integrante Activo de la Alianza Internacional de Investigadores – ALININ.



Presentación del Segundo Congreso Internacional de Derecho Administrativo

Nataly Vargas Ossa¹

La contratación estatal es una de las dimensiones del Derecho Administrativo que mayor dinámica tiene en su configuración normativa. Su constante transformación intenta responder, de una parte, a la modernización de la gestión contractual, bajo el faro de los principios de eficacia y eficiencia²; y de otra, al pleno cumplimiento de los principios de selección objetiva³, planeación, economía, transparencia y

-
- 1 Abogada, Magíster en Derecho Administrativo de la Universidad del Rosario. Docente Tiempo Completo del programa de Maestría en Derecho Administrativo de la Universidad Autónoma Latinoamericana, integrante del Grupo de Investigación en Derecho Administrativo de la misma Universidad. Coordinadora de la línea de investigación en Derecho Procesal Administrativo.
 - 2 En el texto del profesor José Luis Benavides “La reforma de la Ley 80 de 1993: mucho ruido y pocas nueces”, se da cuenta de las intenciones frustradas que tuvo la primera gran reforma de la contratación estatal, revelando que su principal preocupación era darle celeridad, eficiencia y eficacia a toda la gestión contractual. En posteriores normas legales y reglamentarias se fueron evidenciando las incertidumbres que dejó abierto este nuevo estatuto.
 - 3 La Ley 1150 de 2007, por ejemplo, se ocupó en extenso en dinamizar el principio de selección objetiva, bajo la intención clara de tomar las medidas necesarias para lograr la eficiencia y la transparencia en la gestión contractual.

responsabilidad, entre otros principios, que tienen como finalidad, coadyuvar en la efectiva materialización de los objetivos constitucionales del Estado Social de Derecho, puesto que el cumplimiento de estas metas requiere del aprovisionamiento de bienes y servicios por parte de los órganos públicos mediante la contratación (Corte Constitucional, 2009), integrando a los particulares como sus colaboradores.

Y es que el escenario jurídico en que actualmente se desarrolla esta institución del derecho administrativo es el propio de un Estado Constitucional de Derecho implantado con la Constitución de 1991, de acuerdo con el cual la contratación estatal es una herramienta para cumplir funciones administrativas en el marco de la legalidad y, en consecuencia, el ejercicio de dichas funciones depende de la configuración concreta del ordenamiento contractual, es decir, la normativa y la competencia administrativa, y no de la forma jurídica de derecho privado o público mediante la cual se manifiesta la administración (Ibagón Ibagón, 2014, pág. 36).

La dinámica cambiante a la que se hizo referencia está ligada también a factores extra normativos que se presentan de manera recurrente, tales como las dinámicas de mercado, la economía, la política, fenómenos sociales como la corrupción, que exigen la participación de distintos sectores para aportar al análisis y a las soluciones de las problemáticas que surgen alrededor de la gestión contractual. En este punto, es importante anotar que la bandera que ha motivado todas las reformas a las normas de contratación pública, ha sido la lucha contra la corrupción, intención que se ha venido camuflando con el ropaje del robustecimiento de la eficiencia y la transparencia⁴.

Esta reflexión fue abordada por el Grupo de investigación en Derecho Administrativo, dentro del informe de investigación del proyec-

4 Juan Pablo Estrada Sánchez, dedicó algunas líneas a estas reflexiones en el texto *Contratación estatal: ¿reina la incertidumbre?* Disponible en el link <file:///C:/Users/unaula/Downloads/2594-Texto%20del%20art%C3%ADculo-8607-1-10-20110113.pdf>

to “Retos de la formación en contratación pública en Colombia: una aproximación desde la perspectiva institucional de la Universidad Autónoma Latinoamericana” en el cual se afirmó que:

Como consecuencia de las fallas que se presentaron en la aplicación de la Ley 80 de 1993 que derivaron en espacios aprovechados por la corrupción para desviación de los recursos de las finalidades estatales a los cuales estaban destinados (Gobierno Nacional, 2005), la Ley 80 de 1993 ha sido modificada en múltiples oportunidades⁵. Una de las modificaciones más importantes fue la realizada por la Ley 1150 de 2007. Esta normativa, tuvo como finalidad la eficiencia y transparencia de la gestión contractual de la administración. Para obtener este cometido se reformuló el deber de selección objetiva; allí se consagraron las diferentes modalidades de selección de los contratistas. Esta normativa estableció como modalidades de selección i) la licitación pública, ii) la selección abreviada, iii) el concurso de méritos y iv) la contratación directa (Congreso de la República Ley 1150, 2007). La v) contratación de mínima cuantía llegó de la mano del artículo 94 de la Ley 1474 de 2011.

De otra parte, la ejecución del contrato estatal, da lugar a fenómenos como el incumplimiento, la revisión de los precios estipulados, las nulidades, la teoría de la imprevisión, la excepción de contrato no cumplido, la condena al pago de indemnización de perjuicios, el hecho del príncipe, entre otras situaciones, todo objeto de estudio en la disciplina de los contratos estatales. Adicionalmente, es posible que el acaecimiento de estos fenómenos genere responsabilidad a cargo de las entidades públicas. Por tal razón su estudio reviste una importancia medular.

Las autoridades contratantes gozan de prerrogativas públicas que inclinan la balanza en la relación contractual. Lo anterior, en atención

5 Reglamentada por el Decreto Nacional 1082 de 2015, modificada por la Ley 1150 de 2007, reglamentada parcialmente por los Decretos Nacionales 679 de 1994, 626 de 2001, 2170 de 2002, 3629 y 3740 de 2004, 959, 2434 y 4375 de 2006; 2474 de 2008 y 2473 de 2010.

a que los contratos estatales buscan garantizar la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y el interés general. Estas facultades pueden ser de dos tipos: sancionatorias y no sancionatorias. Entre las facultades sancionatorias, el Estado puede emplear la caducidad y la posibilidad de hacer efectivas en sede administrativa las multas y la cláusula penal pecuniaria. De otra parte, entre las potestades no sancionatorias se encuentra la facultad que tiene el Estado contratante de interpretar, modificar o terminar de forma unilateral los contratos estatales. Estas prerrogativas, conocidas como cláusulas excepcionales, son una de las particularidades que caracterizan al contrato estatal.

Al desarrollo evolutivo de la contratación en Colombia, se debe agregar la profusa expedición de normativa en esta materia. Evidencia de esta situación es el Decreto 1082 del 26 de mayo de 2015 que compila los decretos reglamentarios de la contratación pública.

Lo anterior, aunado al hecho de que el incumplimiento del contrato estatal “constituye la mayor causa de demandas ante la jurisdicción de lo contencioso administrativa y ante la justicia arbitral y, asimismo, es causa frecuente de las condenas más cuantiosas por la actividad contractual de las entidades estatales del orden nacional” (Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, 2015).

En suma, la contratación estatal como **área** que hace parte del derecho administrativo, es hoy en día, junto con el derecho constitucional, uno de los pilares fundamentales del Estado social de derecho colombiano y constituye un subsistema normativo que regula el ejercicio de las funciones administrativas que tanto el Estado, de manera principal, como los particulares, de manera eventual, realizan en procura de la consecución de las finalidades encomendadas por la Carta de 1991 (Nanclares Márquez & ALzate Ortíz, 2016).

Desde el panorama descrito, entra en vigencia la Ley 1882 de 2018, y con ella una serie de cambios muy relevantes a la normativa para la contratación y la ejecución de grandes proyectos de infraestructu-

ra, no se trata de una reforma sustancial, pues se sostiene sobre los cimientos que forjó la Ley 80 de 1993, 110 de 2007, 1474 de 2011 y el Decreto 1082 de 2015, así como del Decreto 1082 de 2015; igual que las reformas anteriores, han apuntado especialmente a desalentar prácticas corruptas que han venido lesionando gravemente el patrimonio público, y a fortalecer la gestión contractual.

Es por lo expuesto que, desde el Grupo de Investigación en Derecho Administrativo de la Maestría en Derecho de la UNAULA, se convocó el Segundo Congreso Internacional de Derecho Administrativo, con el propósito de generar un espacio de reflexión en torno a la reforma ya mencionada, las medidas que prescribe para fortalecer la gestión contractual, precaver las prácticas corruptas en la contratación pública y, a su vez, discutir su pertinencia de cara a las fortalezas y debilidades identificadas en la normatividad que ya venía rigiendo. El evento se desarrolló con la participación de académicos de la Universidad Autónoma Latinoamericana, quienes además de ejercer su calidad de anfitriones, expusieron avances y desafíos que retan a los estudiosos del derecho administrativo en general, y una de sus grandes dimensiones que es la contratación pública. Un contenido trasversal a todo lo tratado se refiere a la vulnerabilidad frente a los riesgos de la corrupción, la necesidad de rodear –los procesos de contratación y la ejecución de grandes proyectos de infraestructura– de garantías que contribuyan a la mayor eficiencia del gasto y las inversiones públicas. Igualmente se hicieron llamados de atención acerca del hecho de que la profusión normativa evidente en las varias leyes que han sucedido a la Ley 80 de 1993, los múltiples decretos reglamentarios, la jurisprudencia y doctrina de altos tribunales como la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, como también compromisos asociados a tratados y convenios internacionales, pueden hacer más compleja y difícil la contratación estatal, y a la postre no cierran las fisuras que dan cabida a los fenómenos de corrupción. Sobre todo esto giraron las exposiciones, conferencias y ponencias de

los investigadores, expertos y representantes de agencias del Estado Colombiano cuya misión tiene que ver con la ejecución de la contratación y la búsqueda de controles para que algún día, ojalá no lejano la lacra social de la corrupción en este crucial frente de la gestión pública, se pueda, más que prevenir, controlar y castigar, erradicar.

Como académicos y expertos invitados están Iván Salvadori, Investigador de Derecho Penal y Derecho Penal Informático de la Universidad de Verona; Willington Gil Alzate, Gerente de la firma Estructuradores Legales-Docente de la Escuela de Posgrados de la UNAULA; y a Juan Esteban Alzate Ortiz, Coordinador de la Maestría en Derecho Administrativo de la UNAULA. Y como autores invitados se tienen a Juan Manuel Osorio García, Analista V de la División de Gestión, Recaudo y Cobranzas de la DIAN Seccional Ibagué; Ángela Stella Duarte Gutiérrez, Magistrada del Consejo Seccional de la Judicatura del Tolima; Johanna Azucena Duarte Olivera, Directora Técnica de Responsabilidad Fiscal de la Contraloría Departamental del Tolima; y Camilo Andrés Restrepo Montoya, Maestrando en Derecho Administrativo de la UNAULA.

Con especiales sentimientos de reconocimiento, en las páginas siguientes acogemos y divulgamos ante la comunidad académica interesada, buena parte de los aportes de los conferencistas y ponentes.

Referencias

Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. (11 de marzo de 2015). *defensajuridica.gov.co*. Obtenido de: http://www.defensajuridica.gov.co/normatividad/circulares/Lists/Circulares%202015/Attachments/9/circular_externa_09_11_mar_2015.pdf

Congreso de la República Ley 1150. (16 de julio de 2007). *Secretaría del Senado*. Recuperado el 11 de febrero de 2015, de:

http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1150_2007.html

Corte Constitucional. (7 de Octubre de 2009). *Corte Constitucional*. Recuperado el 15 de Septiembre de 2018, de:

<http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2009/C-713-09.htm>

Gobierno Nacional. (25 de julio de 2005). *escuelagobierno.org*. Obtenido de <http://www.escuelagobierno.org/inputs/proyecto%20presentado%20por%20el%20Gobierno.doc>.

Ibagón Ibagón, M. L. (2014). *El principio de Estado de derecho y los contratos estatales. La forma escrita de los contratos en Colombia y Alemania* (1ª edición ed.). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Nanclares Márquez , J., & ALzate Ortiz, J. (2016). *Retos de la formación en contratación pública en Colombia: una aproximación desde la perspectiva institucional de la Universidad Autónoma Latinoamericana*. Informe de Investigación, Universidad Autónoma Latinoamericana, Antioquia, Medellín. Recuperado el 25 de Septiembre de 2018.



Prevención y represión de la corrupción en Italia: contratación pública y corrupción

..... Iván Salvadori¹

Introducción

Antes de entrar en las medidas preventivas de carácter administrativo y penal, hay que hacer una pequeña introducción sobre el perfil empírico y terminológico de la corrupción, para entender la misma idea de este fenómeno.

En febrero de este año (2018) salió finalmente el informe relativo al año anterior (2017) de Transparencia Internacional, ONG global que lleva muchos años en la lucha y prevención contra la corrupción. Malas noticias para Colombia. Según este informe, la situación relacionada con la corrupción en Colombia sigue siendo muy problemática: el gobierno, el Estado, ha tomado medidas para prevenir la corrupción, pero la situación persiste como grave y el pueblo colombiano sigue percibiendo esta amenaza y problemáti-

1 Doctor en Derecho Penal Económico e Informático. Investigador posdoctoral de la Universidad de Verona (Italia), Profesor de Derecho Penal en la Universidad de Barcelona y de la Universidad de Verona.

ca, como uno de los problemas principales que afecta la democracia en Colombia.

De conformidad con el mapa que registra los países más y los menos corruptos, en el ranquin de los menos corruptos aparecen sobre todo países del norte de Europa, Alemania uno de ellos, que tienen una larga tradición en la prevención y la lucha contra la corrupción; también están Estados Unidos, Canadá, Australia y otros países; allí prácticamente la población no percibe corrupción, y los casos son mínimos tanto en la administración pública como en la privada.

En América Latina el panorama, en casi todos los países, es prácticamente igual; hay algunas excepciones como Chile y Uruguay que aparecen mejor calificados y Venezuela en donde la corrupción es todavía más grave que el promedio.

En Italia el problema de corrupción también es relevante. En el ranquin mundial de Transparencia Internacional, ocupa el puesto cincuenta y cuatro entre ciento ochenta países por nivel de corrupción. Colombia ocupa el lugar treinta y seis, España el cincuenta y dos. Se puede apreciar: la corrupción es un problema que afecta a casi todos los países siendo los latinos unos de los más afectados.

A partir de los años 2012–2014 la prevención y lucha contra la corrupción en Italia ha mejorado. Finalmente, el legislador ha asumido el cumplimiento de obligaciones contraídas con agencias internacionales, en particular Naciones Unidas. Se destaca la Ley 190 de 2012 cuyo objeto expreso es prevenir y reprimir la corrupción. Con fundamento en las medidas introducidas por esta ley, Italia poco a poco está mejorando y en el ranquin mundial está bajando de nivel de corrupción. Por ello conviene informarse sobre las características principales de esta ley, la cual ha sido objeto de modificaciones sucesivas con arreglo a otras leyes, pero su estructura sigue siendo la misma.

Hay que entender básicamente el concepto de corrupción y de qué hablamos cuando utilizamos esta palabra, podríamos empezar tomando la definición que ofrece la Real Academia Española (RAE),

en los siguientes términos: “En las organizaciones, especialmente en las públicas, práctica consistente en la utilización de las funciones y medios en provecho, económico o de otra índole, de sus gestores”. La RAE circunscribe la corrupción al sector público, es decir, entre funcionarios públicos, sin embargo, se sabe que la corrupción existe también en el sector privado.

En el Código Penal colombiano, el legislador incluyó un artículo –el 250– específico para los actos delictivos de los ciudadanos que generan corrupción en los entes privados es decir, personas ajenas a la administración pública: directivos, administradores, empleados de sociedades, empresas y organizaciones privadas, que participan en actividades corruptas para obtener ganancias económicas.

La ONG Transparencia Internacional proporciona una definición de corrupción todavía más amplia. Hay que entender como corrupción: “el abuso del poder para el beneficio propio”. Es un enfoque subjetivo, porque mira la corrupción en el hecho de abusar del poder por parte de funcionarios públicos o de sujetos particulares.

Desde el punto de vista jurídico, dependiendo de la mirada a los fenómenos de corrupción, la respuesta puede darse en el plano del derecho penal o del derecho administrativo. Los estudios de Criminología muestran que efectivamente el origen de la corrupción se basa en un pacto criminal entre dos sujetos.

Según esto, hay que tener presente que ese pacto criminal se lleva a cabo entre dos sujetos que están en la misma posición, dos sujetos que negocian entre ellos. Es un negocio ilícito llevado a cabo por los sujetos, uno que tiene el poder de llevar a cabo ciertas actividades –podría ser un funcionario público–; de la otra parte habrá un sujeto particular que paga al funcionario público para conseguir su interés ilícito; es decir: se encuentran en la misma posición de negociación desde el punto de vista terminológico de la corrupción.

En cuanto a la legislación penal de los países de nuestro entorno o referencia –sobre todo Colombia, España e Italia– es evidente que la

tradición jurídico penal no se acostumbra a utilizar el término corrupción; el código penal español, por ejemplo, utiliza otras expresiones o conceptos como cohecho, negociaciones prohibidas, malversaciones, tráfico de influencias y, en pocos casos, la palabra corrupción, pero en un ámbito distinto relacionado con la esfera sexual de menores. Es decir, el código penal español no utiliza la palabra corrupción para referirse a lo que hemos visto hasta ahora, negociaciones entre sujetos particulares y sujetos de entidades públicas.

En el Código Penal colombiano la situación es bastante parecida, también emplea conceptos como cohecho tanto activo como pasivo, tráfico de influencias; utiliza expresiones como malversaciones y tráfico de influencias y demás términos que no hacen referencia expresa a la corrupción, sin embargo, existe una excepción que es el artículo 250 A que castiga expresamente la corrupción en el sector privado.

Distinta es la situación en Italia. El Código Penal italiano es de 1930 y ha sido modificado varias veces, pero la estructura sigue siendo de 1930. Tal código utiliza el término corrupción en diferentes ocasiones; habla de corrupción propia en vez de cohecho propio, de corrupción activa y pasiva, corrupción impropia en lugar de cohecho impropio, corrupción en actividades judiciales y también castiga de manera expresa la corrupción de los entes privados al igual que Colombia y España desde 2015.

En el contexto internacional concurren organismos que obligan a los Estados a castigar la corrupción y, al mismo tiempo, a introducir medidas preventivas para evitar fenómenos de corrupción. Por ejemplo, el congreso de UN realizado en México en 2003. El Convenio Penal sobre la Corrupción del Consejo de Europa, anterior a 1949, obliga a todos los países miembros del Consejo de Europa –España, Italia, Alemania, entre otros–. En 2012, Italia cumple con las obligaciones de fuente internacional, mediante una ley de ese año, cuyo objeto es la prevención de la corrupción y actividades ilegales que se lleven a cabo por el sector público y también represión de la corrupción. El

contenido de esta ley podría ser un referente para el legislador y autoridades colombianas, como es el caso de las medidas de prevención que son unas de carácter general y otras de carácter especial.

Medidas de carácter general. Se aplican a toda la administración pública, ya sean universidades, colegios, instituciones y entes que actúen bajo la esfera pública. Unas de las más importantes se enfocan en las garantías de transparencia que, hoy en día, las democracias procuran para que sus ciudadanos tengan acceso a la información de la administración pública, a los documentos, procedimientos mediante los cuales se llevan a cabo las actividades relacionadas con la contratación y la compra públicas.

¿Cómo garantizar esta transparencia? El legislador italiano lo hace de la siguiente manera.

1. Se establece con carácter obligatorio que todas las entidades **públicas** deben exponer sus actas, documentos, informes en su respectiva página web; excepto aquellos contenidos clasificados como secreto de Estado. La ley le atribuye a un sujeto individual dentro de cada entidad la responsabilidad de colgar todas estas informaciones en las páginas web. Un ejemplo sería cuando en una universidad se quiere contratar un maestro que dirija la cátedra de derecho administrativo. Publicar los requerimientos del cargo y los perfiles indicados contribuye a garantizar un proceso transparente; habrá que elegir cuál de todos tiene el mejor perfil para lo que requiere la universidad. Los currículos serán de público conocimiento, al igual que las actas de las diferentes etapas del proceso de selección; en suma, todo lo actuado y sobre lo cual se fundamenten las decisiones para seleccionar a determinada persona, es público.

Antes de la Ley de 2012 los ciudadanos no tenían los medios para enterarse de los procesos que llevaba a cabo la administración pública para elegir un determinado funcionario, o contratar la compra de determinados bienes o servicios. En el caso que se irrespete tal disposición el legislador contempló sanciones, de carácter pecu-

niario y de carácter disciplinario –incluida la pérdida del empleo público– para los responsables.

2. Para garantizar transparencia, la legislación italiana establece un nuevo instituto muy interesante: el Instituto del Acceso Cívico. Cada ciudadano podrá solicitar atención según su particular interés acerca de una determinada decisión tomada por la administración pública. El proceso es simplificado, es suficiente que el ciudadano envíe un correo electrónico y pida la información. La agencia o autoridad pública requerida tiene treinta días para contestar con la información plena; también podrá responder que los contenidos pueden estar restringidos, total o parcialmente, por estar cubiertas por el secreto del Estado, debiendo justificar las razones del caso. Si la respuesta no está justificada según los requisitos de la ley, el ciudadano puede contactar al Instituto de Acceso Cívico, y en este caso la agencia podrá evaluar si efectivamente el ciudadano tiene derecho o no a esta documentación.
3. Otra figura muy interesante es el agente que denuncia la administración pública y determinadas actividades ilícitas. El legislador italiano ha reglamentado la figura del funcionario público o la persona que trabaja dentro de la administración pública y que denuncia los hechos; él no podrá ser discriminado ni despedido. Tiene que ser protegido por el Estado. Con ayuda de esta norma se introducen varios derechos y varias garantías.
4. La ley obliga también a las entidades a dictar cursos a los funcionarios en materia de legalidad, ética y corrupción. Además de sensibilizar a los funcionarios, contribuye a que toda la administración conozca y respete esta normativa.

El espíritu del legislador es que todos los ciudadanos puedan vigilar las acciones del gobierno y de sus respectivas áreas, entidades y agencias.

Medidas de carácter especial. Son medidas más específicas. Se aplican según la función que ejerce cada área de la administración pública, cada sector y departamento, de acuerdo con sus compe-

tencias y finalidades. Se trata de medidas *ad hoc*, específicas para prevenir los fenómenos de corrupción.

El legislador italiano previó una nueva figura y una nueva autoridad que se llama Autoridad Nacional Anticorrupción. Esta agencia independiente tiene la función de vigilar y controlar la correcta aplicación de las medidas que buscan enfrentar la corrupción, vela por el respeto de las medidas en los sectores públicos y privados; aplica para procesos de contratación, creación y provisión cargos; tiene el poder de analizar si los contratos en la administración pública respetan o no los requisitos que establece la norma italiana. En suma, esta agencia autónoma tiene el poder de vigilar las actividades públicas en general, sobre todo lo que concierne a la actividad de la administración pública.

1. **Códigos de comportamiento.** Una costumbre establecida en Italia, por los particulares, era expresar agradecimiento por la atención recibida de los funcionarios, por medio de regalos, independientemente, de si el acto era lícito o ilícito. En la Ley de 2012 se limitan estos comportamientos estableciendo que el funcionario público podrá recibir estos regalos solo cuando el valor del regalo tiene un precio limitado.

A la vez, la ley estableció regímenes de incompatibilidades en la administración pública. Era común que en una misma oficina pública trabajaran varios familiares. Para evitar estos casos el legislador introduce códigos de comportamiento que son de obligatorio cumplimiento, tanto para la entidad pública como para los funcionarios individualmente.

2. **Programas anti corrupción.** Se trata de reglas que cada área o dependencia de la administración pública deberá cumplir y respetar, con miras a prevenir la ocurrencia de hechos o eventos de corrupción dentro de la administración pública. Las medidas de prevención han sido útiles, pero no suficientes. Por lo tanto, se ha visto la necesidad de introducir nueva tipificación de delitos. Las principales novedades que el legislador italiano ha introducido son:

1. La reformulación del delito de corrupción
2. Un nuevo delito castiga la inducción del funcionario público a dar o a prometer algo
3. También es nuevo el delito que castiga el tráfico de influencias

Delito de corrupción. El artículo 317 del Código Penal italiano define que la corrupción consiste en una actividad llevada a cabo por el funcionario público que constriña o induzca a alguien a dar o prometer, de manera efectiva, dinero u otra utilidad.

El artículo 404 del Código Penal colombiano castiga la misma conducta utilizando el concepto de concusión, en cuya descripción se utilizan los mismos verbos rectores, es decir, “constriña o induzca a alguien a dar o prometer al mismo servidor o a un tercero, dinero o cualquier otra utilidad...”

Con la Ley 190 de 2012 el legislador italiano modificó y suprimió la conducta de inducir al particular a dar o prometer dinero u otra utilidad al funcionario público. Actualmente en Italia se castiga la concusión en actos que solamente consistan en amenazar, obligar, constreñir un particular a dar o prometer dinero u otra utilidad al funcionario público. Un nuevo delito se contempla en el artículo 219 del código italiano: se castiga de manera autónoma al funcionario público que induce a un particular a dar o prometer dinero u otra utilidad. **Básicamente el legislador italiano ha dividido el delito de concusión en dos delitos autónomos, por un lado, se castiga a aquel que amenaza o constriñe al particular y por el otro se castiga al funcionario público que induce a un particular.**

Un ejemplo, no extraño, sucede cuando un policía de tránsito solicita a un conductor los documentos del vehículo, pero éstos no están completos. Si el policía sin expresar una amenaza, le hace entender al ciudadano que, si paga algo, él en lugar de imponer una multa o proceder al secuestro del vehículo, lo podrá dejar seguir tranquilamente su ruta. Aquí efectivamente se configura un delito de corrupción, pues el funcionario público ha inducido al ciudadano a pagar una

cantidad de dinero, sin mediar amenazas sino el “convencimiento” de que pagar puede evitarle consecuencias más graves. El funcionario público –en este caso, el policía– induce al ciudadano. Por ello, el Código castiga específicamente al funcionario presumiendo que el particular teme y respeta su posición como autoridad y por esta razón no ve otra solución que pagar y obedecer al policía.

Pero el ciudadano no siempre es la víctima. En muchos casos el ciudadano es cómplice, es decir, participa de este pacto criminal con el servidor. Por tanto, no sería un delito de concusión, sino un delito de corrupción dado que ambos sujetos tienen un interés particular. En resumen, los delitos de concusión se tipifican por aquellos funcionarios que inducen o amenacen, mas no cuando ambos son partícipes.

Otro nuevo delito que el legislador tipificó (Ley de 2012, artículo 3218 del Código Penal italiano), mediante el cual castiga la corrupción para el ejercicio de una función. En Italia no es infrecuente que los ciudadanos particulares paguen a un funcionario para que en un futuro lleven a cabo actividades que ayuden o puedan facilitar el interés del particular; es una compra de funcionarios.

El legislador italiano castiga también el tráfico de influencias. Es una modalidad de corrupción que se configura cuando participan intermediarios, sujetos que se ponen en el medio entre el particular y el funcionario y logran que **éste beneficie con su gestión al particular**. Casi siempre alguien –el intermediario– se aprovecha de las relaciones que tiene con algún funcionario público, acuerda un pago en dinero con un particular para lograr que sea atendido con alguna preferencia de oportunidad, facilidad, simplificación o eliminación de requisitos, entre otros. Lo mismo pasa en Colombia y se contempla en el artículo 411 del Código Penal.



Asociaciones Público–Privadas

Willington Gil Alzate¹

Introducción

Con la Ley 1882 del 15 de enero de 2018, el Congreso de Colombia decidió adicionar, modificar y dictar disposiciones orientadas a fortalecer la contratación pública y la ley de infraestructura, entre otras disposiciones.

Una de las varias normas legales que resultan adicionadas o modificadas es la Ley 1508 de 2012 (Por la cual se establece el régimen jurídico de las Asociaciones Público Privadas –APP–, se dictan normas orgánicas de presupuesto y otras disposiciones), en particular en los siguientes ítem: ¿cómo es el procedimiento para escoger un futuro poseionario?, ¿cuáles son las condiciones de pago y retribución por esa construcción, explotación, mantenimiento y operación en infraestructura?, ¿cómo es el tema de las vigencias futuras en el orden territorial?, ¿cómo va a ser de ahora en adelante la forma de pago al equipo evaluador que una entidad pública debe tener dentro

1 Gerente de la firma Estructuradores Legales, Docente de la Escuela de Posgrados de la Universidad Autónoma Latinoamericana de Medellín.

y externamente para evaluar esta clase de proyectos?, ¿cómo dar por terminado de forma anticipada un contrato de concesión cuando sobreviene una causal de nulidad absoluta en esta clase de contratos?, y ¿cuáles son los tipos de entidades a los cuales se puede presentar un proyecto de APP por parte de un particular o si la entidad –si lo requiere– puede dar lugar a una iniciativa pública para coordinar un proyecto en este tipo de infraestructura?

La Ley 1508 de 2012 contempla las sucesivas generaciones en concesiones. Las concesiones si bien son –en principio– un negocio jurídico, es muy especialmente un negocio financiero. Como negocio jurídico está definido en el artículo 32 numeral cuarto de la Ley 80 de 1993, el cual se formaliza en el momento de entrega de una infraestructura a un particular bien para que la construya, la opere o la explote. También se configura cuando una determinada infraestructura que ya existe se entrega al particular para que la opere, mantenga y explote. Pero la realidad de este tipo de contrato es que es un contrato de financiación de proyectos, es decir, que no es menos importante la naturaleza jurídica, pero si lo es mucho más la financiera, esto tiene que ver con cuestiones como las siguientes: ¿Cómo se paga esta infraestructura si el Estado tiene escasos recursos? Sobre la base de que el particular tiene cómo financiar el negocio; para ello, las bancas multilaterales y demás organismos internacionales trazan la ruta para que mediante la participación del particular se apoye al Estado con la financiación, en una modalidad de negocio en el cual se supone todos ganarán.

La actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común; situación que tiene base constitucional, en los artículos 333 y siguientes de la Carta: “la actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común [...]”. Un concepto rector es el que la Carta denomina liberalización de los servicios públicos, en el entendido de que el Estado no puede ser siempre un prestador, un garante, un paternalista para

entregarle todo al ciudadano que paga los impuestos. Este enfoque jurídico alimenta los modelos de financiación de concesiones. Las generaciones de concesiones han evolucionado desde las de primera generación, hasta la quinta.

A. Primera generación. La Ley 105 de 1993, promulgada en el gobierno del presidente Cesar Gaviria (1990 – 1994), abre la puerta a los particulares y genera incentivos, con miras a la construcción y operación de obras de infraestructura vial pública. Una de las figuras para ello consiste en garantizar el retorno de la inversión y utilidad con un ingreso mínimo que el particular tendrá por la explotación de esa la nueva obra construida o modificada. Una modalidad para tasar este retorno se basa en estudios de tráfico que él espera por la explotación de una infraestructura. El estudio de futuro tráfico da una tasa de peaje, el mismo que se ajusta en caso de que el tráfico resulte calculado por encima o por debajo. peaje, eso es una forma de explotación económica y por su puesto una forma de retribución de pago de la inversión que hizo el concesionario en su contrato con el Estado.

Las concesiones que salieron de esta primera generación de 1993 a 1997, se enmarcaron en una regla fiscal que establecía austeridad, reducción de costos del Estado que tiene limitaciones de fondos para invertir en grandes proyectos. Aún con el aporte del concesionario debe comprometer recursos fiscales de vigencias futuras.

B. Segunda generación. En esta generación se buscó mayor eficiencia del gasto público. El ingreso esperado, según los estudios de tráfico futuro, donde el particular asume el riesgo del 60% y es Estado el 40%. Las variables alternativas incluyen la ampliación de plazo, aumento del valor de tarifas (peaje en vías o tasa aeroportuaria o portuaria). No obstante, de 1997 al año 2000, el modelo siguió generando muchos sobre costos y baja eficiencia. El Estado todavía tenía altos riesgos.

C. **Tercera generación.** Aunque se esperaba una mayor solidez del modelo y un ingreso de retorno para el concesionario con mayor asunción de riesgos por parte de éste, los elementos siguieron fallando por la indisponibilidad de la infraestructura. Por ejemplo, en casos como la construcción de un túnel, ya en operación se encontraban fallas diversas (iluminación, accesos, filtraciones) que serían propios de la gestión del concesionario; pero terminaba el Estado haciendo adiciones.

D. A partir del año 2008 comienzan las concesiones llamadas de **cuarta generación**. El gobierno expidió un decreto reglamentario, del artículo 32 numeral cuarto, parágrafo segundo de la Ley 80 de 1993, referente a las iniciativas privadas de concesiones, con un cierto nivel de indicadores óptimos para el cumplimiento eficaz del objeto del contrato. En las concesiones salidas a partir de este año empezaron a ser evidentes mayores exigencias y detalle de riesgos a asumir por el particular. Los resultados han sido estimados como exitosos, por ejemplo, la llamada “Ruta del sol” y toda la zona de Urabá; en las cuales se hicieron exigencias y especificaciones con un nivel de condiciones más altas que en los proyectos anteriores.

Los proyectos de cuarta generación contemplan ingresos esperados por la explotación, algo que se contemplaba desde los proyectos de segunda generación; pero, con varias diferencias específicas en la cuarta, a saber:

1. Se establece un plazo máximo de treinta años para el retorno de la inversión. Antes, era condición accidental, hasta cuando se recuperara la inversión. Complementario a esto existe una sentencia importante de la Corte Constitucional: la C-300 de 2012, que explica muy bien la naturaleza jurídica del contrato de concesión, de lo que es el régimen de adiciones y el régimen de propuestas, de una forma muy pedagógica e ilustrativa.

Si eventualmente el plazo legal de treinta años, de acuerdo con un estudio estructurado presentado por el concesionario, demuestra que el recurso de explotación económica para recuperar la inversión no se logra en treinta años, sino que se necesita más tiempo, la autoridad competente podrá ampliar hasta el 20% del plazo inicial, es decir, seis años más, en total treinta y seis años. Cabe decir que esta decisión requerirá de la autorización de entes del orden nacional: Planeación Nacional, Ministerio de Hacienda y en los casos en que se requiera del Ministerio de Transporte. En estos casos se habla de plazo legal con posibilidad de prórroga.

2. Riesgo asumido: Actualmente se considera que el ochenta por ciento de los riesgos previsibles son aplicables al particular; el veinte por ciento al Estado. Si se acepta pagar este riesgo al concesionario, este deberá cumplir con la entrega de todas las especificaciones, mejor llamadas indicadores de servicio, estándares de calidad y niveles de aceptación; en condiciones ciento por ciento óptimas para que la infraestructura esté disponible para ser operada y explotada. Caso contrario el concesionario no recibirá dicho pago. Estas situaciones son propias, entre otras, de los proyectos de construcción de vías, las cuales al momento de entrada en operaciones deben estar dotadas de señalizaciones; si es la construcción de un túnel debe estar debidamente iluminado, sin filtraciones, contar con accesos completos. En el caso de que se encuentre que la señalización, los accesos, iluminación, etcétera, no cumplan los estándares óptimos, se da un término para que dichos requerimientos sean cumplidos. En caso de no cumplimiento se aplica una sanción o multa. Actualmente, el esfuerzo que debe hacer el concesionario es estar debidamente fondeado.

La Ley 1508 de 2012 contempla también diferentes tipos de procesos de selección, dependiendo de si se trata de proyectos de iniciativa pública, o privada, o un proyecto de iniciativa privada que torna a pública.

De iniciativa pública: se presenta en proyectos que salen a licitación pública con miras a adjudicar un contrato a un concesionario; los recursos para explotar la infraestructura o para construirla y desarrollarla son totalmente públicos; se requiere el ciento por ciento de vigencias futuras.

De iniciativa privada: se origina en un proyecto de infraestructura pública para la explotación o prestación de un servicio público. En este caso, unos inversionistas particulares –llamados originadores– hacen los estudios de factibilidad, se lo presentan una determinada entidad pública. A partir de allí, comienzan los trámites para modificar, analizar, estructurar y estudiar; teniendo en cuenta que la financiación será, ciento por ciento de origen privado. La mayoría de las vías son de iniciativa privada, sin recursos públicos.

Pero puede suceder que, estando ya en la fase de factibilidad, los cálculos del tráfico no son los esperados, o los indicadores de servicios son muy exigentes y eso genera costos en la inversión. En estas situaciones el particular podría argumentar que su músculo financiero alcanza pero sólo parcialmente. En este caso la norma legal autoriza que la entidad pública podrá cofinanciar la estructuración del proyecto, si es de transporte vial –por carretera, por ejemplo–, marítimo, aeroportuario, hasta una proporción máxima del 20% del valor total del proyecto. Si el proyecto de infraestructura es de índole social o empresarial y no vial, por ejemplo, hospitales, cárceles, escenarios recreativos, deportivos, edificios para desarrollar ciencia y tecnología, etc. la entidad podrá aportar hasta máximo el 30% de recursos públicos; es decir, se vuelve una iniciativa con recursos públicos. En el caso de resultar imposible para el particular asumir esta proporción de la financiación, simplemente, el proyecto se termina y no vincula a la entidad pública hasta tanto haya un contrato adjudicado. Si el proyecto no es viable y en el evento de que sus estudios sean buenos, la entidad podría adquirir esos productos, estudios y diseños, lo que también puede generar ahorro en costos y procesos de selección.

Por regla general, las entidades públicas pueden recibir y considerar proyectos en APP, pero la ley establece unas excepciones. Una de ellas es la regulada por el artículo octavo de la Ley 1508 de 2012 modificado por la Ley 1882 de 2018, de acuerdo con lo cual los particulares pueden ofrecer propuestas para el desarrollo de proyectos de infraestructura, excepto cuando se trate de sociedades de economía mixta, empresas industriales y comerciales del Estado, filiales y empresas de servicios públicos domiciliarios. La Ley 489 de 1998 contempla para el caso de las excepciones a las entidades que no tienen definido expresamente en la ley un régimen jurídico, se considera entonces que se asemejan a las empresas del régimen industrial y comercial; se denominan sociedades públicas, en las cuales encajan los casos de empresas como el Metro de Medellín, Tele Medellín y similares.

Existe una sentencia de la Corte Constitucional, la C-050 de 2016, en respuesta a la demanda de un ciudadano, sobre el parágrafo del artículo 8 de la mencionada Ley 1508, porque en su entender al restringir a dichas entidades la posibilidad de contratar desarrollos de conformidad con la opción de las APP se configuraba una violación del derecho de igualdad, máxime cuando las entidades objeto de la exclusión también deben generar rentabilidad y necesitar apoyos de capital privado. Pero la Corte resolvió que el régimen APP es un régimen de derecho público y estas entidades, aunque su naturaleza sea estatal, tienen un régimen de derecho privado, consecuentemente hay que asemejarlas al derecho privado; declaró ese artículo es exequible.

Pero, aunque la Corte ratifica que la Ley 1508 se ocupa sólo de las Asociaciones Público – Privadas (APP); las entidades públicas excluidas de este marco por su naturaleza (de empresas industriales y comerciales de Estado, por ejemplo), también podrían hacer alianzas con entidades particulares bajo otras formas asociativas, como el caso de los convenios de asociación comensales que es una APP compar-

tida; otra forma de asociarse con particulares es en los llamados convenios de colaboración empresarial o de riesgo y ventura, mediante los cuales es posible captar capital privado de los particulares o de cualquier fondo o banca de inversión para efectos de desarrollar proyectos conjuntos, no con el régimen de la Ley 1508 de 2012 o su reforma contenida en la Ley 1882 de 2018, sino con régimen de derecho privado. En otras palabras, si se quiere, la Corte dejó el panorama aún más flexible.

Otro aspecto importante en este aspecto de la gestión de particulares, es el relacionado con las autoridades competentes. Todo proyecto APP, cuando supera el nivel de factibilidad, al margen de su origen de iniciativa pública o privada requiere del aval del Ministerio de Hacienda.

Para la aprobación de un proyecto APP de cuarta generación se deben tener en cuenta varias formalidades, las mismas que se enuncian a continuación:

1. **El contrato.** Consta de una parte general y una especial. La general relaciona los estándares de derechos y obligaciones y demás especificaciones técnicas del objeto del contrato. La parte especial, tiene que ver con el proyecto en sí mismo, describe las variables de lugar de desarrollo de la infraestructura; las condiciones especiales; las obligaciones de las partes; las obligaciones que garanticen que el objeto del contrato no vaya en desmejora de los proyectos de cuarta generación; cómo se incorporan los indicadores exigidos por la Dirección Nacional de Planeación; como se ceñirán las ejecuciones a los compromisos que exijan las vigencias futuras, en los proyectos que partan de la iniciativa de una entidad pública. El Ministerio de Hacienda se fija especialmente en estos contenidos que constituyen la parte especial del contrato.
2. **Fondo de contingencia.** La Ley 448 de 1998 exige que, en materia de contratación, todas las entidades públicas deben tener o constituir un fondo de contingencia para determinados tipos de con-

trato, especialmente de obra pública, consultoría y de concesión. Este fondo de contingencia significa propiedad de recursos públicos. El Ministerio de Hacienda mira en la iniciativa pública que compromete vigencias futuras, qué porcentaje de ese fondo se va a constituir para los contratos futuros. Pero, si es un proyecto de iniciativa privada no se podrá constituir un fondo de contingencia, dado que en la vida del contrato de concesión no se puede tener recursos públicos.

3. **Matriz de riesgos.** En el desarrollo de todo proyecto se deben asumir riesgos; como ya se ha expresado en los contratos por APP, la entidad pública puede asumir hasta un máximo del 20% del valor de los riesgos, al particular le corresponde el 80%. El Ministerio de Hacienda revisa cuál riesgo es trasferido o compartido con el particular y por qué es retenido por este. En general, si las directrices del Ministerio de Hacienda son superadas en los términos del proyecto se aprueba en factibilidad, sino se devuelve para corrección, y si definitivamente no se hacen las correcciones el proyecto se rechaza. Un proyecto aprobado en fase de factibilidad, pasa al SECOP (Sistema Electrónico para la Contratación Pública).

En ciertos sectores de opinión se dice que la figura APP está hecha a la medida para que las entidades públicas contraten, directamente, un proyecto privado sin un proceso de licitación pública. Pero la ley tiene una ventana pública: el SECOP por donde los interesados pueden verificar las características de las propuestas y, si fuera del caso, proponer un mejor proyecto. Si se presenta un tercero se abre un proceso de selección abreviada con esquema de precalificación, para que este tercero entre en proceso de selección frente a la oferta que ya tenía factibilidad y aprobación de instancias gubernativas. En este nuevo proceso de selección se aplican reglas objetivas de evaluación y, en caso de ganar el tercero, deberá como única condición pagar al originador los costos de estructuración.

4. Las **vigencias futuras** son otro aspecto crucial que contempla la norma. En el orden nacional, la aprobación de las vigencias futuras las adopta el Consejo Nacional de Política Económica y Social (CONPES). El Departamento Nacional de Planeación (DNP) desempeña las funciones de Secretaría Ejecutiva del CONPES, y por lo tanto es la entidad responsable de coordinar y presentar todos los proyectos y documentos, que requieran, entre otras autorizaciones de vigencias futuras. En el orden territorial, es la Asamblea Departamental, la corporación competente para autorizar vigencias futuras para la financiación de proyectos de infraestructura; hay restricción: en el último año de gobierno no se podrán aprobar proyectos de APP'S de iniciativa pública, ni adjudicar y mucho menos suscribir contratos; en la práctica, esto resulta grave para el desarrollo de las obras públicas, máxime si se tiene en cuenta que en el cronograma de tiempos, sobre todo de iniciativa privada, el proceso se demora con todos los tramites unos dieciocho meses, cuando todo está aprobado, ya es imposible cerrarlo. La experiencia en los entes territoriales indica que una nueva administración en los primeros meses aprende y hace el plan de desarrollo y mientras lo aprende y lo interioriza ya ha corrido el primer año del período constitucional; los proyectos de ordinario se diseñan, adecúan y empiezan su trámite en el segundo año y, cuando todo está listo, fácilmente resulta que el contrato va a quedar adjudicado en el último año. La reforma de la Ley 1882 levanta esa restricción y permite a los distritos especiales, a los municipios de categoría especial como las capitales de departamento que, en el último año, al igual que las entidades de orden nacional, puedan suscribir contratos APP. Pero, surge la pregunta por ¿qué pasa con los municipios de categoría I, II? Siguen licitando, pero persiste la prohibición de celebrar contratos APP en el último año de gobierno.
5. La ley también modifica la parte económica de un contrato de estos, en relación con la inversión y la explotación; la inversión

se llama CAPES, es decir, costos de inversión de proyectos, por ejemplo, un auditorio, al que se le debe sacar el costo de los diseños, estudios; y la explotación, que se llama OPES, donde se concretan los costos de operación, explotación y mantenimiento, y se tiene en cuenta la gestión predial y eso aumenta los costos en el CAPES y la operación para el mantenimiento, porque el Plan de Ordenamiento Territorial (POT) también tiene unas exigencias de compensación detallada, entonces de ahí que se deriva algo importante donde el inversionista incurre en unos costos para construir, operar y recuperar la inversión, lo cual se llama retribución, desde la óptica de la recuperación de la inversión y de la obtención de la ganancia, para obtener rendimientos financieros. En este punto, se debe considerar la fórmula de disponibilidad de la construcción aceptada por la interventoría para generar el pago inmediato al inversionista en el mismo año que termine la misma, pues cuando se trata de iniciativa pública, esta se paga con vigencias futuras más el mecanismo de explotación económica en casos de peaje, tarifa, contribución, cotización o explotación comercial de la estructura; a diferencia de la iniciativa privada, donde nunca va a haber erogación pública, dado que el peaje vial o su tarifa se paga con el presupuesto general de las entidades estatales. Aquí, la Ley 1508 de 2012 permite la apropiación de fajas de terreno por parte del concesionario, mediante la compra, renta o explotación de este derecho real, para recuperar la inversión lo más rápido posible y evitar emplear los treinta años que da la norma para adquirirlo. Esta reforma otorgó esa posibilidad a nivel territorial pero le puso límite al concesionario u originador del proyecto, toda vez que señaló la adquisición de inmuebles o terrenos que no son propios para la explotación del proyecto, por medio del sufragio de valores agregados a la explotación comercial que no pueden valer más del 30% del valor del CAPES. De esta forma, en la actualidad:

- Las retribuciones al concesionario pueden provenir vía tarifas, peajes, sobre tasas o vigencias futuras; también pueden provenir de la explotación de inmuebles.
- Por regla general todas las entidades públicas pueden aprovechar iniciativas privadas para realizar proyectos de carácter público; menos las sociedades de economía mixta, las sociedades públicas, las filiales, las empresas industriales y comerciales del Estado, las empresas de servicio público domiciliario. Estas organizaciones tienen sí la opción de celebrar contratos de asociación con particulares en colaboración empresarial.
- Las vigencias futuras se pueden aprobar en el último año de un período de gobierno, para las entidades del orden nacional, los distritos y municipios de categoría especial y capitales de departamento. Para los municipios categoría II y II, la restricción persiste.
- El proceso de iniciativa privada que se adelante para la explotación de un bien inmueble o la compra de un derecho real –propiedad–, ya no es de iniciativa privada propiamente dicho, sino que se vuelve un proceso de licitación pública con la entidad, o sea que cambia totalmente la naturaleza de ese capitulario originador que requiere de ese inmueble, mediante un procedimiento fundado en un proceso de selección de ámbito con esquema de precalificación.
- La reforma también habla del costo de los evaluadores con la Ley 1508 de 2012, en el sentido de que los evaluadores los va a cargar el proyecto, o sea, el originador privado además de tener que cargar con el coste del CAPES, el proyecto, los estudios y la estructuración, también debe asumir el costo de interventoría y el costo directo del equipo evaluador financiero y técnico. El máximo del valor del equipo evaluador es 0.2% del valor del CAPES, ese es el tope máximo que la entidad pública puede ofrecer a los evaluadores que va a escoger para que les ayude a evaluar un proyecto de iniciativa privada, es decir, que cuando

el CAPES quede consolidado y aprobado por el Ministerio de Hacienda ese va a ser el valor de los evaluadores dentro de esta clase de proyectos.

- Por último, la reforma se ocupó de la regulación de las inhabilidades sobrevinientes en los contratos de concesión, los cuales una vez suscritos solo dan lugar al reconocimiento de los costos de personal, de estructuración y los costos de inversión derivados del CAPES, cuando a los contratistas concesionarios les sobreviene una causal de inhabilidad o les recae la nulidad absoluta del contrato, que genera la terminación anticipada del mismo.



Enriquecimiento sin causa en los contratos públicos

Juan Esteban Alzate Ortiz¹

Introducción

El siguiente tema puesto en estudio no está tratado en la reforma de las normas de contratación pública, pero sí existe controversia desde el punto de vista jurisprudencial.

En materia de los contratos estatales en nuestro país, hay tener en cuenta que Colombia es uno de los Estados que tiene un régimen especial para la contratación estatal diferente a la que rige para los contratos privados. Esta particularidad no es generalizada en el mundo; existen casos excepcionales que abarcan ambas líneas en algunos pocos países.

Hay algo que tiene un carácter pacífico en nuestra doctrina y jurisprudencia desde hace muchos años: el contrato estatal es esencialmente solemne. Como lo plantea el doctor Juan Carlos Expósito se puede hablar de la existencia de formas y formalidades; formas como

1 Doctorando en Derecho de la Universidad Externado de Colombia. Coordinador de la Maestría en Derecho Administrativo de la Universidad Autónoma Latinoamericana.

el recipiente donde se vierte la voluntad del Estado y formalidades son los distintos pasos que hay que desarrollar en las etapas precontractual, contractual y pos contractual, pero fundamentalmente desde el punto de vista de la existencia del contrato estatal, el contrato es esencialmente solemne. En ese orden de ideas, en Colombia no es posible realizar obras para entidades o agencias del Estado sin que se haya suscrito o perfeccionado un contrato. En otros escenarios jurídicos puede ser viable. Ejemplo: en España se admite la existencia de un contrato aunque el mismo haya nacido con irregularidades. En cambio, en Colombia un escenario de esta condición se toma como “una inexistencia en el contrato” y no se califica como una invalidez en el contrato o una amenaza de nulidad del mismo. En España cuando alguien ejecuta una prestación a favor del Estado sin contrato formalizado, se reconoce la existencia del mismo, pero se declara la nulidad del contrato.

En Colombia, las normas que reglamentan el perfeccionamiento del contrato y los requisitos de ejecución son normas de orden público. Son normas de obligatorio cumplimiento que no están a la libre disposición de las partes, por eso, cuando se ejecutan prestaciones a favor del Estado sin que se haya perfeccionado el contrato, las partes suponen que hay aceptación de que el Estado obviamente no pagará esos servicios. En ese caso, se configura un escenario de “procesos cumplidos”. Cuando un particular ejecuta prestaciones y luego decide reclamar ante la jurisdicción todos los recursos que invirtió en esas prestaciones, obras o servicios al Estado debe acudir mediante la pretensión de enriquecimiento sin causa, porque específicamente no hay un contrato, es decir, se generó algo por fuera de las fuentes tradicionales de las obligaciones. Esta situación ha sido pacífica en la jurisprudencia del Consejo de Estado.

Otra cosa sería si esa pretensión de enriquecimiento sin causa se ventilara mediante una acción de reparación directa o de la acción *in rem verso* que es la acción que, por naturaleza, establece el Código

Civil; algo que ha sido un tema de discusión en la jurisprudencia. Pero el asunto medular en la discusión es que no hay contrato, el contrato es inexistente; luego no podrá ventilarse nada dentro de ese escenario. Se debe plantear un caso de enriquecimiento sin causa y la discusión se dará en la sede jurisdiccional. La jurisprudencia del Consejo de Estado ha tenido varias etapas con respecto a cómo ha resuelto la cuestión o las pretensiones de enriquecimiento sin causa, dentro de las prestaciones que se ejecutan a favor de un Estado sin existencia de un contrato estatal.

Décadas 1980 – 2006. En esta etapa el Consejo de Estado de forma pacífica reconocía con gran facilidad la restitución del patrimonio al empobrecido siempre y cuando demostrara que había algún tipo de mediación de la administración, es decir, que la administración solicitara que el bien o servicio de una forma irregular porque sí hubo contrato; o sea, existió un mensaje, un escrito, nota, correo o alguna reunión que mediara la prestación, de manera que se puede inferir que la obra en discusión haya sido determinada en beneficio del Estado. Así las cosas, se reconocía fácilmente la procedencia del enriquecimiento sin causa y se daba la posibilidad de reparar a la persona que resultaba empobrecida, en el entendido de que la restitución solo puede ocuparse del reintegro del patrimonio, frente a un enriquecimiento sin causa. Ante la ausencia de causa jurídica es posible pretender una indemnización de perjuicios que incluya otros valores inmersos a la pretensión.

Auto del Consejo de Estado del 30 de marzo de 2006, expediente 25.662. A partir de este auto la vía administrativa adopta una postura restrictiva para que prospere el enriquecimiento sin causa. El Consejo de Estado dijo que en un escenario donde un particular ejecutaba unas prestaciones a favor del Estado sin el lleno pleno y satisfactorio de los requisitos para el perfeccionamiento de un contrato –las formas y formalidades–, sin el respeto de todos los reglamentos propios de la etapa precontractual y mucho menos los del contrato. Establece

que si bien el empobrecido no puede alegar su propia culpa para obtener algún tipo de reparación, la primacía de la ley no lo exime de responsabilidad; por ende, quien resultó empobrecido tuvo que haber entendido y sabido que tenía que firmar un contrato y respetar las formas y las formalidades. Como se encuentra cierta culpa en el empobrecido –por no haber firmado el contrato– ese servicio, obra y lo demás que hizo no será reconocido por el Estado.

En época de este Auto del expediente 25.662, no se hablaba de sentencia de unificación del Consejo de Estado, lo que permitía que se fluctuara en las distintas sub-secciones de la sección tercera de la Corporación (compuesta por nueve magistrados). En algunos casos se accedía a la pretensión, en otros no.

Sentencia de unificación del Consejo de Estado, expediente 241.997 del 19 de noviembre del 2012. En esta sentencia el Consejo de Estado termina de cerrar la posición y toma una postura mucho más restrictiva. No obstante, sostiene y mantiene que el empobrecido no puede alegar su propia culpa porque él tuvo que haber aplicado y conocido las normas de orden público que imponen el perfeccionamiento y ejecución de los contratos. Además, establece tres únicas causales para que proceda el enriquecimiento sin causa; es decir, la figura la vuelve restrictiva.

Lo interesante es observar cómo después del fallo de unificación del Consejo de Estado, el mismo ente se empieza a retractar o a dictar unos fallos maquillándolos con la sentencia de unificación para conceder la restitución del patrimonio.

Presupuestos del enriquecimiento sin causa. 1 Existe un enriquecimiento a favor de una de las partes; 2. El empobrecimiento de otro patrimonio es consecuencial con ese enriquecimiento; 3. Se exige que haya una relación causal; 4. No puede existir otra causa jurídica que sustente ese traslado patrimonial. Causa jurídica entendida como ley, contrato, cuasicontrato.

Lo que se quiere analizar es que, en el primer y segundo elemento del enriquecimiento sin causa, esto es, el enriquecimiento de un patrimonio que en este escenario sería el Estado y el empobrecimiento que sería el que pudo experimentar el contratista, el que prestó el servicio o que ejecutó la obra, para que el empobrecido pueda alegar el restablecimiento del patrimonio tuvo que haber actuado con buena fe. Y, el elemento de la buena fe es trabajado por la jurisprudencia del Consejo de Estado en esta sentencia y anuncia que la buena fe del empobrecido tiene que alegar la buena fe objetiva.

El hecho cumplido se puede dar en muchos casos en el derecho administrativo y sobretodo en el sector público. Pero, si se relacionan hechos cumplidos con delitos de contratación estatal resultan tres escenarios bastante diferentes:

- A. El más reprochable que es cuando una persona ejecuta una prestación a favor del Estado sin que haya existido un contrato, claramente hay un hecho cumplido en la medida en que se ejecutaron las prestaciones sin que se cumpliera con la normativa de perfeccionamiento del contrato.
- B. El más recurrente y problemático. Con relativa frecuencia ocurre que adicional a un contrato formalizado, se termina ejecutando otras obras o servicios adicionales a los pactados en el contrato, ya sea por una situación urgente en materia de obra pública o porque en los procesos de selección de los contratistas se presentan demoras que exigen ampliación de términos. Ocurre, por ejemplo, que un contrato para proveer el servicio de vigilancia en una entidad u obra del Estado, se le vence el término mientras la nueva licitación no se ha logrado cerrar y el nuevo contrato está aún por formalizar; se le pide entonces al nuevo seleccionado o al anterior confirmado que empiece a ejecutar o continuarlo sin el lleno de los requisitos formales, con la alternativa de que “posteriormente se pagarán esos servicios.

En la Cámara de Representantes en Colombia ocurrió un caso de este tipo. Fue con el contrato de la fotocopidora que atendía necesidades para el funcionamiento de la Corporación, el plazo del contrato expiraba y el de la nueva selección estaba aún con pendientes. Lo usual era que se obligaba a que la persona encargada de las copias siguiera en sus labores de prestación de servicio sin el contrato, mientras se ultimaba el proceso de contratación.

Esta modalidad se considera una obra adicional o de extensión del mismo objeto del contrato. Es una situación frecuente y problemática; es una prestación a favor del Estado sin que existe un contrato legal.

C. El que no se ventilará para efectos del enriquecimiento sin causa:

Es posible que el contrato estatal se perfeccione, pero es posible que no se cumpla con los requisitos de ejecución del contrato, respecto de lo cual se tiene que si bien es cierto que hay un hecho cumplido y los problemas que se generen después de la ejecución material de las obras o servicios por no acatar los requisitos de la ejecución del contrato, los mismos deben ser ventilados mediante una acción contractual porque el contrato estatal está perfeccionado.

Buena fe objetiva. Es deber de conducta indispensable en las relaciones jurídico-negociables. Se habla de un deber de consulta de una persona con relación a otra en un negocio jurídico o en un contrato. Cuando se presenta un caso de enriquecimiento sin causa porque el particular ejecutó una obra o prestó un servicio sin la debida formalidad de un contrato, cabe la pregunta: ¿será que es la buena fe objetiva la que se puede exigir al empobrecido para que prospere la restitución patrimonial? La buena fe objetiva no solamente es creer sino manifestar ciertas conductas y adoptar los comportamientos adecuados, asertivos, consecuentes; es una regla fundamentada en honestidad, rectitud, lealtad y en consideración e interés del otro.

En Colombia se encuentra esta disposición en el artículo 1503 del Código Civil. Le da un sustento a la buena fe objetiva, en especial, en los casos contractuales. Por consiguiente, hay una obligación por

parte de los extremos de la negociación jurídica: deben actuar con honestidad respecto a la otra parte.

En el artículo 863 del Código del Comercio se dice que las partes deben proceder de buena fe exenta de culpa en el período precontractual, so pena de indemnizar los perjuicios que se causen. Y, es un error porque lo que consagra la norma no es una buena fe exenta de culpa sino lo que se entiende como la buena fe objetiva que puede ser pasiva o activa:

- Activa: sujeto que tiene que ejecutar la conducta.
- Pasiva: sujeto que espera a que el otro individuo actúe con honestidad y legalidad.

Buena fe subjetiva. Se considera como un estado de ignorancia o de error; una creencia o pensamiento cargado de una situación psicológica. Cuando se cree que una situación es A cuando realmente es B, es decir, el sujeto se encuentra en una posición ilícita, pero él está convencido que hace lo correcto. No está tan encaminada a las relaciones contractuales entre los individuos, sino que depende más de la persona que siente esa buena fe subjetiva con su propia creencia; es decir, no está condicionada hacia el otro.

El artículo 768 del Código Civil, considera la buena fe de posesión, como: “La buena fe es la conciencia de haberse adquirido el dominio de la cosa por medios legítimos exentos de fraudes y de todo otro vicio. Así, en los títulos traslativos de dominio, la buena fe supone la persuasión de haberse recibido la cosa de quien tenía la facultad de enajenarla y de no haber habido fraude ni otro vicio en el acto o contrato”.

La buena fe subjetiva puede ser simple o cualificada, o exenta de culpa.

- Buena fe simple: Se agota específicamente en esa mera creencia.
- Buena fe exenta de culpa: Aunque sigue siendo subjetiva, tiene un pequeño evento que es objetivo. En este caso no se agota la mera creencia sino que existe un elemento objetivo que se evi-

dencia en hacer las averiguaciones pretendientes en beneficio propio. Es decir, mientras que la buena fe objetiva implica un deber de conducta en beneficio para la contraparte del negocio jurídico de un contrato; la buena fe exenta de culpa es subjetiva, es una creencia pero además hay unas verificaciones y unos cuidados que tiene la persona, pero para su propio beneficio, para que tal persona no salga afectada en la situación en la que está interactuando. Por ejemplo, si alguien compra un inmueble y acude a la oficina de instrumentos públicos por un certificado de libertad y tradición para saber si el individuo que lee está ofertando sí es realmente el propietario de ese bien. En este caso hay una buena fe exenta de culpa porque la gestión de ese comprador contribuye a evitar problemas. La justicia protege este tipo de acciones; mientras que si se actúa con buena fe objetiva es un deber de conducta frente a la otra parte del negocio jurídico, mientras que la buena fe exenta de culpa que es subjetiva –una simple creencia– y se hace un ejercicio de verificación en busca del bienestar propio.

El Consejo de Estado, en la sentencia de unificación, dice que para que el empobrecido pueda obtener algún tipo de restitución del patrimonio, tuvo que haber actuado con buena fe objetiva. No obstante, cuando se está frente a un enriquecimiento sin causa se sabe que es una situación irregular; ya se ejecutaron unas prestaciones sin que haya surgido un contrato, por consiguiente, ya hay algo que está viciado gracias a esa irregularidad y hay que aceptarlo. El asunto es que dentro de la concepción que hace el Consejo de Estado, se considera que las normas que hablan de perfeccionamiento del contrato estatal son normas de orden público y que la ignorancia de esto no exime de responsabilidad. Cuando se hace la afirmación respecto a las normas del orden público se suprime –por así decirlo– el elemento de la buena fe que hace parte del enriquecimiento sin causa, en la medida en que no es posible tener un comportamiento honesto hacia la otra

parte. El argumento no será válido si no se presentaron debidamente las propuestas para contratar, si no hubo contrato. El hecho de que alguien reconozca la ignorancia hacia las reglas del perfeccionamiento de un contrato –que son de orden público– impide alegar presencia de buena fe.

Frente a esto se pueden formular unas críticas puntuales asociadas al hecho de que la buena fe es un principio y el mismo no puede eliminarse por una regla que establezca el Consejo de Estado en una sentencia de unificación, donde supedita al empobrecido a asumir todas los riesgos y pérdidas derivados de una actividad contractual irregular, cuando se ha prestado el servicio previamente a la legalización del contrato. Lo interesante es que el Consejo de Estado centra sus ojos en el empobrecido que ejecutó la prestación, pero no se está preguntando en esta etapa: ¿Y el Estado qué?, cuando le dice que continúe ejecutando la prestación del servicio; y en ese orden de ideas ¿Dónde está la responsabilidad y la buena o mala fe del ente administrativo? Frente a esta cuestión surgen tres escenarios donde el Consejo de Estado autoriza la figura, y la reclamación se cierra fácilmente con fundamento en la omisión al cumplimiento de las normas de orden público, atribuible a la entidad estatal, sin tener que alegar o discutir su actuación de buena fe o de mala fe.

Una situación problemática es que en los casos en que por más buena fe objetiva que se configure, no puede decirse que el deber de conducta de honestidad frente al otro es acatar efectivamente el ordenamiento jurídico; el Consejo de Estado casi dice que la buena fe objetiva es actuar siempre como lo dispone o establece el ordenamiento jurídico para el perfeccionamiento de los contratos; esto lo que hace es eliminar el alcance del principio de buena fe.

¿Por qué el Consejo de Estado eligió la buena fe objetiva que opera en el enriquecimiento sin causa? Si vamos a los preceptos constitucionales quizás nunca haya una distinción ¿Y por qué no es la buena fe exenta de culpa?, la razón es que la buena fe objetiva es la que

se predica frente a los contratos, sabiendo que no hay realmente un contrato porque no se pudo perfeccionar y además la buena fe objetiva que sea, sigue teniendo una consideración y es que parte del interior del individuo que se manifiesta frente al otro, es decir, que no desprecia la materia psicológica dicho en una sentencia de la Corte Suprema de Justicia en el año 1938. Evidentemente hay un error porque así el Consejo de Estado quiera proteger la transparencia y evitar la corrupción no puede encerrar el principio de buena fe convirtiéndola en una regla.

Por ello se concluye que la buena fe no puede tener parámetros absolutos y plenamente definidos, sino que se debe analizar cada caso en específico. Hay escenarios en donde los enriquecimientos sin causa no se pueden cerrar solo por el aspecto mencionado de ser calificado como de orden público. Tampoco limitarlo por el temor a la corrupción, porque se vulneraría la protección contractual en todos los casos.

Causales de procedencia de enriquecimiento sin causa. El Consejo de Estado dice –no obstante, lo anterior– establece tres escenarios:

1. En los casos es los que se acredite, de manera clara, que fue, exclusivamente, la actuación de la entidad pública –sin participación y sin culpa del particular afectado–, porque dada su supremacía, libertad e imperio constriñó o impuso al respectivo particular la ejecución de prestaciones, o el suministro de bienes y servicios a su beneficio, por fuera del contrato original.

Frente a lo anterior, cabe la siguiente **crítica**: El constreñimiento por parte del Estado es una falla administrativa que tiene posibilidad de repararse mediante la acción y el control de reparación directa. Efectivamente se configura una causa jurídica que se nombra como: constreñimiento ilegal de la administración.

2. Cuando la administración, aduce la necesidad perentoria de hacer obras o adquirir bienes y servicios requeridos con urgencia para

proteger un derecho fundamental, en especial la salud. Por ejemplo, un evento urgente cuya atención exigió contratar y pagar una ambulancia o los respectivos medicamentos. En este escenario el Consejo de Estado procede a reconocer el enriquecimiento sin causa, pero aclarando que la decisión de la administración debe cumplir con los requisitos de urgente, útil, necesaria y más razonable ajustada a las circunstancias que la llevaron a tomar esa decisión.

Este autor expone como **crítica**, que el Consejo de Estado olvida que hay otros derechos fundamentales que pueden estar en juego.

3. Corresponde a los casos en los cuales se declara noticia manifiesta, según el artículo 42 de la Ley 80 de 1993 referido a la urgencia manifiesta, sin que la administración haya emitido un acto administrativo para dar a conocer la urgencia, sino que, directamente, ordenó la construcción de una obra o la prestación de servicios.

Sobre este punto el autor expone como su **crítica** que la naturaleza de la urgencia manifiesta da la posibilidad de que se presente un contrato sin no perfeccionado.

De las grandes dificultades que gravitan a diario sobre la administración, es entender que la administración estatal, cuando ejecuta su función administrativa, no está simplemente ejecutando la ley, sino que implica demasiadas variables, como afrontar situaciones y problemas aún no contempladas por la ley. Cuando el Consejo de Estado pretende con los fallos de las sentencias de unificación volver regla los principios, encierra el cauce jurídico del ordenamiento de la administración y de la eventualidad, que se presentan en casos en los cuales, no necesariamente, configuran una defraudación al patrimonio del Estado y a la gestión contractual, sino que son situaciones reales de urgencia que deben ser atendidas de manera expedita. Al respecto cabe remitir al lector a los casos ya referenciados y objeto de la intervención del Consejo de Estado, uno de ellos el 2013-19045, del 30 de enero de 2013, que resolvió el posible constreñimiento ilegal

del Estado al contratista que fue obligado a prolongar la prestación de sus servicios de vigilancia en una entidad pública. En la vida real encontrar una situación de constreñimiento ilegal es complicado, a menos que se llegue a demostrar que a los prestadores del servicio se les obligue por medios violentos superar los objetos del contrato vencido; lo usual es que mediante un correo electrónico por parte de la administración, se le avise al prestador del servicio que se prolongarán los términos del contrato vencido, y que ello tendrá la debida remuneración.

En la sentencia derivada del expediente 24.969 de 2013 se asume el caso del servicio de fotocopiado en la Cámara de Representantes, en el cual una vez superados los términos del contrato, se solicita la contratista continuar extracontractualmente. Se habla aquí de un constreñimiento ilegal de la entidad pública (Cámara de Representantes).

Se debe aclarar que en el enriquecimiento sin causa solo se puede alegar por la restitución del patrimonio, mas no de indemnizaciones por perjuicios. En el caso en que el Estado contrate a un arquitecto para el diseño de unas obras y el Estado le pague sin existencia de un contrato, ¿será que se podrá pedir el lucro cesante, es decir los materiales requeridos? O, ¿cómo se valora el empobrecimiento o desgaste de lo que es la producción intelectual? Como se aprecia, existen escenarios en los que el mismo Consejo de Estado termina reconociendo intereses y lucro cesante, como cuando ordena la restitución del patrimonio o reconoce las utilidades; muy parecido a los efectos asociados a la nulidad del contrato. Cuando se anula el contrato puede existir la posibilidad de reconocer lo que efectivamente se ejecutó.



Breve perspectiva sobre algunas de las principales modificaciones hechas por la Ley 1882 de 2018 al Estatuto General de Contratación Pública

Juan Manuel Osorio García¹

Introducción

Desde luego que en los últimos años el ordenamiento jurídico ha venido constituyéndose en un escenario provisto de cambios y reformas dirigidas a la contratación estatal, en aras de estimular el desarrollo, la infraestructura y combatir el problema de la corrupción, consolidando y garantizando la seguridad jurídica, efectividad y transparencia.

Bajo dicha perspectiva, la dinámica cambiante que ha venido transformando el derecho de la Contratación Estatal en nuestra Nación, obedece a la apremiante necesidad de condicionar el actuar del Estado en el marco de los principios de igualdad, moralidad, eficacia, celeridad, imparcialidad y publicidad. Todo ello, edificado en el objetivo de garantizar los fines esenciales del estado que, por supuesto

1 Abogado Especialista en Contratación Estatal de la Universidad de la Sabana. Analista V, División de Gestión, Recaudo y Cobranzas, Seccional Ibagué, Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales.

requieren bienes, servicios y obras que se obtengan mediante la contratación como función administrativa.

En ese orden de ideas, lo que se ha pretendido por medio de dichas reformas en los eventos en que la administración pretende celebrar determinados contratos, a fin de materializar la finalidad social del estado, indiscutiblemente será proteger el patrimonio público y propender por el principio de igualdad ante los administrados, per se a los beneficios y cargas públicas al momento de escoger la persona natural o jurídica con quien celebrará el contrato.

De esta manera, los contratos de la administración, en la medida deberán garantizar, en su cabal cumplimiento, las condiciones razonablemente previsibles, y se adelantará sin tropiezos, dentro de los plazos y especificaciones acordados, puesto que la correcta planeación allana el camino para evitar las múltiples dificultades que se pueden presentar alrededor de las relaciones contractuales de las entidades estatales. De ahí, que la planeación como manifestación del principio de economía en los contratos estatales es una exigencia perentoria del ordenamiento jurídico, no puede entenderse, sino de manera irrazonable, que se sostenga que su violación no constituye un objeto ilícito y que no sea una causa de nulidad absoluta del negocio jurídico respectivo (Sentencia 2012-00012 de diciembre 10 de 2015 Consejo de Estado).

Surtido estos requerimientos, la escogencia deberá ser a través de un preestablecido proceso de selección y en atención a criterios de rigurosidad, imparcialidad y objetividad, al particular que convide las mejores condiciones, lógicamente sin mediar ningún interés personal, o motivación de índole subjetiva.

Bajo tal perspectiva, la Ley 1882 de 2018 nació no como una reforma integral al Estatuto General de Contratación, sino que es el resultado de un consenso de medidas determinadas y puntuales con la firme intención de prevenir que las gestiones contractuales de las entidades estatales se sujeten y sean destinadas a satisfacer los intereses

públicos, coincidentes y que se consideraran como “suyos propios”. Por ello, es que las entidades al celebrar los contratos y la ejecución de los mismos buscan el cumplimiento de los fines estatales, la continua, y eficiente, prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellas en la consecución de dichos fines.

De esta manera, vale la pena describir a manera de síntesis algunos de los principales cambios, modificaciones, o aportes novedosos que realizó la norma objeto de estudio y que han venido siendo objeto de discusiones, análisis y controversias en la práctica.

Ley 1882 de 2018, modificaciones al Estatuto General de Contratación Estatal

Presentación de las propuestas en dos sobres en el proceso de licitación pública. Conforme determinó el artículo 30 del estatuto, modificado por el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007 y el artículo 89 de la Ley 1474 de 2011 y por los artículos 220 y 224 del Decreto-Ley 19 de 2012, en concordancia con el decreto reglamentario 1082 de 2015, el proceso de selección advertirá las siguientes fases: Estudio previo; Elaboración del pliego de condiciones; Orden de apertura de la licitación; Invitación pública participar en la licitación; Plazo de licitación; Aclaraciones y modificaciones de los pliegos; Estudio de las propuestas y Adjudicación. Por lo tanto, el pliego condiciones conforme lo indica el artículo 24, numeral 5 de la Ley 80 de 1993 modificado por el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007, es un documento público orientado a describir el objeto del contrato, la normatividad jurídica que lo rige, los derechos y obligaciones recíprocas, la determinación y “ponderación de los factores objetivos de selección” y todas las demás circunstancias de tiempo, modo y lugar. (Régimen Jurídico de la Contratación Estatal, Tercera Edición, Luis Guillermo Dávila Vinueza).

Sin embargo, la Ley 1882 de 2018 modificó la Ley 80 de 1993 en lo referente al proceso de selección del contratista, estableciendo que la oferta en el proceso de selección objeto de análisis debe ser presentada en dos sobres. En donde el primer sobre contendrá los requisitos de (capacidad jurídica, financiera, organizacional y experiencia), requisitos que se conocen como habilitantes, y también lo estarán los concernientes a aquellos distintos a los que no otorgan puntaje.

Por el contrario, en el segundo deberá incorporarse únicamente la propuesta económica que como requisito sine qua non cumplirá con lo consignado en los pliegos de condiciones. Y a su vez, este último tendrá que estar cerrado hasta el día en que se celebre la audiencia de adjudicación del contrato.

Sin lugar a dudas, es una estipulación novedosa que pretende erradicar prácticas impropias en los procesos de selección de contratistas, eliminando de esta manera la posibilidad de que los oferentes conocieran con anterioridad a la audiencia de adjudicación, la propuesta económica de los demás oferentes; lo cual indudablemente provoca efectos nocivos restringido la libre competencia creando el escenario ideal para el fenómeno de la corrupción.

Consultores, interventores, asesores externos y la ampliación del régimen de responsabilidad. Desde la época del Decreto 222 de 1983, en el contrato de Interventoría ya se hablaba de la responsabilidad penal a que hubiere lugar por parte del Interventor, como también la de orden civil originada en el mal desempeño de sus funciones.

Posteriormente, la Ley 80 de 1993 amplió el rango de aplicación de dichas responsabilidades, haciéndolas extensivas a los Consultores y Asesores Externos, determinando que respondían civil y penalmente por el cumplimiento de las obligaciones contractuales, así como también por los hechos u omisiones que le fuesen imputadas y causaran daños o perjuicios a las entidades.

A su vez, la Ley 1474 de 2011, adicional a la responsabilidad penal y civil, modificó el artículo 53 de la Ley 80 de 1993, estableciendo dos

responsabilidades, siendo aquellas la fiscal y la disciplinaria, originadas todas, “por el cumplimiento de sus obligaciones contractuales, así como por los hechos u omisiones que les fueren imputables y que causaran algún perjuicio a la entidad, derivados de la celebración y ejecución de los contratos respecto de los cuales hubiesen ejercido sus actividades o funciones de asesoría, consultoría o interventoría.

No obstante, con la promulgación de la Ley 1882 de 2018, precisó de manera acertada que, los consultores y asesores externos responden civil, penal, fiscal y disciplinariamente en dos supuestos: (i) por el cumplimiento de las obligaciones contractuales derivadas de los contratos celebrados por ellos y (ii) por los perjuicios causados a la entidad contratante derivados de la celebración y ejecución de contratos respecto de los cuales hayan ejercido las actividades de consultoría o asesoría. Esto último siempre y cuando tales perjuicios hubiesen sido producto de hechos u omisiones que les sean imputables y sean constitutivos de incumplimiento de sus obligaciones contractuales.

Por su parte, en lo que concierne a los interventores, determinó que era necesario restringir la responsabilidad penal, civil, fiscal y disciplinaria, únicamente a el incumplimiento de sus obligaciones originadas en el contrato y por los daños y perjuicios causados a las entidades y derivados de la celebración y ejecución de su respectivo contrato.

A su turno, el Código General Disciplinario, Ley 1952 de 2019, que entrará a regir el 1 de julio de 2021, consagró a manera taxativa faltas inherentes y propias a los supervisores e interventores, relacionadas con no exigir la calidad de los bienes y servicios adquiridos por la entidad, no informar a la entidad contratante hechos que puedan constituir actos de corrupción que puedan poner en riesgo el cumplimiento del contrato o cuando se trate de situaciones de incumplimiento.

Pliegos tipo: Bases legales y jurisprudenciales. La implementación de los pliegos tipo responden a la ausencia de un derecho uniforme que ofrezca transparencia y seguridad jurídica, en aras de dis-

minuir la desbordada discrecionalidad de los ordenadores del gasto; no obstante, su inmersión en nuestro ordenamiento jurídico no es propiamente dicha una propuesta novedosa, en atención a que, el Decreto 1510 de 2013 en el artículo 159 en su momento contempló situaciones en las cuales se materializaba lo denominados documentos tipo en los pliegos de condiciones de los procesos de selección de contratistas. Empero, lo previsto en dicho decreto, de manera acertada el Honorable Consejo de Estado consideró que, aquella atribución contemplada por la norma *sub judice* constituyó “un traspaso indebido de la facultad reglamentaria a cargo del presidente de la República” (Consejo de Estado).

Y es que el año anterior, la Sección Tercera del Consejo de Estado, acudiendo a un criterio enmarcado en el principio de legalidad, declaró la nulidad parcial del artículo 159 del Decreto 1510 de 2013, en su numeral 2, literal (a); numeral 3 y numeral 4, acudiendo el cual establecía que Colombia Compra Eficiente debe diseñar e implementar: literal a) del numeral 2: “Manuales y guías para: la identificación y cobertura del Riesgo”; numeral 3. “Pliegos de condiciones tipo para la contratación dentro de los seis meses siguientes a la expedición del presente decreto”; y numeral 4. “Minutas tipo de contratos dentro de los seis meses siguientes a la expedición del presente decreto”. Motivo por el cual, concluyo que de ninguna manera se le puede otorgar la facultad a la Agencia Colombiana Compra Eficiente de expedir pliegos tipo y que sean vinculantes para las entidades estatales, si no existe disposición legal expresa que lo autorice, salvo en los eventos en que se trate de la adquisición de bienes y servicios de características técnicas uniformes y de común utilización.

Sin embargo, y con algo de acierto, la Ley 1882 de 2018 solucionó de cierta manera la controversia en mención, disponiendo de forma expresa y dándole atribuciones al Gobierno Nacional para expedir pliegos de condiciones tipo, razón por la cual, puede considerarse que el análisis de legalidad de los documentos tipo en los

pliegos de condiciones, está sujeta a la existencia de la ley objeto de reglamentación.

En palabras de la Honorable Corte Constitucional, la Ley 1882 de 2018 se convirtió en el límite que el presidente tiene para desarrollar su potestad reglamentaria, por lo tanto, todo acto en el cual el presidente ejerza la potestad reglamentaria, sería inconstitucional, si reglamenta una ley inexistente, o si en el acto de reglamentar va más allá de reglamentar la ley, y entra con el decreto reglamentario, so pretexto de reglamentar la ley, a legislar creando derecho o modificando leyes ya existentes, excediendo de esta forma la potestad reglamentaria; situación que a todas luces, en la norma objeto de estudio, no se presentó al no configurarse el vacío legal al cual se hizo referencia. (Corte Constitucional. Sentencia T-558 de 2006. Magistrado Ponente: Jaime Araujo Rentería).

Así las cosas, la implementación de los documentos tipo o estándares será de obligatoria aplicación conforme lo dispuso la Ley 1882 de 2018, para las entidades, nacionales, departamentales, distritales y municipales, que estén sometidas al Estatuto General de Contratación, en lo que tiene que ver con los procesos de selección en los contratos de obra pública, interventoría para las obras públicas, interventoría para consultoría de estudios y diseños de obras públicas, y consultoría en ingeniería para obras.

Bajo tal óptica, la Ley 1882 de 2018 consagró que los temas a los que refiere los documentos tipo serán (a) las condiciones habilitantes, (b) factores técnicos y económicos de escogencia, y (3) ponderación precisa y detallada de los factores de escogencia. Así como también, señaló el Gobierno Nacional es imperioso al momento de reglamentar los documentos técnicos, tener en cuenta las condiciones y características reales y propias de cada región.

Otro aspecto trascendental es la controversial afirmación, por un sector, de la doctrina que considera que desde la entrada en vigencia de la Ley 1882 de 2018, la obligatoriedad de los documentos tipo para

elaborar los pliegos de condiciones en los contratos de obra pública afecta la autonomía de los departamentos, distritos, y municipios, toda vez que, en virtud de los códigos de régimen municipal y departamental, la contratación de los departamentos y municipios está sometida al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública en lo que tiene que ver con: Tipos de contratos; clasificación y definición de los contratos; efectos de los contratos; responsabilidades contractuales de funcionarios y contratistas; terminación de contratos; principios sobre terminación de contratos; modificaciones e interpretaciones unilaterales; régimen de inhabilidades e incompatibilidades; y cláusulas obligatorias.

Pues bien, consideran algunos doctrinantes que “la autonomía de las entidades territoriales, en materia de contratación pública, está determinada por las normas del orden nacional, por lo tanto, el pliego tipo eventualmente incluido en norma nacional no vulneraría la autonomía de los contratantes”. De esta manera, podría señalarse que no existe vulneración al principio de autonomía de las partes en materia de contratos de obra pública; sin embargo, lo anterior entra en discusión con el numeral 3 del artículo 287 de la Constitución Política, que establece que el derecho en cabeza de las entidades territoriales de administrar sus propios recursos, normas íntimamente relacionadas con los fenómenos descentralización y desconcentración administrativa.

Sin lugar a duda, el asunto genera polémica en un estado puro, máxime si en el trasfondo del mismo se materializa un escenario en el cual jurídicamente existen interpretaciones perfectamente válidas. Ahora bien, en términos de la orientación filosófica que debiera tener las Entidades Estatales al analizar las normas jurídicas, es viable considerar que la interpretación más ajustada a derecho, es la que ha venido predicando la Honorable Corte Constitucional desde la sentencia C-520 DE 1994, consistente en que: “[...] La autonomía de que gozan las entidades territoriales debe desarrollarse dentro de

los marcos señalados en la Carta Política y con plena observancia de las condiciones que establezca la ley, como corresponde a un Estado social de derecho constituido en forma de República unitaria. Es decir, no se trata de una autonomía en términos absolutos, sino por el contrario, de carácter relativo. De todo lo anterior se deduce que si bien es cierto que la Constitución de 1991 estructuró la autonomía de las entidades territoriales dentro del modelo moderno de la descentralización, en ningún momento se alejó del concepto de unidad que armoniza los intereses nacionales con los de las entidades territoriales, que se encuentran limitadas por las regulaciones de orden constitucional y legal en lo que respecta a la distribución y manejo de los recursos que deben tener en cuenta aquellas pautas generales encaminadas a satisfacer las verdaderas necesidades de las regiones, departamentos, distritos, municipios y territorios indígenas [...].”

En todo caso, lo que no se puede negar es que los beneficios de incorporar documentos tipo en materia contractual, pueden contribuir a generar la erradicación de los factores como el direccionamiento de los contratos, puesto que han existido ciertas prácticas arbitrarias y discrecionales, consistentes en los cambios de requerimientos establecidos o fijación de criterios subjetivos en los pliegos de condiciones, con el objetivo de favorecer a un solo proponente. Empero, hay que acudir a la realidad sociocultural y aceptar que no hay manera de asegurar que los mismos, garanticen la total eliminación de los fenómenos de la corrupción y colusión, bajo el entendido que, la implementación de aquellos debiera ir de la mano con el endurecimiento real de La Ley Penal y Disciplinaria y, desde luego, crear conciencia moral y social en los funcionarios públicos, así como también un correcto apego a las buenas prácticas en materia de contratación estatal.

Conclusiones

Examinado el panorama actual, por supuesto, que existen otras modificaciones que merecen ser analizadas; empero, serán materia

de estudio en futuras ocasiones en la medida que sean gradualmente reglamentadas y obtengan un pleno desarrollo jurisprudencial.

Es menester señalar que la Ley 1882 de 2018 no responde propiamente a una perspectiva en el marco de un contexto social y político, originado en la realidad del país, sino que se desprende del excesivo apego a normatividades foráneas que, desde luego, ostentan diferencias sustanciales inherentes a su propia cultura y sociedad.

Por ello, cabe advertir que en Colombia el problema de corrupción aumenta día a día, pese a los múltiples mecanismos de índole constitucional y legal creados para combatirla. Pues los mismos no resultan efectivos, dado a que el acaparamiento por parte de los consorcios o contratistas fuertes económica, financiera y técnicamente, y de la injerencia de carácter político que realiza una presión abismal encaminada a ajustar los procesos de selección, aprobación de ofertas y adjudicación de contratos para un oferente en concreto, es la realidad habitual de los procesos de contratación, lo cual deriva en una deslegitimación de las instituciones e insatisfacción o mala apreciación de las entidades estatales en general. Y que como se abordó en párrafos anteriores, la solución no radica enteramente en centralizar en determinadas instituciones del gobierno, el derecho que le compete a las entidades territoriales de administrar sus propios recursos.

Así las cosas, no es dable pretender que al cambiar algo necesariamente se corrija. Por ende, en la mayoría de ocasiones dichos cambios son innecesarios y otros meramente infortunados. Por lo tanto, el panorama reformista al que nuestro país está acostumbrado no debiera ensañarse a la persistente y poco saludable variación del derecho positivo, además, de lo permisiva y direccionada que suele ser, sino como se mencionó en apartes anteriores, buscar alternativas con fiel apego a la perspectiva sociológica y política de nuestra Nación.



La corrupción en el marco de la contratación estatal

Ángela Stella Duarte Gutiérrez¹

Johanna Azucena Duarte Olivera²

Introducción

La presente disertación se abordará en el marco de un plan metodológico que consagra una investigación explicativa o causal, por cuanto la investigación explicativa busca la razón de los hechos mediante el establecimiento de relaciones causa y efecto, y con ello el estudio de hipótesis y de variables producto del resultado y conclusiones de la investigación efectuada. Lo que permitió recolectar la información necesaria para responder a la siguiente pregunta: ¿Cuenta el Estado colombiano con herramientas jurídicas suficientes e idóneas para enfrentar la corrupción en el marco de la contratación pública?

1 Ángela Stella Duarte Gutiérrez, Abogada, Especialista en Derecho Penal y Ciencias Forenses, Especialista en Derecho Administrativo y Constitucional, Especialista en Contratación Estatal, Magíster en Derecho Público, Magistrada del Consejo Seccional de la Judicatura del Tolima.

2 Johanna Azucena Duarte Olivera, Abogada, Especialista en Derecho Administrativo y Constitucional, Especialista en Contratación Estatal, Maestranda en Derecho, Directora Técnica de Responsabilidad Fiscal de la Contraloría Departamental del Tolima.

Reseña histórica de la corrupción en el marco de la contratación estatal en Colombia

En Colombia la lucha contra la corrupción es reciente, sin desconocer que las formas como se han malgastado los recursos públicos y se ha incurrido en prácticas corruptas dentro del Estado data de épocas pasadas. Hoy se reconoce, que la toma de conciencia para defender lo público ha despertado, y los mecanismos de participación ciudadana han facilitado denunciar estos hechos. Mecanismos éstos que fueron introducidos en la Reforma Constitucional de 1991, ordenamiento que se preocupó por dar mayor legitimidad al Estado y generar confianza en las instituciones. Esto explica que las normas encaminadas a defender la moralidad pública sean de reciente configuración.

La Constitución Política de 1991, en el artículo 209, establece que “la función administrativa, está al servicio de los intereses generales, se debe desarrollar con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad...”

Frente a los nuevos retos y expectativas que trajo consigo la expedición de la Constitución del 1991, era evidente que el Decreto 222 de 1983, que regía la contratación administrativa, no las iba a atender, por lo que se hizo necesario que el legislador expidiera un Estatuto para la Contratación Estatal bajo el esquema del Estado Social de Derecho.

Fue así como el legislador, en cumplimiento a las funciones que le asignó la Constitución de 1991, expidió la Ley 80 de 1993, para corregir las falencias advertidas en el estatuto anterior y poner a tono la actividad contractual con el nuevo catálogo de principios que introdujo la Carta Superior. Esta Ley fue objeto de múltiples demandas y la mayoría de sus artículos fueron declarados exequibles por la Honorable Corte Constitucional.

La Ley 80 de 1993 fue reglamentada mediante **múltiples** decretos, sin embargo, ninguno de ellos introdujo cambios sustanciales para hacer más eficiente y transparente la contratación estatal. La mayoría propusieron reformas al procedimiento y no a aspectos relevantes como las modalidades de selección, el respeto por la igualdad de oportunidades o el logro eficiente del fin de la contratación pública, cual es la satisfacción de necesidades.

Se expide luego la Ley 1150 de 2007, modificatoria de la Ley 80 de 1993. En algunos de sus artículos introduce normas tendientes a combatir la corrupción administrativa, sin que hasta el momento este objetivo se haya logrado.

Posteriormente, se aprueba la Ley 1474 de 2011 “Estatuto Anti-corrupción”, por el cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública” como instrumento para frenar la corrupción que carcome los recursos públicos y desangra el presupuesto oficial, la que a corto plazo no ha arrojado los resultados esperados.

Igualmente, se contó con el Decreto 734 de 2012, que reglamentó las disposiciones contenidas en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, se preocupó por introducir un tecnicismo jurídico en los temas que aborda la contratación estatal y estructurar de mejor manera su articulado, pero por no establecer verdaderas herramientas para la lucha contra la corrupción o crear mecanismos expeditos que apuntaran a contrarrestarla desde la misma administración, su vigencia no perduro en el tiempo, lo que dio origen a la expedición del Decreto el 1510 de 2013, hoy compilado en el Decreto 1082 de 2015.

Bajo este contexto, y en el entendido que la Contratación Estatal es la herramienta con que cuenta la administración municipal, departamental y nacional para hacer efectivo los fines esenciales del Estado (artículo 2 CP/91), y mediante esta ejecutar los presupuestos en

concordancia con los planes de desarrollo, se considera conveniente analizar si los mecanismos jurídicos que posee el Estado Colombiano en materia de contratación, son suficientes e idóneos para enfrentar la galopante corrupción que ha permeado las instituciones públicas, bajo el auspicio de los particulares contratistas, que en su condición de colaboradores del Estado, sin ningún recato buscan un interés personal, con claro desconocimiento del rol que les corresponde en la búsqueda del interés general.

En otros casos, la concepción que se tiene de la contratación estatal es errada, en especial, para quienes la consideran como la herramienta propicia para ejecutar el presupuesto sin ninguna planeación, y para atender compromisos políticos que satisfagan intereses clientelistas. Esta es la cruda realidad por la que atraviesa la contratación estatal en Colombia, la que ha estado rodeada de escándalos y cuestionamiento de diferente índole, donde se han visto involucrados gobernantes, políticos, contratistas, abogados asesores, concejales, entre otros actores públicos.

Se debe reconocer entonces, que el Estado colombiano, en el plano institucional, está deslegitimado, por eso uno de sus mayores retos es volver a legitimar su existencia y la de las instituciones que lo integran, pues el problema de legitimidad está unido al alto nivel de corrupción que existe en el país, lo que genera pérdida de credibilidad en los dirigentes y en las instituciones, bajo crecimiento económico, desconfianza en la inversión extranjera, bajas tasas de empleo, entre otros.

El fenómeno de la corrupción también ha generado un estigma a los servidores públicos a quienes se califica –extra juicio– de corruptos. Por fortuna, en Colombia esa no es la regla, sino la excepción, pues también se debe decir que en la administración pública existen servidores públicos honestos que no se han dejado permear por los focos de corrupción.

No se trata de negar la incuestionable realidad de la corrupción administrativa con pleno desconocimiento de la moralidad pública.

Sin embargo, la lucha contra la corrupción se considera viable, razón por la cual se deben emprender acciones preventivas y correctivas para combatirla, y por sobre todo descender al plano ético del servidor público.

En la última década, la corrupción ha desbordado los límites de instituciones públicas y privadas, dejando en el ambiente la imperiosa necesidad de introducir cambios sustanciales, en el ordenamiento jurídico vigente y en la intervención de los organismos de control, los que en el marco de la contratación estatal, han visto su capacidad desbordada y permeada por las estrategias diseñadas por servidores públicos y contratistas interesados solo en obtener provecho personal, dejando de lado el fin último de la contratación estatal, cual es la búsqueda del interés general. Este provecho los ha llevado a estar incurso en investigaciones penales, disciplinarias y fiscales, al desplegar conductas que merecen reproche, en un Estado Social de Derecho como el colombiano, y que genera consecuencias y sanciones para quienes las cometan, además frenan y retrasan las obras y proyectos adelantados por el Estado y producen hondas y profundas repercusiones en el patrimonio público y en la inversión social.

En concepto de Beltrán (2012), esta situación obedece, sin duda, a la inexistencia de mecanismos jurídicos sólidos que permitan prevenir de forma eficiente la acción irregular de los contratistas y servidores públicos que, amparados bajo la insuficiente, deficiente y laxa normatividad existente, asignan los contratos y los recursos a organizaciones que día a día defaltan las arcas del Estado³.

Es por esto que el presente ensayo surge de la necesidad de establecer si el Estado colombiano, bajo el actual contexto jurídico y social, cuenta con las herramientas jurídicas suficientes e idóneas para enfrentar la corrupción en el marco de la contratación admi-

3 Beltrán Flórez, Andrés (2012) Contratación pública diagnóstico y análisis a partir de la Ley 1474 de 2011. Bogotá D. C.: Facultad de Derecho de la Universidad de la Sabana.

nistrativa, toda vez que en los últimos años en el contexto nacional, regional y distrital, se han presentado múltiples escándalos, como los de los hermanos Nule, el exalcalde de Bogotá, Samuel Moreno, y el de los concejales que en su momento integraron la Corporación **pública del Distrito Capital, hechos que evidencian**, sin temor a equívocos, como la corrupción ha permeado la administración **pública** en varios de sus contextos y en las más altas esferas, siendo imperioso diseñar instrumentos adecuados y eficaces que le permitan al Estado colombiano contar con mecanismos de autocontrol para reducir los riesgos de corrupción en la contratación.

Pues no se concibe hoy, que existiendo en el ordenamiento jurídico colombiano y, en especial, en el Estatuto Contractual, disposiciones que prevén la intervención de los organismos de control como la Procuraduría, la Contraloría; de investigación como la Fiscalía; de participación ciudadana como las veedurías, y oficinas de control interno, la Comisión Nacional y Regional de Moralización, la Secretaría de Transparencia de la Presidencia de la República, instituidas para verificar la correcta aplicación de los principios que rigen la Contratación Administrativa (transparencia, publicidad, responsabilidad, economía), y por sobre todo, para velar que con su intervención se materialicen los fines del Estado (artículo 2 de la CP/91), no arrojen los resultados esperados y, por el contrario, estos cada día sean más desalentadores, lo que origina una gran desconfianza en el ciudadano frente a las acciones que emprende el Estado para contrarrestar la corrupción.

Definiciones concernientes al marco jurídico-normativo de anticorrupción aplicable a la contratación pública en Colombia

Corrupción. Es la acción y efecto de corromper (depravar, echar a perder, sobornar a alguien, pervertir, dañar). El concepto, de acuerdo con el diccionario de la Real Academia Española (RAE), se utiliza para nombrar al vicio o abuso en un escrito o en las cosas no mate-

riales. La corrupción, por lo tanto, puede tratarse de una depravación moral o simbólica. Por ejemplo: “No debemos tolerar la corrupción en la administración pública por presiones políticas”.

Mecanismos de participación ciudadana. Agrupan herramientas establecidas en la Constitución de 1991 para asegurar e incentivar la movilización de la población colombiana. Todos los individuos de nuestra sociedad con capacidad de voto tienen el derecho de poner en práctica el uso de los mecanismos de participación para asegurar su compromiso en la toma de decisiones y la resolución de los problemas que afectan el bien común. Es objetivo de los mecanismos de participación ciudadana brindar garantías y beneficios para que el pueblo colombiano pueda incidir en cambios dentro de los sistemas judicial, ejecutivo y legislativo.

Legitimidad. Término utilizado en la Teoría del Derecho, en la Ciencia Política y en Filosofía que define la cualidad de ser conforme a un mandato legal, a la justicia, a la razón o a cualquier otro cierto mandato.

Moralidad pública. El director y profesor del Departamento de Filosofía del Derecho y Derecho Constitucional (Facultad de Derecho de la Universidad Austral de Argentina) Santiago Legare, nos da una delimitación de “moral” en su trabajo “Ensayo de Delimitación del Concepto de Moral Pública”, en tres partes:

“En la primera se muestra cómo en los Estados Unidos la moral pública se entiende en el contexto más amplio del poder de policía y se explica la evolución del derecho sobre la materia hasta llegar al presente. En la segunda, se procura encontrar una definición razonable de moralidad pública, útil tanto para el caso estadounidense como para otros ordenamientos jurídicos que incorporan aquel concepto. Se concluye, por un lado, que para que la moralidad pública esté comprometida, debe existir una conducta verdadera y realmente inmoral. Este es un parámetro objetivo, que no se satisface con ape-

laciones a la tradición o a la opinión mayoritaria. Por otro lado, la conducta debe ser pública en el sentido de realizarse en público o tener otras aristas públicas relevantes. En la tercera parte se aporta una caracterización positiva de la moralidad pública como conjunto de manifestaciones del recto obrar de los miembros de una comunidad que más inmediatamente repercuten en la esfera pública y se realiza una aclaración en materia terminológica” (Tomado de la *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 31, n.º 1, pp. 169-182, 2004).

Función Administrativa. Según el Consejo de Estado, la función administrativa es aquella actividad de carácter jurídico ejercida por los órganos del Estado para la realización de sus fines (Consejo de Estado, Sección Tercera Radicación número: 25000-23-24-000-2001-0178-01(ACU-356). Magistrada ponente María Helena Giraldo Gómez).

Contrato Estatal. El artículo 32 de la Ley 80 de 1993, define el contrato estatal en los siguientes términos: “Son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad, así como los que, a título enunciativo, se definen a continuación”. En voz del doctor Juan Carlos Expósito Vélez, en su libro *la Configuración del contrato de la administración pública en derecho colombiano y español*, lo considera como la relación comercial, de tipo bilateral que celebra la administración con el particular colaborador, por un precio determinado y para la satisfacción del interés público como contraprestación y finalidad al mismo tiempo, previo el análisis selectivo del contratista, si la Ley así lo exige.

Estado Social de Derecho. La Honorable Corte Constitucional, en sentencia C-566 de 1995, define el Estado Social de Derecho en los siguientes términos: “El Estado social de derecho se erige sobre los valores tradicionales de la libertad, la igualdad y la seguridad, pero su

propósito principal es procurar las condiciones materiales generales para lograr su efectividad y la adecuada integración social. A la luz de esta finalidad, no puede reducirse el Estado social de derecho a mera instancia prodigadora de bienes y servicios materiales. Por esta vía, el excesivo asistencialismo, corre el riesgo de anular la libertad y el sano y necesario desarrollo personal”.

Principio de transparencia. De acuerdo con el autor Rodrigo Escobar, es una garantía dentro de la licitación que permite que todas las personas que reúnan los requisitos establecidos puedan ofrecer los bienes, servicios y obras que la administración pública requiera para el cumplimiento de sus fines (artículo 3. Ley 80 de 1993). Este principio es el desarrollo del derecho de igualdad en donde todos los ciudadanos tienen el derecho al libre acceso a las oportunidades y beneficios que ofrece el Estado, por lo tanto, se impone una prohibición al Estado de establecer reglas restrictivas que no estén plenamente justificadas por el interés general.

Órganos de control. Son entidades de la administración pública cuya finalidad es prevenir, detectar y abatir posibles actos de corrupción. Asimismo, promueven la transparencia y el apego a la legalidad de los servidores públicos, mediante la realización de auditorías y revisiones a los diferentes procesos de las instituciones gubernamentales; así como la atención de quejas, denuncias, peticiones ciudadanas, resoluciones de procedimientos administrativos de responsabilidades y de inconformidades.

Veedurías Ciudadanas. Se entiende por veeduría ciudadana el mecanismo democrático de representación que le permite a los ciudadanos o a las diferentes organizaciones comunitarias, ejercer vigilancia sobre la gestión pública, respecto a las autoridades, administrativas, políticas, judiciales, electorales, legislativas y órganos de control, así como de las entidades públicas o privadas, organizaciones no gubernamentales de carácter nacional o internacional que operen en el

país, encargadas de la ejecución de un programa, proyecto, contrato o de la prestación de un servicio público. Dicha vigilancia, según lo dispone el artículo 270 de la Constitución Política, se ejercerá en aquellos ámbitos, aspectos y niveles en los que, en forma total o parcial, se empleen los recursos públicos, con sujeción a lo dispuesto en la presente ley. Una veeduría ciudadana, de acuerdo con la Ley 850 del 2003, es un mecanismo democrático de representación de los ciudadanos o de las organizaciones comunitarias, que permite vigilar la gestión pública de autoridades y entidades estatales o privadas, o de organizaciones no gubernamentales, en aquellos ámbitos, aspectos y niveles en los que total o parcialmente se empleen los recursos públicos.

Contratista. Siendo una de las partes dentro del contrato una entidad estatal, la otra parte puede ser otra entidad estatal o una persona natural, jurídica, consorcio o unión temporal, por lo tanto, se tiene que entrar al estudio de la capacidad jurídica tanto de estas personas como de la asociación creada por la Ley. En todo caso el contratista es un colaborador del estado y debe actuar con apego a la ley, en la búsqueda de los fines esenciales que este se propone.

Principios. Son normas que ordenan que “algo” sea realizado en la medida de lo posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes; por lo tanto, los principios son mandatos de optimización caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferentes grados y la medida de su cumplimiento no solo depende de las posibilidades reales sino también de las jurídicas, lo cual es un punto decisivo para la distinción entre regla y principio.

Marco jurídico-normativo de anticorrupción aplicable la contratación pública en Colombia

NORMA	OBJETO
CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA DE 1991	Art. 2. Fines del Estado. Regula las finalidades de la contratación pública en el marco de los fines del Estado.
LEY 80 DE 1993	Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.
LEY 1150 DE 2007	Por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993, y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con Recursos Públicos.
LEY 1474 DE 2011	Por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública.
DECRETO 4170 DE 2011	Por el cual se crea la Agencia Nacional de Contratación Pública –Colombia Compra Eficiente–, se determinan sus objetivos y estructura.
DECRETO LEY 19 DE 2012	Por el cual se dictan normas para suprimir o reformar regulaciones, procedimientos y trámites innecesarios existentes en la Administración Pública.
LEY 1712 DE 2014	Por medio de la cual se crea la Ley de Transparencia y del Derecho de Acceso a la Información Pública Nacional y se dictan otras disposiciones.
DECRETO 103 DE 2015	Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 1712 de 2014 y se dictan otras disposiciones.
DECRETO 1082 DE 2015	Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del sector Administrativo de Planeación Nacional.
LEY 1882 DE 2018	Por la cual se adicionan, modifican y dictan disposiciones orientadas a fortalecer la Contratación Pública en Colombia, la ley de infraestructura y se dictan otras disposiciones.
DECRETO 392 DE 2018	Por el cual se reglamentan los numerales 1, y 8 del artículo 13 de la Ley 1618 de 2013, sobre incentivos en Procesos de Contratación en favor de personas con discapacidad
DECRETO LEY 2106 DE 2019	Por el cual se dictan normas para simplificar, suprimir y reformar trámites, procesos y procedimientos innecesarios existentes en la administración pública.

NORMA	OBJETO
DECRETO 342 DE 2019	Por el cual se adiciona la Sección 6 de la Subsección 1 del Capítulo 2 del Título 1 de la Parte 2 del Libro 2 del Decreto 1082 de 2015, Decreto Único Reglamentario del Sector Administrativo de Planeación Nacional., y se adoptan los documentos tipo para los pliegos de condiciones de los procesos de selección de licitación de obra pública de infraestructura de transporte.
DECRETO 440 DE 2020	Por el cual se adoptan medidas de urgencia en materia de contratación estatal, con ocasión del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica derivada de la Pandemia COVID-19
DECRETO 537 DE 2020	Por el cual se adoptan medidas en materia de contratación estatal, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica

Fuente: Propia de las autoras

Conclusión

En Colombia existe un marco jurídico-normativo sólido para combatir la corrupción en la contratación pública, no obstante, se requiere de mayor efectividad, eficiencia y eficacia por parte de los órganos de control internos para que se dé cumplimiento oportuno y adecuado al contenido que integra este compendio normativo. Lo anterior, permitiría la consolidación de importantes avances en el desarrollo y la aplicación de los procesos de contratación dentro de las entidades estatales, para regular mejor el ejercicio de las diversas modalidades o formas de selección que se adelantan o surten dentro de ellas.

Referencias

Beltrán, A. (2012) Contratación pública diagnóstico y análisis a partir de la Ley 1474 de 2011. Bogotá D. C.: Universidad de la Sabana.

Código Contencioso Administrativo (2002), Editorial Legis, CD-ROOM.

Código Penal Colombiano (2002), Editorial Legis, CD-ROOM.

Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia 2001-0178-01 del 13 de marzo de 2013. Exp. ACU-356. MP: María Helena Giraldo Gómez.

Constitución Política de Colombia (2002), Editorial Legis, CD-ROOM.

Corte Constitucional. Sentencia C-566 del 30 de noviembre de 1995, MP: Eduardo Cifuentes Muñoz.

Decreto 222 de 1983. Por el cual se expiden normas sobre contratos de la Nación y sus entidades descentralizadas.

Decreto 4170 de 2011. Por el cual se crea la Agencia Nacional de Contratación Pública –Colombia Compra Eficiente, se determinan sus objetivos y estructura.

Decreto Ley 19 de 2012. Por el cual se dictan normas para suprimir o reformar regulaciones, procedimientos y trámites innecesarios existentes en la Administración Pública.

Decreto 734 de 2012. Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.

Ley 1712 de 2014. Por medio de la cual se crea la Ley de Transparencia y del Derecho de Acceso a la Información Pública Nacional y se dictan otras disposiciones.

Decreto 103 de 2015. Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 1712 de 2014 y se dictan otras disposiciones.

Decreto 1082 de 2015. Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del sector Administrativo de Planeación Nacional.

Ley 1882 de 2018. Por la cual se adicionan, modifican y dictan disposiciones orientadas a fortalecer la Contratación Pública en Colombia, la ley de infraestructura y se dictan otras disposiciones.

Decreto 392 de 2018. Por el cual se reglamentan los numerales 1, y 8 del artículo 13 de la Ley 1618 de 2013, sobre incentivos en Procesos de Contratación en favor de personas con discapacidad.

Decreto Ley 2106 de 2019. Por el cual se dictan normas para simplificar, suprimir y reformar trámites, procesos y procedimientos innecesarios existentes en la administración pública.

Decreto 342 de 2019. Por el cual se adiciona la Sección 6 de la Subsección 1 del Capítulo 2 del Título 1 de la Parte 2 del Libro 2 del Decreto 1082 de 2015, Decreto Único Reglamentario del Sector Administrativo de Planeación Nacional.,

y se adoptan los documentos tipo para los pliegos de condiciones de los procesos de selección de licitación de obra pública de infraestructura de transporte.

Decreto 440 de 2020. Por el cual se adoptan medidas de urgencia en materia de contratación estatal, con ocasión del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica derivada de la Pandemia COVID-19.

Decreto 537 de 2020. Por el cual se adoptan medidas en materia de contratación estatal, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica.

Expósito, J. (2003) La configuración del contrato de la administración pública en el derecho colombiano y español., Bogotá D. C.: Universidad Externado de Colombia.

Lamprea, P. (2007) Contratos Estatales., Bogotá D. C.: Temis.

Legarre, S. (2004) Ensayo de delimitación del concepto de moral pública. Revista *Chilena de Derecho*, 31 (1) p. 169 -182.

Ley 80 de 1993. Estatuto de Contratación Estatal.

Ley 87 de 1993. Régimen de Control Interno.

Ley 190 de 1995. Ley Anticorrupción.

Ley 734 de 2002. Código Único Disciplinario.

Ley 850 de 2003. Ley de Veedurías Ciudadanas.

Ley 1150 de 2007. Reforma Ley 80 de 1993.

Ley 1474 de 2011. Ley Anticorrupción.

Matallana, E. (2013) Manual de Contratación de la Administración Pública Reforma de la Ley 80 de 1993, 3ª ed., Bogotá D. C.: Universidad Externado de Colombia.

Rico, L. (2009) Teoría General y Práctica de la Contratación Estatal. Bogotá D. C.: Leyera.



De la contratación estatal en Colombia

Of the state contracting in Colombia

Camilo Andrés Restrepo Montoya¹

Resumen

Este acercamiento a la contratación estatal en Colombia permite, en primer lugar, evidenciar la contratación estatal como una actividad vinculada y articulada directamente a la administración, lo cual ha permitido su inclusión como fuente material de Derecho Administrativo, actividad que, está día a día, mutando y transformándose, siendo a su vez constitucionalizada y convencionalizada, para poder cumplir con los fines del Estado, fines que están siendo permeados por nuevas realidades de cada una de las entidades públicas y estatales reguladas por el Estatuto General de Contratación Estatal (Ley 80, 1993), a la luz de las necesidades de la población, generadas por su convivencia en un mundo cada vez más globalizado; en un segundo lugar, dar un recorrido histórico por las principales disposiciones

1 Camilo Andrés Restrepo Montoya. Abogado. Especialista en Derecho Administrativo, Especialista en Contratación Estatal, Maestrando en Derecho Administrativo en la Universidad Autónoma Latinoamericana, Colombia. Correo: camiloandres.restrepo@unaula.edu.co.

regulatorias que han dado lugar al alto flujo normativo en la materia; evidenciado, desde una serie de panoramas colaterales, tesis y definiciones que permitirán un mayor acercamiento del lector a esta actividad que le permite al Estado, el acceso a obras, bienes y servicios, mediante unos procesos de selección objetiva de contratistas previamente reglados por el Estado mismo, para la satisfacción de los fines que se le ha encomendado constitucional y legalmente.

Palabras clave: Contratación estatal, Derecho Administrativo, Derecho Indiano, Ley 80 de 1993, compras públicas.

Abstract

This approach to State Hiring in Colombia, allows us to first show State Hiring as an activity linked and articulated directly to the Administration, which has therefore allowed its inclusion as a material source of Administrative Law, an activity that is day to day, mutant and transforming, being in turn constitutionalized and conventionalized, to be able to fulfill the purposes of the State, purposes that are being permeated by new realities of each of the public and state entities regulated by the General Statute of State Contracting (Law 80, 1993), in light of the needs of the population, generated by their coexistence in an increasingly globalized world; and secondly, to give a historical tour of the main regulatory provisions that have given rise to the high regulatory flow in the matter; evidenced from a series of collateral scenarios, theses and definitions that will allow a greater approach of the reader to this activity that allows the State, access to works, goods and services, through processes of objective selection of contractors previously regulated by the State itself, for the satisfaction of the purposes entrusted to it constitutionally and legally.

Keywords: State Contracting, Administrative Law, Indian Law, Law 80 of 1993, Public Procurement.

Introducción

La contratación estatal, como eje articulador del Derecho Administrativo, es entendida como una actividad fundamental e innata al funcionamiento de la administración, al encargarse de regular las relaciones contractuales del Estado, que le permiten el acceso a bienes, servicios y obras inherentes y conducentes al cumplimiento de sus fines; en procura de una mayor eficiencia y eficacia. Por tanto, ha de ser versátil debido a la evolución de las necesidades de la administración, las comunidades o derivadas de “algunos ajustes cambiantes debido a errores legislativos y otras a realidades nuevas sobre todo por cambios tecnológicos, la continua y malsana variación del derecho positivo” (Dávila, 2017, p. 1), en el entendido que:

Las reglas del derecho administrativo se caracterizan por las derogatorias al derecho común que exige el interés público, sea en el sentido de un aumento en provecho de las personas públicas, de los derechos reconocidos a los particulares en sus relaciones, sea en el sentido de una reducción de esos derechos. (Rivero, 2002, p. 41).

Ello da lugar a definir la contratación estatal, como:

La actividad mediante la cual grandes cantidades de recursos públicos son utilizados por entidades de esa misma naturaleza para comprar y adquirir bienes y servicios del sector privado. Cuando a esta actividad se le incorpora el uso de tecnologías de la información y la comunicación se genera el concepto de contratación pública electrónica, en inglés *egovernment procurement* que a su vez tiene como sigla EGP (Laguado, 2004, p. 148).

Actividad que “en países como el nuestro, cuyos antecedentes se remontan a la tradición jurídica hispánica, es casi que psicológica la necesidad de prosopopeyizar y rodear de solemnidades determinados actos” (Dávila, 2017, p. 13). Es sabido que, en materia de regulación contractual en Colombia, existen antecedentes que se remontan al primer decenio del siglo XX, toda vez que en la Ley 53 (1909), se habló de facultades del Estado en materia contractual, tales como la

cláusula penal pecuniaria y la caducidad contractual; y aún en antecedentes anteriores como los contemplados en la Ley 106 (1873) se habló de caducidad en contratos celebrados por el Estado para la actividad de extracción de sal.

Podría entonces afirmarse que, si el Derecho Administrativo colombiano, deviene del Derecho Administrativo francés y éste transversaliza la administración pública, entonces, la contratación estatal también conserva los mismos orígenes. Aunque existe una tesis minoritaria, la cual indica que:

Generalmente se tiene la idea de que el derecho administrativo es un invento de la Revolución Francesa, se piensa que en Colombia y Latinoamérica conocieron el derecho de la administración pública solo hasta este siglo. Nada más lejano de nuestra historia que se conoce como la Colonia, rigió el derecho indiano que constituye el antecedente más inmediato del Estado de derecho, y por ende del derecho administrativo (Malagón-Pinzón, 2001, p. 40).

Con asentimiento en esta tesis minoritaria, al hablar de contratación, se debe recurrir a antecedentes como el Derecho Indiano en el cual la “Ley 9: Refiere a la organización comercial indiana y a los medios de regularla, con especial referencia a la Casa de Contratación” (Birman, 2011, p. 248), ello le confiere, sin duda, al concepto y a su aplicación un interés histórico y normativo anterior a la Revolución Francesa, aunque como lo dice el profesor Malagón-Pinzón (2001) no puede desconocerse la influencia de la Revolución Francesa y del Derecho Administrativo francés en Colombia, la cual permitió que se tuviese una jurisdicción especial que controlara la administración pública, ya que es solo hasta el año 1914, cuando se recepciona e instituye en Colombia el modelo francés con la creación de la Jurisdicción Contencioso Administrativa² y a su vez se inserta en la

2 “La jurisdicción Contenciosa Administrativa se constituye en un medio técnico y jurídico para controlar a la Administración Pública en su actuar, materializado en actos administrativos, hechos administrativos, operaciones administrativas y contratos estatales (artículo 83, CCA), con el objeto de preservar el Estado de Derecho, los Derechos Humanos de las personas y la institucionalidad de

normatividad colombiana el primer estatuto contractual en Colombia hacia el año 1976.

Desde otro punto de vista mayoritario, puede afirmarse que las bases del Derecho Administrativo “como rama especializada del derecho, es una concepción y creación del derecho francés, originado en la Revolución Francesa de 1789 y producto de una evolución progresiva” (Rodríguez, 2017, p. 293). Esta evolución progresiva ha permitido que la contratación estatal, sea permeada por la normativa civil y comercial de derecho privado, como también ha permitido que sus grandes desarrollos se den a partir de la Constitución, la ley, los reglamentos y la jurisprudencia, todo ello hoy visto desde un derecho globalizado que debe acoger e implementar los diferentes tratados convencionales; ello da pie a plantear a manera de hipótesis en la tesis de que la contratación estatal en Colombia pudiese estar siendo constitucionalizada y convencionalizada.

Puede decirse, en ese sentido, que “las actuaciones de quienes intervengan en la contratación estatal se desarrollarán con arreglo a los principios de transparencia, economía y de responsabilidad y de conformidad con los postulados que rigen la función administrativa” (Ley 80, 1993, artículo 23). Por tanto, ello da lugar a indicar que la contratación estatal, como parte del derecho administrativo, también es generadora de derecho preferente y autónomo, el cual también podría estar íntimamente ligado a las teorías de las corrientes mayoritarias, en las cuales el derecho administrativo es originado a partir de la Revolución Francesa de 1789, aunque para muchos su gran aparición social fue dada por el denominado Fallo Blanco (1873), en donde se empezó a hablar del Estado propietario y del Estado como persona civil capaz de obligarse contractualmente. En ese orden de ideas, se podría indicar que la contratación estatal, como parte del derecho administrativo, también muta y se adapta a los diferentes modelos de Estado.

la República, dando certeza jurídica a las situaciones jurídicas ambivalentes y dirimiendo los conflictos que se presenten entre los particulares y el Estado o entre las Entidades Públicas” (Fernández, 2015 p. 23).

Tránsito normativo

Examinando y rastreando el panorama del tránsito legislativo colombiano en materia de contratación estatal, se parte de la premisa de que “por lo general hay consenso en que la expedición de una norma jurídica obedece, bien al reconocimiento de una realidad como a la necesidad de reglamentar, o bien al deseo de consagrar un deber ser” (Dávila, 2017, p. 1).

Así, dentro de los antecedentes que han permitido el tránsito normativo en la contratación estatal, se debe partir desde lo contemplado en el Decreto 150 (1976), conocido como el primer estatuto contractual colombiano, como copia influenciada del derecho francés, a su vez este estatuto permitió diferenciar los contratos administrativos, de los contratos privados de la administración y también empezó a definir el juez natural aplicable a cada una de las tipologías contractuales³; este dio paso al Decreto 222 (1983) el cual “se decía que era un estatuto reglamentarista por el excesivo número de artículos que lo componían, y casuista porque su nivel de detalle asemejó sus disposiciones a las que caracterizaban a los decretos reglamentarios

3 “De la clasificación y de la naturaleza de los contratos. Son contratos administrativos: 1. Los de concesión de servicios públicos. 2. Los de obras públicas. 3. Los de prestación de servicios. 4. Los de suministros. 5. Los interadministrativos internos que tengan estos mismos objetos. 6. Los de explotación de bienes del Estado. 7. Los de empréstito. 8. Los de crédito celebrados por la Compañía de Fomento Cinematográfico – FOCINE. 9. Los de conducción de correos y asociación para la prestación del servicio de correo aéreo; y 10. Los que celebren instituciones financieras internacionales públicas, entidades gubernamentales de crédito extranjeras y los organismos internacionales, con entidades colombianas, cuando no se les considere como tratados o convenios internacionales [...]. Son contratos de derecho privado de la administración los demás, a menos que ley especial disponga en sentido contrario, y en sus efectos estarán sujetos a las normas civiles, comerciales y laborales, según la naturaleza de los mismos, salvo en lo concerniente a la caducidad” (Decreto 222, 1983, artículo 16). Clasificación que se transformó de conformidad con la (Ley 80, 1993, artículo 32), quien en esta tipología relaciona los contratos nominados propios de la administración pública, tales como: prestación de servicios, consultaría, concesión, obra pública, fiducia pública y encargo fiduciario.

y a las resoluciones administrativas” (Dávila, 2017, p. 13); a su vez con la entrada en vigencia de la Nueva Constitución Nacional, se requirió actualizar el sistema normativo, dando lugar a que en materia de contratación estatal, se expidiera el Estatuto General de Contratación Estatal el cual tiene como objeto “disponer reglas y principios que rigen los contratos de las entidades estatales” (Ley 80, 1993, artículo 1), a fin de que las entidades, instituciones, órganos y dependencias del Estado puedan adquirir y acceder a bienes, servicios y obras, por medio de la intervención de terceros contratistas, bajo un modelo de elección dado por concursos o procesos de selección objetiva, tales como la licitación pública, selección abreviada, concurso de méritos o contratación directa; permitiendo “el cumplimiento de los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ella en la consecución de dichos fines” (Ramos & Ramos, 2014, p. 41), en pro de la “Función Administrativa⁴” (CP 1991, artículo 209).

En consecuencia, la regulación normativa del Estado colombiano a partir de 1991, otorgó competencia al Congreso para expedir la norma contractual, bajo el siguiente postulado constitucional “compete al Congreso expedir el estatuto general de contratación de la administración pública y en especial de la administración nacional” (CP 1991, artículo 150); dado que la anterior normativa presentaba dificultades que retrasaban y entorpecían el desarrollo de la gestión contractual estatal, toda vez que:

La multiplicidad de normas vigentes en materia de contratación estatal durante la vigencia del Decreto 222 de 1983, retrasaba y entorpecía el desarrollo de la gestión contractual estatal, porque conlle-

4 “La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones” (CP 1991, artículo 209).

vaba diferencias en los procedimientos y criterios a emplear, sin hablar de las dificultades que surgían para determinar con precisión cuáles normas eran aplicables, cuáles estaban vigentes, cuáles excepcionadas, etcétera (Dávila, 2017, p. 13).

La contratación estatal en Colombia actualmente está siendo regulada y normatizada por una amplia cantidad de disposiciones normativas derivadas de la (Ley 80, 1993), toda vez que esta, faculta a los Servidores Públicos⁵ para que puedan celebrar contratos, los cuáles deben buscar que el Estado satisfaga la prestación de los servicios públicos, garantice la efectividad de los derechos e intereses de los comunidad y en general coadyuve con el cumplimiento de los fines estatales; a su vez la (Ley 1150, 2007) en pro de la eficacia y la transparencia introdujo las modalidades de selección objetiva de contratistas; el Decreto 1082, 2015, en procura de la transparencia y la publicidad de los procesos contractuales plasmó los objetivos y disposiciones regulatorias del Sistema de Compras y Contratación Estatal⁶ y, en general, concretizó el Decreto Único Reglamentario del sector administrativo de Planeación Nacional; entre otras tantas normas que cimientan y orientan los modos de adquirir los bienes y servicios requeridos por las diferentes entidades estatales.

Ello permite destacar que el contrato estatal comprende “todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entida-

5 “Son servidores públicos los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios. Los servidores públicos están al servicio del Estado y de la comunidad; ejercerán sus funciones en la forma prevista por la Constitución, la ley y el reglamento. La ley determinará el régimen aplicable a los particulares que temporalmente desempeñen funciones públicas y regulará su ejercicio” (CP 1991, artículo 123).

6 La Unidad Administrativa Especial Agencia Nacional de Contratación Pública Colombia Compra Eficiente. Tiene como objetivo “desarrollar e impulsar políticas públicas y herramientas, orientadas a la organización y articulación, de los participantes en los procesos de compras y contratación pública con el fin de lograr una mayor eficiencia, transparencia y optimización de los recursos del Estado” (Decreto 4170, 2011, artículo 2).

des a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad, así como los que, a título enunciativo” (Ley 80, 1993, artículo 32), se enlisten en el mismo Estatuto Contractual. Así:

Dentro de la categoría de contrato estatal, subsisten dos especies: los contratos estatales sometidos al Estatuto General de Contratación (y en lo no regulado en él se les aplicarán las disposiciones comerciales y civiles pertinentes [artículo 13 de la Ley 80 de 1993]) y los contratos estatales que (por disposición expresa del legislador) están sometidos al régimen de derecho privado, se debe resaltar que, como se indicó supra, la cuestión de cuales normas jurídicas vinculan a la actuación administrativa es determinada exclusivamente por el contenido de la norma correspondiente. La actuación administrativa del derecho privado no pertenece, en ningún caso, solo al derecho privado general y la actuación del derecho público no se le aplica solo al derecho público, independientemente de cuales tareas la administración tiene que cumplir (Ibagón, 2014, p. 47).

De acuerdo con las ideas anteriores, se erige que la Contratación Estatal posee una vinculación arraigada a las bases y postulados del Derecho Administrativo francés, toda vez que esta posee “un conjunto sistémico de normas que regulan la actividad de la administración y que sean obligatorias para todas las instancias de ella, de tal forma que se conviertan en una garantía para los administrados (Rodríguez, 2017, p. 306), entre las que se encuentran normas constitucionales, legales, reglamentarias, de tratados internacionales y jurisprudenciales, entre otras; que dan cuenta de un Derecho Administrativo reglado y constitucionalizado, el cual permite cumplir con los fines y postulados principalísticos del Estado, como lo es la legalidad a las actuaciones de la administración, en la cual se obliga a sí misma a respetar los derechos de propiedad, libertad e igualdad, los cuales devienen su origen de la Revolución Francesa.

A su vez, la Contratación Estatal, en su régimen jurídico-administrativo aplicable, se ha globalizado e integrado con las demás áreas del Derecho, lo cual denota que nuestro Derecho Contractual Estatal, sea muy robusto, lleno de disposiciones, de textos normativos, reglamentarios y demás que permiten el desarrollo y evolución de la actividad contractual dentro de la Administración, aunque ha causado inseguridad jurídica, toda vez que como lo indica Dávila (2011) el panorama reformista, dado a partir del año 1998 motivado en la detección de la corrupción o ineficacia en la contratación, no tiene por causa la normatividad y por el contrario, esa falacia ha creado el fenómeno de inseguridad jurídica por el alto flujo normativo, el cual es interpretado constantemente por la jurisprudencia y la doctrina, generando cambios constantes y conllevando cada día, a la constitucionalización y convencionalización de la normativa contractual del Estado.

Cambios que hoy están llevando al país a hablar de “Contratos Plan”, “Contratos Tipo” o “Documentos Tipo”, los cuales de conformidad con el Decreto 1082 (2015) serían diseñados por el Sistema de Compra Publica, quien a su vez buscaría la implementación de estos instrumentos estandarizados y especializados para la contratación de algunos bienes, servicios y obras requeridos por el Estado, normativa que fue “Declarado nulo” (Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia 52.055, 2019), toda vez que la competencia reglamentaria está en cabeza del presidente de la república. Por tanto, es menester advertir que cuando una tipología contractual o una modalidad de selección sea regulada bajo un documento tipo reglamentado por el Gobierno Nacional, la Entidad Estatal deberá aplicar lo dispuesto en dicho reglamento, caso en el cual el Sistema de Compra Publica será el llamado a diseñar e implementar los manuales y guías correspondientes.

Todo lo anterior es el resultado de una transformación constante, en la medida que se han dado nuevos desarrollos normativos, dados

a partir de la jurisprudencia y la doctrina, los cuales en gran medida obedecen a la constitucionalización y convencionalización de los derechos y deberes dentro del Estado los cuales innegablemente han impactado en la Contratación Estatal, conllevando a que la instrumentalización del proceso contractual, toda vez que:

El contrato no constituye el fin mismo, sino que ante todo se debe entender como un instrumento o uno de los mecanismos de que se vale la Administración para cumplir con los cometidos estatales. Es decir, que para realizar los fines del Estado se requieren bienes, servicios y obras que se obtienen mediante la contratación por lo que [...] el estudio de la contratación estatal debe inscribirse en los principios axiológicos del Estado social de derecho, que irradian todas las disposiciones contractuales previstas en la Constitución (Dávila, 2017, p. 69).

Luego dicha transformación normativa ha sido el resultado directo e indirecto, de los cambios sociales, políticos, económicos e incluso familiares, que afrontan los ciudadanos; la cual se ve reflejada en los fines que debe perseguir la entidad estatal y los compromisos que deben asumir los contratistas en virtud del Contrato Estatal, ya que:

Por regla general, todas las entidades estatales públicas, se encuentran cobijadas por la normatividad aplicable a la contratación estatal, salvo algunas excepciones, que cuentan con su propia regulación especial en esta materia. Ahora bien, independientemente de la normatividad aplicable respecto al régimen de contratación, un contrato en el cual una de sus partes sea una entidad pública, es considerado un contrato estatal, salvo ciertas excepciones como el caso de instituciones financieras o empresas de servicios públicos domiciliarios (Procolombia, 2016, p. 164).

En ese orden de ideas, el Contrato Estatal surge como un acuerdo de voluntades, dado entre una Entidad Estatal como contratante, y un particular como contratista por regla general, con el objeto de cumplir con un fin del Estado; siendo la satisfacción de este fin, el cometido

estatal en sí mismo. Por tanto, este acuerdo deberá ser realizado bajo las estrictas condiciones de Selección Objetiva⁷, vigentes al momento de su celebración, dando cumplimiento al denominado Principio de Legalidad, toda vez que “Las entidades estatales que por disposición legal cuenten con un régimen contractual excepcional al del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, aplicarán en desarrollo de su actividad contractual, acorde con su régimen legal especial, los principios de la función administrativa⁸ y de la gestión fiscal⁹ de que tratan los artículos 209 y 267 de la Constitución Política, respectivamente según sea el caso y estarán sometidas al régimen de inhabilidades e incompatibilidades previsto legalmente para la contratación estatal” (Ley 1150, 2007, artículo 13), por tanto, estos principios también serán de obligatoria observancia y cuidado por cada una de las entidades del Estado.

De otra parte, el auge tecnológico que vive la sociedad ha llevado a que las entidades estatales pasen “de la simple publicidad a una plataforma transaccional que permite a compradores y proveedores realizar el proceso de contratación¹⁰ en línea” (Colombia Compra Eficiente), asunto que ha conllevado a que los principios de transparencia y publicidad, sean de obligatorio acatamiento; debido a que

7 “Es objetiva la selección en la cual la escogencia se hace al ofrecimiento más favorable a la entidad y a los fines que ella busca, sin tener en consideración factores de afecto o de interés y, en general, cualquier clase de motivación subjetiva” (Ley 80, 1993, artículo 29).

8 “Principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad” (CP 1991, artículo 209).

9 “fundado en la eficiencia, la economía, la equidad y la valoración de los costos ambientales” (CP 1991, artículo 267).

10 Intrínsecamente comprende y agrupa una serie de actos, documentos, procesos y trámites realizados por la entidad estatal, que son pertinentes y conducentes a suplir una necesidad o fin del Estado, se puede decir que este abarca todo el trámite del proceso de gestión contractual, en sus etapas precontractual, contractual y poscontractual.

la publicación en el Sistema Electrónico para la Contratación Pública – SECOP, permite un rastreo inmediato y un mayor relacionamiento entre la entidad estatal, el sector privado y la ciudadanía, toda vez que, al disponer de una herramienta de trámites contractuales en línea, se permite generar una mayor oportunidad, facilidad en el seguimiento a los procesos contractuales e incluso minimizar los denominados actos de corrupción asociados a la contratación estatal, todo ello de conformidad con la Ley de transparencia y del Derecho de Acceso a la Información Pública, la cual “obliga a las Entidades Estatales a publicar todos los datos de adjudicación y ejecución de contratos, indistintamente si ejecutan o no recursos públicos” (Ley 1712, 2014, artículo 11), indistintamente de su régimen de contratación aplicable.

Sin perjuicio de lo anterior, no se debe olvidar que la contratación estatal está fundamentada en normas civiles y comerciales, matizadas por una serie de principios como se dijo en párrafos atrás y unas potestades excepcionales dadas a la administración, también conocidas como cláusulas exorbitantes¹¹, que imprimen al contrato estatal una salvaguarda en pro del interés general. Todo permite deducir que el Derecho Privado continúa regulando las relaciones contractuales, y que la contratación estatal, finalmente como Derecho Público, se diferencia en la inclusión de una serie de potestades regladas en pro de la preeminencia y protección del interés público del Estado, a las que “la Administración no puede renunciar, en forma alguna, al ejercicio de dicha prerrogativa, pues las ‘potestades’, contrariamente a lo que ocurre con los ‘derechos’ no son renunciables” (Marienhoff, pp. 398–399).

11 Las entidades estatales, para garantizar el cumplimiento de los fines del Estado “Pactarán las cláusulas excepcionales al derecho común de terminación, interpretación y modificación unilaterales, de sometimiento a las leyes nacionales y de caducidad en los contratos que tengan por objeto el ejercicio de una actividad que constituya monopolio estatal, la prestación de servicios públicos o la explotación y concesión de bienes del Estado, así como en los contratos de obra. En los contratos de explotación y concesión de bienes del Estado se incluirá la cláusula de reversión” (Ley 80, 1993, artículo 14).

Para ir terminando, tal y como se ha advertido con anterioridad, la Contratación realizada por las diferentes entidades estatales permite que:

Los procesos de selección de contratistas que las Leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007 contemplan, se caracterizan por tener, una doble escala de regulación. Una primera conformada por las normas procedimentales que abarcan las diferentes etapas que conforman los procesos definidos en el artículo 30 de la Ley 80 de 1993 para la licitación pública y en el Decreto 1082 de 2015 para los otros procesos de selección exceptivos (selección abreviada, concurso de méritos, contratación directa y contratación de mínima cuantía) y una segunda regulación, más trascendental, conformada por una serie de principios de origen constitucional y legal, que establecen reglas y principios, también del orden general, los cuales tienen que ser garantizados cuando se instrumenten los procesos de selección, no solo los cobijados por dichas leyes (Dávila, 2017, p. 243).

Bajo el panorama descrito con anterioridad, se puede ultimar en que la normativa vigente en materia de contratación estatal presenta un alto reglamentarismo que ha obedecido, en gran medida, a garantizar el cumplimiento de todos y cada uno de los principios aplicables a la actividad contractual de las entidades estatales y la satisfacción de los fines del Estado, a su vez ha permitido especialmente la materialización de los principios de publicidad y transparencia.

Conclusiones

En la actualidad, Colombia dispone de una alta producción normativa en materia de contratación estatal, lo cual obliga a las entidades estatales y a los operadores jurídicos, a adoptar medidas y políticas internas que permitan una aplicación oportuna, eficaz y eficiente de las directrices, manuales, normas, reglamentos, protocolos, entre otros, que regulan y facilitan la actividad contractual.

La estrategia del Estado, de poseer una plataforma que garantice la publicidad y transparencia en la contratación estatal, permite seguir aunando esfuerzos para disminuir los riesgos de que se presente hechos de corrupción asociada a la contratación pública, y a su vez garantizar una trazabilidad al proceso contractual en cada una de sus etapas.

La contratación estatal en sí misma es un medio que permite que el cumplimiento de los fines del Estado y siempre permanecerá en constante evolución, toda vez que su constitucionalización y convencionalización, le permiten actuar en un mundo globalizado en el cual las necesidades de la población están en constante transformación, al igual que las relaciones del Estado con sus administrados.

Finalmente, se puede concluir que todos los aspectos planteados en este documento evidencian la aplicación de una contratación estatal, reglada conforme a los principios constitucionales y legales, que hacen de esta, una actividad integradora del Derecho Administrativo que también muta y se adapta a los diferentes modelos de Estado y necesidades de la Administración y de las comunidades.

Referencias

- Birman Polanco, A.S. (2011). Estatuto Jurídico del Indígena en el Derecho Indiano, *Revista Principia Iuris* Universidad Santo Tomas. Número 15, pp. 227-258.
- Congreso de Colombia (06 de marzo de 2014). Ley 1712. DO 49.084.
- Congreso de Colombia (16 de julio de 2007). Ley 1150. DO 46.691
- Congreso de Colombia (26 de octubre de 1993). Ley 80. DO 41.094.
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A (Sentencia del 11 de abril de 2019). Radicado 52.055 [MP María Adriana Marín].
- Consejo de Estado Francés, Fallo Blanco (1873).
- Constitución Política de Colombia [Const.] (1991). Bogotá D. C. Editorial Legis.
- Dávila Vinueza, L. G. (2017). *Régimen jurídico de la contratación estatal*. Bogotá D. C.: Legis Editores S.A.
- Fernández Arbeláez, I. M. (2015). *Manual de Derecho Procesal Administrativo y Contencioso Administrativo*. Tomo I. Volumen 2. Armenia: Editorial Universitaria, Universidad la Gran Colombia.
- Ibagón, M. L. (2014). *El principio del Estado de derecho y los contratos estatales*. Bogotá D.C.: Editorial Universidad Externado de Colombia.
- Laguado Giraldo, R. (2004). *Política Pública y nuevo marco regulatorio sobre contratación pública electrónica en Colombia*. Londres. Edición: Chevening Fellowship Award – United Kingdom.
- Malagón-Pinzon, M. A. (2001). Antecedentes del Derecho Administrativo en el Derecho Indiano, *Revista Estudios Socio-Jurídicos* Universidad el Rosario. Volumen 3, número 1, pp. 40-59.
- Marienhoff, M. (1966). *Tratado de Derecho Administrativo*. Buenos Aires. Alabedo-Perrot.
- Presidencia de la República de Colombia (02 de febrero de 1983). Decreto 222. DO 36.189.
- Presidencia de la República de Colombia (03 de noviembre de 2011). Decreto 4170. DO 48.242.
- Presidencia de la República de Colombia (26 de mayo de 2015). Decreto 1082. DO 49.523.
- Presidencia de la República de Colombia (27 de enero de 1976). Decreto 150. DO 34.492.
- Procolombia (2016). *Guía Legal 2016*. Recuperado de https://www.inviertaen-colombia.com.co/Guia_Legal_2016.pdf

Ramos Acevedo, A., & Ramos Acevedo, J. (2014). *Contratación Estatal: Teoría General y Especial*. Bogotá D. C.: Grupo Editorial Ibáñez.

Rivero, J. (2002). *Páginas de Derecho Administrativo*. Bogotá D. C.: Grupo Editorial Temis S. A.

Rodríguez Rodríguez, L. (2017). *Derecho Administrativo*. Tomo I. Bogotá D. C.: Temis.



PLURIVERSO

Primera edición mayo de 2020

Para su elaboración se utilizó papel Bond Bahía 75 g,
en páginas interiores, propalcote 250 g en la carátula.

Fuentes tipográficas: ZapfEllipt BT 11 puntos para texto
corrido, y Swis721 Cn BT en 18 puntos para títulos.

