

**EDICIÓN 1
2021**

COLOMBIA CONTRATA

**REVISTA DE LA AGENCIA NACIONAL
DE CONTRATACIÓN PÚBLICA**

Revista Colombia Contrata

Revista oficial de la Agencia Nacional de Contratación Pública -Colombia Compra Eficiente-.

Diseño de Portada: Fabián Córdoba.

Edición: 01.

Mes: Noviembre.

Año: 2021.

Ciudad: Bogotá D.C.

Periodicidad: Semestral.

Editor: Agencia Nacional de Contratación Pública -Colombia Compra Eficiente-.

Versión: Electrónica.

El contenido de los artículos es de exclusiva responsabilidad de los autores. Los textos pueden reproducirse total o parcialmente citando la fuente.

La impresión de esta revista no generó erogación con cargo al presupuesto de la Agencia Nacional de Contratación Pública -Colombia Compra Eficiente-. Para garantizar la sostenibilidad y financiación del proyecto editorial, la Imprenta Nacional de Colombia realizará la venta de pauta que será incluida en la revista.

ISSN: En trámite.

Datos de contacto: Carrera 7 No. 26-20. Piso 17/ Edificios Tequendama [Bogotá D.C.].

Teléfono: 60 [1] 7956600.

Correo electrónico: pqrs@colombiacompra.gov.co

Agencia Nacional de Contratación Pública



Colombia Compra Eficiente

Contenido

Noviembre de 2021

I. EDITORIAL

12

II. ESTUDIOS DOCTRINALES

¿Reformar el estatuto general de contratación de la administración pública?.

17

Autor: José Andrés O'Meara Riveira.

Vicisitudes de la liquidación del contrato estatal.

28

Autor: Álvaro Namén Vargas.

Contratos Estatales con régimen de derecho privado en la jurisprudencia del Consejo de Estado.

55

Autores: Edgar González López e Indira Díaz Lindao.

¿Los contratistas de prestación de servicios profesionales de apoyo a la supervisión son responsables ante el Derecho Disciplinario?.

87

Autores: Mauricio Fernando Rodríguez Tamayo.

Principales retos en la contratación eficiente de proyectos de asociación público privada de iniciativa privada en Colombia.

103

Autores: Álvaro Durán Leal y Felipe Herrera Cardozo.

Competencia y colusión en las compras públicas.

119

Autor: Andrés Barreto González.

Naturaleza jurídica y control judicial de la actividad contractual de entidades regidas, en mayor dosis, por el derecho privado: a propósito de la unificación jurisprudencial sobre la naturaleza jurídica de los actos de los prestadores de servicios públicos domiciliarios y su potencial expansivo a otras entidades exceptuadas.

133

Autores: Alberto Montaña Plata y Pedro Zapata García.

Sobre la oportunidad para buscar el restablecimiento del equilibrio contractual público.

145

Autor: Ramiro Pazos Guerrero.

El acuerdo marco de precios como instrumento para la regularización de contratos de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión.	156
--	-----

Autor: Antonio Alejandro Barreto Moreno.

Infrastructure Investment and delivery for a resilient and green recovery: Why governance matters.	170
--	-----

Authors: Paulo Magina, Ana María Ruiz Rivadeneira y Lorena Cruz Serrano.

III. OPINIÓN JURÍDICA

Un proyecto de nuevo juez. Un juez frente al contrato. Un nuevo juez frente a la Ley.	174
---	-----

Autor: María Teresa Palacio Jaramillo.

El Código Civil de don Andrés Bello: ¿un obstáculo para el imperio del juez del “nuevo derecho”?	180
--	-----

Autor: Guillermo Sánchez Luque.

La implementación y uso de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones y la Inteligencia Artificial en la Superintendencia de Sociedades.	184
--	-----

Autor: Juan Pablo Liévano Vegalara.

La visita a la obra: una manera de materializar la debida diligencia y la buena fe en la Contratación Pública.	188
--	-----

Autor: Jaime Rodríguez Navas.

Obras de infraestructura para conectar a los colombianos y aumentar la competitividad.	191
--	-----

Autor: Manuel Felipe Gutiérrez.

¿Un nuevo perfeccionamiento del Contrato Estatal?	195
---	-----

Autor: Felipe de Vivero Arciniegas.

IV. DOCTRINA EN MATERIA DE CONTRATACIÓN ESTATAL	199
---	-----

V. CIFRAS Y ESTADÍSTICAS DEL SISTEMA DE COMPRA PÚBLICA	203
--	-----

Autores



JOSÉ ANDRÉS O'MEARA RIVEIRA

Director de la Agencia Nacional de Contratación Pública -Colombia Compra Eficiente-. Abogado de la Universidad Sergio Arboleda. Especialización en Derecho Administrativo de la Pontificia Universidad Javeriana. Magíster en Derecho con énfasis en Derecho Público de la Universidad Externado de Colombia. Magíster en Estado de Derecho de la Universidad Rey Juan Carlos de España y del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid. Ha sido profesor y conferencista de pregrado, diplomados, especializaciones y maestrías en las Universidades Sergio Arboleda, los Andes, Javeriana, EAFIT, Libre, Santiago de Cali y la Gran Colombia de Armenia.



ÁLVARO NAMÉN VARGAS

Expresidente del Consejo de Estado y exmagistrado de la Sala de Consulta y Servicio Civil de esta misma Corporación. Profesor de la Universidad Externado de Colombia. Especialista en Derecho Comercial y Derecho Administrativo. Máster en Derecho de las Administraciones Públicas.



ÉDGAR GONZÁLEZ LÓPEZ

Magistrado de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado. Abogado de la Universidad Nacional de Colombia. Doctor en Derecho, Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad Nacional de Colombia. Especialización en Derecho Privado de la Universidad Externado. Especialización en Derecho Público Económico de la Universidad de Los Andes. Especialización en Derecho Administrativo de la Universidad del Rosario.



**INDIRA DÍAZ LINDAO**

Magistrada Auxiliar de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado. Docente investigadora de la Universidad Externado de Colombia.

**MAURICIO FERNANDO RODRÍGUEZ TAMAYO**

Magistrado de la Comisión de Disciplina Judicial. Abogado, Especialista en Derecho Administrativo, Especialista en Derecho Disciplinario, Magíster en Derecho Administrativo y Doctor en Derecho. Docente de la Especialización de Derecho Administrativo en la Universidad del Rosario y de Contratación Estatal de la Universidad Libre de Barranquilla.

**ÁLVARO DURÁN LEAL**

Abogado de la Universidad Externado de Colombia. Fue director jurídico del Plan Nacional de Rehabilitación, consultor legal de la Unidad de Infraestructura del Departamento Nacional de Planeación y asesor de la Vicepresidencia de Banca de Inversión de la Corporación Financiera del Valle (hoy Corficolombiana). Desde 1999 es socio de Durán & Osorio Abogados Asociados.

**FELIPE HERRERA CARDOZO**

Egresado de la Universidad Externado de Colombia. Desde 2009 hace parte del equipo de Durán & Osorio Abogados Asociados.



ANDRÉS BARRETO GONZÁLEZ

Superintendente de Industria y Comercio de Colombia. Abogado de la Universidad del Rosario. Especialización en Derecho Administrativo de la Pontificia Universidad Javeriana, especialización y maestría en Asuntos Internacionales y en Política Internacional de la Universidad Externado de Colombia, en conjunto con Columbia University [EE. UU.] y SciencesPo [Francia]. Máster en Estudios Legales Internacionales de la Universidad de Barcelona [España].



ALBERTO MONTAÑA PLATA

Magistrado de la Sección Tercera del Consejo de Estado. Abogado de la Universidad Externado de Colombia. Doctor de la Escuela de Derecho Administrativo y Ciencia de la Administración [SPISA] de la Universidad de Bolonia [Italia]. Postdoctorado en Derecho Público de la Universidad de Pisa [Italia].



PEDRO ZAPATA GARCÍA

Doctor en Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Barcelona [*s. cum laude*]. Magíster en Derecho Administrativo de la Universidad Externado de Colombia. Abogado y Profesional en Gobierno y Relaciones Internacionales. Profesor e investigador de la Universidad Externado de Colombia. Magistrado Auxiliar del Consejo de Estado.



RAMIRO PAZOS GUERRERO

Exmagistrado de la Sección Tercera del Consejo de Estado. Abogado de la Universidad de Nariño. Especialización en Derecho Público de la Universidad Nacional. Doctor en Estudios Avanzados de Derechos Humanos de la Universidad Carlos III de Madrid [España].





ANTONIO ALEJANDRO BARRETO

Profesor asociado y director del Departamento de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de La Sabana. Doctor y magíster en Derecho de la Universidad de los Andes, pasantía doctoral de la Universidad de Nantes [Francia], abogado de la Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario. Miembro del grupo de investigación A1 “Justicia, Ámbito Público y Derechos Humanos” de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de la Sabana, Bogotá D. C., Colombia.



PAULO MAGINA

Jefe de la Unidad de Compra Pública de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico [OCDE].



LORENA CRUZ SERRANO

Trabaja en la Dirección de Gobernanza Pública de la OCDE como analista junior de políticas públicas de la División de Infraestructura y Compras Públicas. Participó en la formulación de la Recomendación de la OCDE sobre la Gobernanza de Infraestructuras y fue parte en proyectos de análisis de políticas de inversión en infraestructura en Argentina y España.



ANA MARÍA RUIZ RIVADENEIRA

Trabaja en la División de Infraestructura y Compras Públicas de la OCDE liderando el área de Infraestructura y Asociaciones Público Privadas. Antes de entrar a la División de Infraestructura, formó parte de la División de Presupuesto y Gasto Público donde estuvo a cargo de la región de América Latina y el Caribe.



MARÍA TERESA PALACIO JARAMILLO

Abogada del Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, con profundización en Desarrollo de Gerencia de la Universidad de los Andes, catedrática en Derecho Público y Contratación Estatal en Maestría, Posgrado y Pregrado, en las universidades del Rosario, Andes y Javeriana y profesora invitada en universidades de Perú y Panamá. Árbitro de las Cámaras de Comercio de Bogotá y Medellín, Conjuez del Consejo de Estado en la Sección Tercera y en la Sala de Consulta y Servicio Civil. Socia Fundadora de la Firma Palacio, Jouve, García Abogados.



GUILLERMO SÁNCHEZ LUQUE

Magistrado de la Sección Tercera del Consejo de Estado. Abogado del Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario. Especialización en Derecho Administrativo del Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario. Especialización en Derecho Constitucional y Ciencia Política del Centro de Estudios Políticos y Constitucionales de Madrid. Estudios de nivel máster de la Universidad de París II.



JUAN PABLO LIÉVANO

Exsuperintendente de Sociedades. Abogado de la Pontificia Universidad Javeriana. Especialización en Derecho Comercial de la Universidad de los Andes y en Derecho Procesal de la Universidad del Rosario. Maestría en Administración de Empresas y Derecho Internacional de Negocios de la American University [Washington D.C. – USA].





JAIME ENRIQUE RODRÍGUEZ NAVAS

Magistrado de la Sección Tercera del Consejo de Estado. Abogado de la Universidad Santo Tomás. Especialización en Derecho Público de las Universidades Autónoma de Bucaramanga y Externado de Colombia. Especialización en Derecho Administrativo de la Universidad Santo Tomás y Derecho Minero-Energético de la Universidad Externado de Colombia. Maestría en Derecho Público de la Universidad Santo Tomás y la Universidad de Konstanz.



MANUEL FELIPE GUTIÉRREZ

Presidente de la Agencia Nacional de Infraestructura. Abogado y economista de la Universidad de los Andes. Maestría en Derecho de la Universidad de los Andes.



FELIPE DE VIVERO ARCINIEGAS

Abogado de la Universidad de Los Andes, especialista en Gestión Pública e Instituciones Administrativas y magíster en Educación con énfasis en educación legal de la misma universidad. Especialista en derecho administrativo de la Universidad de Paris II [Sorbonne]. Profesor asociado de la Universidad de los Andes, director de la especialización en Gestión Pública e Instituciones Administrativas de la Universidad de Los Andes, sede Bogotá D.C. y Cartagena de Indias D. T. y C. y director de la maestría en Derecho Público para la Gestión Administrativa. Socio fundador de la firma De Vivero & Asociados.

Editorial

PRESENTACIÓN DE LA PRIMERA EDICIÓN DE LA REVISTA DE LA AGENCIA COLOMBIANA DE CONTRATACIÓN PÚBLICA -COLOMBIA CONTRATA 2021-

La contratación estatal es hoy en día una de las expresiones más importantes de la actividad del Estado e instrumento fundamental para realizar sus fines. No cabe duda de que se trata de una actividad vital para el desarrollo económico y social de la Nación, en la que se compromete un promedio anual de alrededor de 150.4 billones [2020], que equivale alrededor de un 15% del PIB nacional.

Atrás quedó la pretérita concepción de la contratación pública como mero procedimiento que servía como cauce para el ejercicio de la tradicional función administrativa, para ahora convertirse en un moderno y esencial instrumento de auténtica gestión pública, un mecanismo para promover la colaboración entre el Estado y los particulares y un importante medio para incentivar la inversión extranjera y reactivar la economía. El Estado, como mayor adquirente de bienes y servicios y, al mismo tiempo, como rector de la política pública de compras, cuenta con una indudable posición privilegiada para que a través de la actividad contractual incida en la dirección de las políticas públicas que pretenda poner en marcha.

La mayúscula relevancia de la contratación estatal en el estado social de derecho colombiano, no solo



Iván Duque Márquez
Presidente de la República
2018 - 2022

se motiva por las ingentes cantidades de recursos que se gestionan a través de esta actividad, sino porque el mercado de compras públicas es un escenario en el cual actores privados y públicos convergen en pro de intereses comunes, lo cual permite el contexto propicio para que tanto el Estado como los particulares asuman posiciones proactivas frente a la solución de las problemáticas nacionales y la atención de las necesidades básicas de la población.

Hoy, la situación crítica que enfrenta el planeta



a raíz de la catastrófica pandemia de la Covid-19 provocada por el virus Sars-CoV2, cuyas nefastas consecuencias se presentan en todos los campos y esferas, exigen de la totalidad del conglomerado social y del Estado acciones disruptivas y transversales. El sistema de compra pública no puede escapar de esta exigencia, pues, precisamente, tiene la potencialidad de servir de acicate adecuado para superar los retos que afronta el Gobierno Nacional de cara a la necesaria y apremiante reactivación económica y social.

La evolución reciente del sistema de contratación pública colombiano, si bien puede presentar aspectos que, naturalmente, aún restan por mejorar, sin duda alguna ha denotado avances en otros. Lo fundamental es el reconocimiento que, durante la última década, los distintos actores tanto del sector público como privado, de la academia, la judicatura etc., han hecho sobre la altísima relevancia de la compra del Estado y su vasta capacidad instrumental en la gestión pública.

Muestra de tal reconocimiento fue, entre otras, la creación en 2011 de la Agencia Nacional de Contratación Pública -Colombia Compra Eficiente- con el propósito de contar con un órgano director de la contratación pública, siguiendo la tendencia promovida en el mundo y, particularmente, en América Latina por instituciones como el Banco Mundial, el Banco Interamericano de Desarrollo, entre otras, y la senda marcada por varias naciones que también optaron, aunque con variaciones de tipo orgánico y funcional, por instaurar los denominados entes rectores del sistema de compras públicas.

A partir de la creación de la Agencia se han

promovido y adoptado medidas de distinta índole para el fortalecimiento del sistema de contratación estatal. Por ello, a través de la Agencia se diseñó una estrategia que combinara las más novedosas y exitosas técnicas de agregación de demanda por medio de los Acuerdos Marco de Precios y el estímulo para que más personas, interesadas en colaborar con las entidades estatales en la provisión de bienes y servicios, participaran en los procesos de selección, para lo cual se han venido implementando progresivamente los Pliego Tipo que persiguen estandarizar los requisitos de habilitación y de calificación. Así, es de resaltar la creación de los documentos tipo como instrumentos para el logro de la eficiencia, la integridad y la transparencia en la labor contractual y la progresiva expansión de su obligatoriedad, inicialmente con la Ley 1882 de 2018 y, luego, con la Ley 2022 de 2020.

Bastante útil han sido también los Acuerdos Marco de Precios, como instrumentos de racionalización del sistema de compra pública a través de la agregación de la demanda estatal, de lo cual se destaca la reciente instauración de la obligatoriedad general de estos por virtud del Decreto 310 de 2021, lo cual ha repercutido en una mayor eficiencia del sistema, debido al ahorro considerable de los dineros públicos y la mayor celeridad en el proceso de adquisición de bienes con características técnicas uniformes y de común utilización.

La realización de acuerdos marco de precio e instrumentos de agregación de demanda han sido importantes herramientas de aprovisionamiento para el sector público, aportando una reducción de los precios en los contratos por aplicación de economía de escala, que se ven representados



en ahorros que oscilan en los 400 mil millones de pesos al año. La adopción de los documentos tipo ha significado un importante avance en materia de pluralidad de oferentes, prueba de ello es que las entidades que utilizan los pliegos tipo obtienen un promedio de 34,7 oferentes, mientras las que no los implementan tan solo alcanzan un promedio de 3,78 oferentes.

Estas medidas, aunadas a la progresiva aplicación de políticas públicas horizontales o transversales a través de la contratación pública en pro de comunidades vulnerables como la población en situación de discapacidad y la industria agropecuaria nacional, permiten evidenciar la importancia que el Gobierno Nacional le ha reconocido al sistema contractual público.

Por otra parte, en ejercicio de otra función, que podríamos denominar como «doctrinal», la Agencia Colombia Compra Eficiente se encarga de analizar y escudriñar el ordenamiento normativo vigente, hallar sus contradicciones, variaciones, vacíos, lagunas e indefiniciones normativas, para que a partir de ese estudio, se realice una gestión de articulación y armonización de las disposiciones en materia de contratación pública, todo lo cual repercute en un mejor entendimiento por parte del operador y la formulación de políticas y medidas en este ámbito.

Esta función resulta ser trascendental, por cuanto, las más de las veces, la ineficiencia e inoperancia del sistema de compra pública, así como las irregularidades y problemáticas, no son producto de la ausencia de normas reguladoras, sino de la inexactitud o falta de entendimiento de las prescripciones jurídicas ya existentes.

En este contexto nace, por iniciativa la Agencia Nacional de Contratación, la Revista Colombia Contrata. Esta revista, primera en su tipo y original en cuanto a sus finalidades, es una importante herramienta que beneficiará a los distintos actores del sistema de compra pública nacional, quienes de seguro aprovecharán la valiosa doctrina en ella contenida.

Sobre contratación pública se ha escrito mucho, abundan las creaciones doctrinales, jurisprudenciales, arbitrales etc.; empero, la existencia de un espacio académico y de creación doctrinal con origen en la autoridad líder en materia de compras públicas, la hace un referente obligado e indudablemente dota a esta nueva publicación de seriedad, respetabilidad y autoridad.

La inigualable posición de la Agencia, como ente rector y articulador entre los distintos sujetos y actores del sistema de compra pública, le permite contar con la posibilidad de identificar las principales problemáticas prácticas y teóricas a las que se enfrentan unos y otros, lo cual constituye un insumo importante que nutrirá de contenido cada edición de la revista. Auguro, entonces, que la Revista Colombia Contrata se posicionará como un valioso elemento para la correcta y armoniosa comprensión y aplicación del sistema de compra pública colombiano.

La Revista Colombia Contrata, cuenta con una estructura que, por un lado, sirve como entorno para la discusión académica de temas dogmáticos controversiales o inconclusos, pretendiendo, precisamente, brindar aportes para la armonización de conceptos e institutos dentro del sistema de compra pública por medio de artículos doctrinales



y opiniones jurídicas autorizadas, así como la presentación de conceptos unificadores emitidos por Colombia Compra Eficiente.

En su primera edición, la Revista contiene artículos que tocan temas de actualidad e importancia y, al mismo tiempo, problemáticos, como son la articulación de los regímenes de derecho privado y público en la contratación estatal y el equilibrio económico del contrato estatal, temas estos de gran importancia en la celebración y ejecución de contratos públicos durante la época de la pandemia.

También incluye consideraciones doctrinales sobre la utilización de los Acuerdos Marco de Precios, con propuestas de intensificación de su utilización en el ámbito propio de la prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión, aspecto este que toca directamente con la eficiencia en la contratación de este tipo de objetos contractuales y que constituyen una buena parte del mercado público de compras nacionales, puesto que resultan esenciales para el funcionamiento diario del aparato estatal.

Así mismo, incorpora disertaciones y opiniones sobre temas relevantes para la optimización del sistema de compra pública, como lo son la utilización de las tecnologías de la información y las comunicaciones y la inteligencia artificial, y una mirada a las obras de infraestructura pública como motor fundamental para la reactivación económica a través de la conectividad vial y competitividad del país.

La Revista además ofrece al lector una discriminación de los conceptos de unificación emitidos por la Agencia Nacional de Contratación

Pública, en asuntos como la publicidad y el uso del Sistema Electrónico de Contratación Pública -Secop-, la limitación de convocatoria a Mypimes, las reglas de subsanabilidad de las ofertas, entre otros.

Por último, se presentan los datos estadísticos que arroja la utilización de la Tienda Virtual del Estado Colombiano, el número de transacciones realizadas y el ahorro monetario alcanzado, la participación de Mypimes en el sistema de compra pública y el comportamiento de los distintos productos ofrecidos y vendidos por catálogo.

No puedo concluir esta presentación sin resaltar el trabajo denodado y serio de la Agencia Nacional de Contratación Pública, en cabeza de su director y su equipo de trabajo. Ante la creciente y dispersa normativa que integra el sistema jurídico de compra pública, y la necesidad de su correcta y cabal comprensión por sus destinatarios y operadores, es encomiable la labor de pedagogía jurídica que adelantará Colombia Compra Eficiente con esta nueva publicación.

La contratación estatal presenta problemas asociados al desconocimiento, la falta de entendimiento y la incorrecta aplicación de las normas que, a su vez, generan inseguridad e incertidumbre jurídicas. La armonización y divulgación normativa es, por tanto, una tarea que asume en dirección correcta la Agencia con la creación de esta publicación especializada que contribuye a la difusión del conocimiento y de las buenas prácticas a todos los actores involucrados en la contratación estatal.

Quiero, por último, agradecer a todas las personas que han permitido la elaboración de esta primera



edición de la Revista, en especial, a los destacados profesores, académicos, juristas y magistrados que en forma generosa contribuyeron con sus artículos. Sus escritos académicos y opiniones jurídicas serán una guía importante y darán luces en las diferentes temáticas que en contratación estatal aborda la presente edición.

Por todas estas razones, me siento honrado, y ciertamente emocionado, al poder presentar ante la comunidad la primera edición de la Revista de la Agencia Nacional de Contratación Pública, Colombia Contrata, con la seguridad de que se constituirá en un foro permanente de debate y reflexión que permitirá entender, mejorar, optimizar y ejecutar de mejor manera el sistema jurídico de la contratación pública en Colombia.

IVÁN DUQUE MÁRQUEZ

PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA
2018 - 2022



¿REFORMAR EL ESTATUTO GENERAL DE CONTRATACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA?



JOSÉ ANDRÉS O'MEARA RIVEIRA
Director de la Agencia Nacional de Contratación
Pública -Colombia Compra Eficiente-.

1. Introducción.

La hiperinflación normativa es uno de los grandes problemas de la sociedad colombiana, porque entre otras razones, hace muchísimo más complejo, no solo el cumplimiento del principio de legalidad previsto en los artículos 6¹, 121², 122³ y 123⁴ inciso segundo de la Constitución Política, sino porque además afecta sustancialmente el postulado de la seguridad jurídica.

Prueba de esta inquietante preocupación, son los datos del Observatorio de Mejora Normativa del Departamento Nacional de Planeación -DNP⁵, en donde se puede constatar que durante los últimos 20 años, se han expedido alrededor de 760 leyes⁶ y cerca de 13.000 decretos, cifras a todas luces desproporcionadas para el buen desempeño del Estado social y democrático de derecho, en un país que hace parte de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico -OCDE- y se encuentra

estandarizado como de ingreso medio alto⁷.

Para solo poner un ejemplo, en la última legislatura, comprendida entre el 20 de julio de 2020 y el 20 de junio de 2021, hicieron curso en la Cámara de Representantes y en el Senado de la República un total de 21 proyectos de ley⁸, que directa o indirectamente generaban modificaciones en el sistema de contratación estatal.

Esta situación que, -se repite- debe causarnos por lo menos preocupaciones importantes sobre las dificultades ocasionadas con la constante expedición de disposiciones jurídicas, requiere la búsqueda de soluciones tendientes a balancear en la medida de lo posible, un

⁷ El Banco Mundial clasifica a las economías de los países en cuatro [4] grupos según su nivel de ingresos: [i] ingreso bajo; [ii] ingreso medio bajo; [iii] ingreso medio alto; y [iv] ingreso alto. Ver <https://blogs.worldbank.org/opendata/new-world-bank-country-classifications-income-level-20212022>. La clasificación se actualiza una vez al año, concretamente el 1 de julio de cada vigencia de acuerdo con el Producto Nacional Bruto per cápita del año anterior con tasa de cambio actual según metodología ATLAS. La metodología ATLAS permite "suavizar" las fluctuaciones de las Tasas de Cambio utilizadas a través de un promedio móvil de los últimos tres [3] años registrados, ajustándolos con factores de conversión basados en el precio. Los valores utilizados para 2021 son:

- Ingreso bajo: 1.045 dólares per cápita o menos.
- Ingreso Medio - Bajo: 1.046 dólares hasta 4.095 dólares per cápita.
- Ingreso Medio - Alto: 4.096 dólares a 12.695 dólares per cápita.
- Ingreso alto: Más de 12.695 dólares per cápita.

De acuerdo con la última medición [2021-2022], Colombia se ubica en el grupo de Ingresos Medio Alto: <https://datahelpdesk.worldbank.org/knowledgebase/articles/906519-world-bank-country-and-lending-groups>

⁸ Los cuales serán enunciados como documento adjunto al presente escrito.

¹ "Los particulares solo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes. Los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones."

² "Ninguna autoridad podrá ejercer funciones distintas de las que le atribuyen la constitución y la ley."

³ "No habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en ley o reglamento..."

⁴ Los servidores públicos están al servicio del Estado y de la comunidad; ejercerán sus funciones en la forma prevista en la Constitución, la ley y el reglamento."

⁵ En www.dnp.gov.co

⁶ www.secretariassenado.gov.co

mercado imperfecto⁹ por naturaleza, como lo es el de contratación estatal y compras públicas.

Con este exordio, se pretende de antemano enfatizar, que la convicción personal del suscrito, no está predeterminada por la consideración según la cual, las grandes soluciones a los problemas de Colombia se encuentran sujetas o limitadas a la expedición de normas; muy por el contrario, la búsqueda de un consenso institucional para limitar la excesiva legislación es parte de la temática que debería revisarse a conciencia entre las distintas ramas del poder público, sin que este acuerdo básico de organización, llegue a afectar el principio democrático ni las funciones constitucionales del Congreso de la República relacionadas con la expedición de leyes.

Tampoco se puede desconocer que, para mitigar esa hiperinflación normativa, también ha habido avances sustanciales. Ejemplo de ello fue el trabajo plausible realizado por el Congreso cuando expidió la Ley 2085 de 2021¹⁰, a través de la cual se ordenó derogar más de 7.000 artículos del ordenamiento jurídico colombiano; varios de los cuales versaban sobre disposiciones obsoletas, en otros de reconocida inexequibilidad y otros hasta

⁹ Los economistas han exaltado durante mucho tiempo las virtudes de los mercados. La competencia sin restricciones protege a los consumidores de la influencia de los grupos de presión y obliga a los productores a entregar productos y servicios a costo. Lamentablemente, la competencia rara vez es perfecta, los mercados fallan y el poder de mercado [la capacidad de las empresas para aumentar el precio sustancialmente por encima del costo u ofrecer baja calidad] debe mantenerse bajo control". Discurso de reflexión del premio nóbel de economía Jean Tirole [2014].

¹⁰ "Por medio de la cual se adopta la figura de la depuración normativa, se decide la pérdida de vigencia y se derogan expresamente normas de rango legal". Esto se consagró en su artículo 1. "Objeto. La presente ley tiene por objeto decidir la pérdida de vigencia integral de un grupo de cuerpos normativos de carácter general y abstracto de rango legal, afectados por diversos fenómenos jurídicos de pérdida de vigencia, y derogar, expresa e integralmente, otro grupo de cuerpos normativos, de carácter general y abstracto de rango legal, identificados como depurables por las oficinas y dependencias jurídicas de los sectores de la Administración Pública Nacional, así como fomentar la cultura de la legalidad.

Lo anterior con la finalidad de fortalecer el principio constitucional de seguridad jurídica."

impensables en la actualidad, como aquélla que consagraba la prohibición de importar ciudadanos de nacionalidad china a nuestro país.

En consecuencia, la discusión legal podría concluir con la siguiente premisa inicial: no es mediante la sola expedición de normas que se solucionarán los grandes problemas nacionales; empero, sí se hace necesario resaltar que de las valiosas experiencias acumuladas por parte del equipo técnico de la Agencia Nacional de Contratación Pública -Colombia Compra Eficiente- en calidad de órgano rector¹¹ en la materia, se puede inferir que ha llegado el momento de "*sustituir*"¹² -no reformar-, el actual Estatuto General de Contratación de la Administración Pública -EGCAP- integrado por las leyes 80 de 1993; 816 de 2003; 1150 de 2007; 1474 de 2011; 1742 de 2014; 2022 de 2020; 2046 de 2020 y 2049 de 2020¹³.

La convicción es absoluta, porque hoy, definitivamente, es necesario generarle esa transformación a Colombia para satisfacer los fines del Estado con más intensidad; para proteger el patrimonio público con mayor eficacia; para reactivar la economía; para generar seguridad jurídica en el sistema; para mitigar los riesgos disciplinarios, penales y fiscales

¹¹ Artículo 2 del Decreto Ley 4170 de 2011. "Objetivo de la Agencia Nacional de Contratación Pública -Colombia Compra Eficiente-. La Agencia Nacional de Contratación Pública -Colombia Compra Eficiente-, como ente rector, 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." [negrilla y subraya fuera de texto]

¹² Respecto al concepto de sustitución, se ha pronunciado la Corte Constitucional en el contexto de analizar el alcance del poder de reforma a la Carta Fundamental, entre otras, en las sentencias C-551 de 2003; C-970 de 2004; C-971 de 2004; C-1040 de 2005; C-141 de 2010; C-171 de 2012; C-053 de 2016; C-285 de 2016; y C-140 de 2020, bajo el entendido que reformar es cambiar cualquier disposición de una norma vigente, sin que ello signifique una supresión de la norma modificada. Mientras que sustitución, hace referencia a reemplazar un texto normativo por otro completamente distinto.

¹³ Las normas de infraestructura no hacen parte de este escrito. Por ello, no se enuncian las Leyes 1508 de 2012; 1682 de 2013 y 1882 de 2018.

de los servidores públicos; para materializar integralmente la igualdad de oportunidades en el mercado de compras públicas y contratación estatal; para que las oportunidades negociales sean más amplias con los emprendedores y todo tipo de comerciantes y fabricantes; para que nos apoyemos en las tecnologías de la cuarta y de la quinta revolución industrial; para que se adopte y se haga efectiva la implementación del concepto de compras ambientalmente sostenibles.

Se requiere entregarle a la sociedad en general un aire de confianza en la estructura normativa de la contratación estatal, pero ello, solo se logra con transformaciones integrales, debidamente estudiadas y probadamente exitosas.

2. El Método Histórico-Empírico.

El institucionalista¹⁴ alemán Dieter Nölhen¹⁵ critica con razón, que uno de los grandes problemas de los organismos latinoamericanos de carácter estatal, consiste en diseñar sus propias estructuras de poder o sus normas con base -muchas veces- solo en el derecho comparado,¹⁶ sin acudir previamente al método histórico-empírico, según el cual, para crear una entidad o expedir una normativa, resulta fundamental conocer y estudiar el contexto histórico, humano, político, social,

económico y jurídico de cada territorio para establecer con certeza, cuál es la disposición o la figura que se requiere formular.

Ahora bien, diáfano es que el derecho comparado siempre será importante; sin embargo, el estudio para reformar o sustituir el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública -EGCAP- debe abordar otros aspectos de vital importancia tales como el contexto político, económico, social, cultural y de capacidades estatales; los avances y retos en la materia antes y después de la creación de la Agencia Nacional de Contratación Pública -Colombia Compra Eficiente-; y las cifras objetivas que arrojen los datos obtenidos por el órgano rector para que en realidad, se puedan construir los elementos de juicio suficientes que permitan adoptar decisiones acertadas al momento de redactar una modificación o sustitución de tan emblemáticas disposiciones.

Así las cosas, ese método, algunas veces superficial de cotejar permanentemente nuestro régimen o sistema con el de otros países, ocasionalmente realizado con poca meditación y profundidad, lastimosamente, se ha convertido con frecuencia, en el paradigma de lo posible y lo viable en la legislación colombiana. Sirve y es importante, sin embargo, no es suficiente.

Las regulaciones ayudan, pero se debe tener en cuenta que para establecer el por qué un estatuto sirve en determinado territorio, ha de abordarse con rigurosidad el contexto propio de cada Estado, pues lo contrario se traduce en un estudio limitado e incompleto.

¹⁴ Así se le conoce por su especialidad profesional a un tratadista como Nölhen, quien durante gran parte de su carrera se ha dedicado al estudio de las instituciones jurídico-políticas.

¹⁵ Nölhen estudió ciencia política, historia y literatura francesa en las Universidades de Colonia, Montpellier y Heidelberg; es catedrático de ciencia política de la Universidad de Heidelberg y Director Académico del Heidelberg Center. Es el autor de varios libros en idioma alemán y castellano entre los cuales se destacan: El Presidencialismo Renovado; Instituciones y Cambio Político en América Latina; Sistemas Electorales del Mundo; Sistema de Gobierno, Sistema Electoral y Sistema de Partidos Políticos; Democracia, Transición y Gobernabilidad en América latina; Elections in África entre otras importantes obras.

¹⁶ El derecho comparado y los casos exitosos de otros Estados aportan y enriquecen a toda reforma, pero también es claro que sí hay excesos metodológicos en la materia por parte de muchas naciones en vía de desarrollo, en el sentido de desatender los criterios diferenciadores de cada territorio a pesar de sus grandes asimetrías, las cuales se presentan incluso dentro de los mismos países latinoamericanos.



En palabras de la profesora Claudia Zilla¹⁷ refiriéndose a las posturas filosóficas del profesor Dieter Nöhlen, él es un *“enemigo de las recetas y los modelos... busca conocer primero las instituciones particulares en cuestión y el contexto en que funcionan. **El institucionalista contempla la sociedad y los actores... convencido de que no existe el mejor sistema... sino sistemas más o menos adecuados para contextos específicos**”*¹⁸.

[negrilla y subraya fuera de texto]

Esta definición de ‘sistemas más o menos adecuados para sistemas específicos’ es quizás la consideración académica más cercana a la imperfección propia del mercado de compras públicas y contratación estatal, y, en consecuencia, a los efectos diferenciados sobre el funcionamiento de las normas jurídicas conforme con sus distintos contextos.

El argumento que se pretende esbozar en armonía con la tesis del profesor alemán, tiende en primer lugar a valorar el papel de la Agencia Nacional de Contratación Pública -Colombia Compra Eficiente- como fuente de conocimiento y analítica institucional. Sin duda, es allí en donde se obtiene la mayor data posible sobre lo que se está presentando en la contratación de obras, bienes y servicios en todo el territorio nacional, es decir, la materialización del método histórico-empírico al que se hace alusión, sin desconocer las experiencias laborales, litigiosas y académicas de otros expertos que aportan insumos supremamente valiosos a la discusión.

¹⁷ Politóloga, socióloga y psicóloga de las Universidades de Belgrano y Heidelberg y candidata al doctorado de Ciencia Política de la Universidad de Heidelberg. Actualmente se desempeña como directora adjunta del Programa Master of European Political Studies.

¹⁸ Prólogo del libro “EL CONTEXTO HACE LA DIFERENCIA”, Reformas Institucionales y el Enfoque Histórico Empírico. Dieter Nöhlen. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Universidad Autónoma de México. México D.F., 2003, pp. 6.

Contrario a lo que ocurría en el pasado, ahora se pueden identificar los comportamientos que arroja la ciencia de datos en la contratación estatal, insumos que permiten proponer las soluciones normativas necesarias para minimizar las distorsiones de un mercado imperfecto.

En conclusión, es importante expresar que se comparte el criterio del profesor Nöhlen, máxime si se considera que en 1993 cuando se expidió la Ley 80, no había en Colombia ni un órgano rector de la contratación, ni una política pública sobre el asunto que estuviera debidamente consolidada por una entidad de carácter técnico y especializado conforme hoy lo cumple la Agencia Nacional de Contratación -Colombia Compra Eficiente-, creada mediante el Decreto Ley 4170 del 3 de noviembre de 2011.

Incluso, solo hasta el año 2019, con la creación de la Subdirección de Estudios de Mercado y Abastecimiento Estratégico¹⁹ de la Agencia Nacional de Contratación Pública -Colombia Compra Eficiente-, se empezaron a conocer con

¹⁹ Artículo 13A. Subdirección de Estudios de Mercado y Abastecimiento Estratégico. Son funciones de la Subdirección de Estudios de Mercado y Abastecimiento las siguientes:

1. Desarrollar análisis sobre mercados del sistema de compras y contratación pública, para determinar el comportamiento, las tendencias y las estacionalidades en el consumo estatal de obras, bienes y servicios.
2. Diseñar, implementar y difundir instrumentos y herramientas que faciliten las compras y la contratación pública del Estado y promuevan su eficiencia y competitividad.
3. Desarrollar mecanismos que permitan una mayor y mejor participación de oferentes en los procesos de compras y contratación pública de las entidades estatales, en el marco de sus competencias.
4. Adelantar estudios y análisis de los Planes Anuales de Adquisiciones para determinar el consumo planeado de obras, bienes y servicios por parte de las Entidades Estatales.
5. Hacer seguimiento a las dinámicas productivas, los esquemas de distribución, las participaciones de mercado y las estrategias comerciales de los proveedores del Estado, para estructurar modelos de abastecimiento y negociación con un mayor valor por dinero para las entidades estatales.
6. Adelantar programas de capacitación en abastecimiento estratégico para los servidores públicos.
7. Identificar, en coordinación con las demás dependencias de la Agencia, las barreras, dificultades o limitantes de despliegue de las plataformas transaccionales para las compras y contratación pública, y estructurar las acciones y las estrategias que permitan aumentar su uso.
8. Adelantar y proponer, en coordinación con la Secretaría General, las acciones que promuevan la gestión del conocimiento y la innovación en los procesos de la Agencia...



objetividad y de forma sistemática²⁰ los resultados o las consecuencias de cada una de las decisiones legales, judiciales, reglamentarias y doctrinales, que se adoptan por parte de las distintas ramas del poder público con incidencia directa o indirecta en el sistema de contratación estatal.

3. El mercado de contratación estatal y compras públicas.

La contratación estatal en Colombia constituye aproximadamente el 16% del Producto Interno Bruto -PIB- del país²¹ y asciende a la suma de hasta 150 Billones, 419.000 millones de pesos al año²², cuantía de recursos tan relevante que exige la valoración integral de cualquier propuesta tendiente a promover cambios estructurales en su marco normativo.

En el contexto de los países miembros de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico -OCDE-, dichas transacciones representan en promedio el 12% del Producto Interno Bruto -PIB-²³, razón por la cual, en este grupo de buenas prácticas gubernamentales al que ya pertenece Colombia, un sistema de compra pública eficiente es un elemento esencial para la permanencia y la generación de utilidades para las empresas²⁴.

Incluso, se considera que un sistema de contratación pública bien diseñado podría contribuir sustancialmente a alcanzar importantes

propósitos estatales como la protección del medio ambiente, el impulso de la innovación, la creación de empleos y el desarrollo de pequeñas y medianas empresas, concluyendo que “las compras públicas son la piedra angular de la gobernanza estratégica.”²⁵

Estamos ante un mercado con una estructura monopsonica²⁶, porque se comercializa con un solo gran comprador denominado Estado, quien impone las reglas imperativas bajo las cuales se cumplen unos objetivos y unos fines que involucra a los distintos partícipes²⁷ de la contratación y a las demás autoridades inmersas en las funcionalidades del sistema.

Desde la perspectiva macroeconómica de Colombia, en el año 2020 la actividad productiva se contrajo un 6,8%, el desempleo se ubicó en el 15.9% con un aumento de 5,4% respecto del año anterior que fue del 10,5%, y la tasa de pobreza monetaria alcanzó un 42,5% de la población, lo que equivale a 21 millones de personas en esta condición, es decir, 3,5 millones de habitantes

²⁵ www.oecd.org/governance/public-procurement/recommendation/

²⁶ “Mercado de Monopsonio: Monopsonio viene de las palabras griegas Monos = Solo y Opsoncion = Idea de compras. Este tipo de mercado se da cuando los compradores ejercen predominio para regular la demanda, en tal forma que les permite intervenir en el precio, fijándolo o, por lo menos, logrando que se cambie como resultado de las decisiones que se tomen. Esto sucede cuando la cantidad demandada por un solo comprador es tan grande en relación con la demanda total, que tiene un elevado poder de negociación. Existen tres clases de Monopsonio: 1. Duoposonio: Se produce cuando dos compradores ejercen predominio para regular la demanda 2. Oligoposonio: Se da cuando los compradores son tan pocos que cualquiera de ellos puede ejercer influencia sobre el precio. 3. Competencia Monopsonista: Se produce cuando los compradores son pocos y compiten entre sí otorgando algunos favores a los vendedores, como: créditos para la producción, consejería técnica, administrativa o legal, publicidad, regalos, etc...”. Thompson Ivan. Tipos de mercado, tomado de: http://moodle2.unid.edu.mx/dts_cursos_md/pos/MD/MM/AM/06/Tipos_de_Merca...

²⁷ “Artículo 2.2.1.1.2.1. Partícipes de la Contratación Pública. Los partícipes del sistema de compras y contratación pública para efectos del Decreto-Ley 4170 de 2011, son:

1. Las Entidades Estatales que adelantan Procesos de Contratación.
2. Colombia Compra Eficiente.
3. Los oferentes en los Procesos de Contratación.
4. Los contratistas.
5. Los supervisores.
6. Los interventores.
7. Las organizaciones de la sociedad civil y los ciudadanos cuando ejercen la participación ciudadana en los términos de la Constitución Política y de la ley.”

²⁰ Pues antes se tenían datos aislados.

²¹ Datos abiertos del Sistema Electrónico de Contratación Pública -SECOP-. En www.colombiacompra.gov.co

²² Cifra transada durante el año 2019 en las tres [3] plataformas electrónicas que administra la Agencia Nacional de Contratación Pública -Colombia Compra Eficiente-, a saber: los dos Sistemas Electrónicos de Contratación Pública [SECOP I - SECOP II]; y la Tienda Virtual del Estado Colombiano -TVEC-.

²³ www.oecd.org/governance/public-procurement/

²⁴ Handbook of Procurement. Cambridge University Press. Piga Gustavo; Dimitri Nicola y Spagnolo Giancarlo. Página 3. 2006.



adicionales al 2019, resultados estos, que se relacionan única y estrechamente con la llegada de la Covid 19. Estas cifras representan la peor crisis económica del país desde 1975, año a partir del cual se cuenta con estadísticas oficiales sobre las cuales se permite hacer un comparativo riguroso.

Ante este preocupante panorama, es evidente que el mercado de contratación estatal y compras públicas debe considerarse como un motor esencial para la reactivación económica²⁸; en ese sentido, valdría la pena revisar las figuras jurídicas novedosas que recientemente han entregado resultados en materia de optimización de recursos públicos, eficiencia administrativa, transparencia contractual y acceso al mercado en igualdad de oportunidades para los emprendedores, las micro, pequeñas, medianas empresas (mipymes²⁹) y la gran industria en escalas regionales y con encadenamientos productivos de carácter local.

De esta forma, se estaría generando una transformación integral y real del sistema, pues se pasaría de una legislación contractual cargada de principios y reglas de difícil aplicación territorial a uno realmente adaptado a las realidades de un país como Colombia en donde más del 90% de sus municipios son de categorías 5 y 6.

3.1. Algunos resultados de la Agencia Nacional de Contratación Pública -Colombia Compra Eficiente- que sustentan la transformación normativa.

La Agencia Nacional de Contratación Pública

²⁸ Según datos del Fondo Monetario Internacional, la reactivación económica de Colombia tardará un aproximado de cinco (5) años, para superar y reponerse a la crisis que dejó la pandemia del Covid 19. Blog del FMI sobre temas económicos de América Latina.

²⁹ Que constituyen el 99,5% del tejido empresarial colombiano y brindan un aproximado del 80% de la empleabilidad de Colombia. Fuente: Ministerio de Trabajo y Seguridad Social.

-Colombia Compra Eficiente³⁰ se creó con el objetivo de formular políticas públicas³¹ orientadas a generar mayor transparencia, más eficiencia y una optimización importante de los recursos del Estado, por tal motivo, cada uno de sus resultados se han dedicado a cumplir esos tres (3) importantes propósitos. Veamos:

3.1.1. La política de transparencia y datos abiertos a través de las plataformas electrónicas.

Esta denominación ha sido promovida por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico -OCDE-, para generar la sistematización de la información en la contratación estatal con el propósito de hacer absolutamente cristalino cualquier negocio jurídico que se suscriba entre los partícipes del sistema de compras públicas.

La antítesis de los datos abiertos, son los documentos contractuales que hasta hace pocos años se encontraban escondidos incluso, en los techos de las entidades públicas cuando eran eventualmente allanadas por parte de los organismos judiciales o de control, sin

³⁰ De acuerdo con la Ley 489 de 1998, las unidades administrativas especiales son organismos creados por la ley, con la autonomía administrativa y financiera que aquella les señale, sin personería jurídica, que cumplen funciones administrativas para desarrollar o ejecutar programas propios de un ministerio o departamento administrativo.

³¹ A título de aclaración sobre el concepto de políticas públicas, vale la pena destacar lo siguiente acerca de una noción que, en el caso de la Agencia Colombia Compra Eficiente, nada tiene que ver con la actividad política. "Es común definir el objeto o el concepto de política pública, a partir de la dificultad semántica que existe en castellano y en general en las lenguas latinas con el término política. Es preciso señalar que en lengua española hay por lo menos tres acepciones cobijadas por la misma palabra que el idioma inglés sí distingue. Primero, la política es concebida como el ámbito del gobierno de las sociedades humanas, polity en inglés. Segundo, la política es la actividad de organización y lucha por el control del poder, politics en inglés. Y, finalmente, la política es designación de los propósitos y programas de las autoridades públicas, policy en inglés. Claramente, nuestro propósito tiene que ver principalmente con la última acepción." Hecha la aclaración sobre las acepciones, procederé a transcribir una gran definición del tratadista André Noël en su libro POLÍTICAS PÚBLICAS, formulación, implementación y evaluación. "Una política pública designa la existencia de "un conjunto conformado por uno o varios objetivos colectivos considerados necesarios o deseables de medios y acciones que son tratados, por lo menos parcialmente, por una institución u organización gubernamental con la finalidad de orientar el comportamiento de actores individuales o colectivos para modificar una situación percibida como insatisfactoria o problemática." Páginas 35 y 38. Ediciones Aurora. Décima edición actualizada. Bogotá D.C., mayo de 2014.



que ningún ciudadano pudiese conocerlos, ni mucho menos identificar la modalidad de selección de un contratista, las observaciones de sus competidores, la cuantía del contrato o la trazabilidad de sus etapas.

Para mutar de la contratación de papel al e-procurement, se le asignaron a la Agencia Nacional de Contratación Pública -Colombia Compra Eficiente-³², entre otras funciones, la de “desarrollar y administrar el Sistema Electrónico para la Contratación Pública [SECOPI]..., y gestionar nuevos desarrollos tecnológicos en los asuntos de su competencia”, lo que le valió para tener además de las plataformas del SECOPI I y del SECOPI II, a la Tienda Virtual del Estado Colombiano.

Surge entonces una pregunta: ¿qué resultados y beneficios concretos le ha arrojado la inclusión de unas plataformas transaccionales al país para que se pueda ejecutar una política pública de transparencia y datos abiertos?

Para hacer mención a algunas cifras, la Agencia Nacional de Contratación -Colombia Compra Eficiente- ha logrado una transaccionalidad en las plataformas del SECOPI II y la Tienda Virtual del Estado Colombiano -TVEC- de 26 billones de pesos en el año 2019; 56 billones en el año 2020 y durante este 2021 se superarán los 90 billones de pesos³³.

Ello significa que en los últimos cuatro años, hemos incrementado en más de un 207% la ejecución de recursos públicos transados a la vista de todos los colombianos, que cualquier ciudadano puede discriminar con claridad por qué un contratista

se convirtió en adjudicatario de una obra, cuáles fueron las observaciones de sus competidores en la etapa precontractual, cómo viene ejecutando el cumplimiento de sus obligaciones y cuáles son las consideraciones de los supervisores o interventores sobre la etapa contractual, además de exponer la liquidación del acuerdo de voluntades y permitirse la revisión entre lo firmado y lo realmente ejecutado.

Hace diez años, era impensable que a través de un sistema de datos abiertos se conquistarían escenarios en línea de transparencia efectiva, pues todas las actividades eran materializadas en papeles conocidos por la opinión mediante aislados derechos de petición, contrario a la posibilidad actual en la que solo se ingresa a un sistema [el SECOPI II] para identificar con el número de una cédula de ciudadanía, con un nit de una empresa o con el objeto contractual acordado, qué negocios jurídicos se han firmado, por qué cuantías y en fin, establecer qué tan cristalinos han sido esas modalidades de selección en materia de competencia, pluralidad de oferentes e igualdad de oportunidades frente al mercado de compras públicas.

Pero las plataformas también aportan a la eficiencia y a la optimización de recursos privados. Con el SECOPI II, un empresario domiciliado en Barranquilla o en cualquier otra ciudad del país, puede licitar una obra en el departamento del Tolima sin la necesidad de radicar la propuesta en un sobre físico e incluso, ahorrando sus costos de traslado.

Ahora toda la tendencia es continuar avanzando hacia una contratación abierta, en línea y en tiempo real, luego se debe enfatizar que no debería existir

³² En virtud del artículo 3, numeral 8 del Decreto Ley 4170 de 2011.

³³ Para hoy 23 de noviembre de 2021, se han transado \$ 87 billones de pesos.



ningún tipo de excepción legislativa al uso de una plataforma virtuosa para la confianza ciudadana en sus gobernantes y en sus instituciones. En conclusión, ninguna entidad del Estado, salvo en casos absolutamente excepcionales y técnicamente justificados, debería excluirse de la utilización de la plataforma SECOP II o la que haga sus veces para desarrollar una actividad contractual con dineros del erario público.

3.1.2. La política de optimización de recursos estatales.

La Agencia Nacional -Colombia Compra Eficiente- viene generando ahorros importantes para el Estado a través de dos mecanismos jurídicos, a saber: i.) Los Acuerdos Marco de Precios e Instrumentos de Agregación de Demanda para la compra de bienes y servicios uniformes; y ii.) Los documentos y pliegos tipo para la contratación de obras públicas.

A la fecha, el éxito de ambas figuras se materializa en ahorros superiores a los 2 billones de pesos entre el 7 de agosto de 2018 y la fecha, lo cual conlleva a reflexionar sobre la necesidad y la conveniencia de extender, ampliar y proyectar estos institutos a todas las entidades del Estado.

La obligatoriedad de ambas figuras a la casi totalidad³⁴ de las entidades del Estado debe ser una realidad y solo en contadas excepciones se podría contratar por el régimen de derecho privado. En la Unión Europea y en la mayoría de los

³⁴ Tanto para la obligatoriedad del SECOP II, como para la de la Tienda Virtual del Estado Colombiano resulta importante que se extienda una fuerte política de conectividad con la que hoy no cuenta un aproximado del 80% de las entidades territoriales, no obstante, debido al esfuerzo del actual gobierno, sí hay un estimado de más del 65% de los recursos públicos que se está ejecutando mediante el SECOP II, lo cual arroja el mejor cuatrienio de la historia de la transparencia en datos abiertos del país, pasando de tener a 225 entidades obligadas en el 2018, para incorporar en el 2021 a las 854 más representativas -presupuestalmente hablando- en dicha plataforma.

países de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico -OCDE-, no hay dilemas ni diferencias entre la ley contractual de un ministerio y la de una empresa industrial y comercial del Estado o de un hospital³⁵, contexto que una vez fue comparado con la legislación colombiana, no altera su resultado reflexivo.

Erróneamente, se nos hizo creer en la cultura jurídica colombiana, bajo premisas nunca probadas, que las utilidades de las empresas industriales y comerciales del Estado o la eficiencia de este tipo de entidades no pueden ser compatibles con una ley de compras públicas y contratación estatal regida bajo los postulados del derecho administrativo, pues se encontrarían en desventaja con su competencia, cuando en realidad, el equilibrio entre la autonomía de la voluntad y la transparencia contractual, sería en últimas, la premisa fundamental para avanzar en la materia con eficiencia y seguridad jurídica.

La proyección no debería ser un Estatuto General de Contratación de la Administración Pública que quiera imitar los regímenes privados de algunas entidades estatales, sino una nueva ley que al reemplazar a las leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007, atraiga a las empresas estatales regidas por el derecho privado porque las fortalece en materia de optimización de recursos, transparencia contractual, eficiencia administrativa y tiempos de contratación.

Al respecto, ya se han logrado avances sustanciales, cuando se observa que más del 51% de los 3.2 billones de pesos que transaron las entidades públicas en la Tienda Virtual del Estado Colombiano durante el año 2020, fueron

³⁵ Con la naturaleza de empresa social del Estado conforme la Ley 489 de 1998.



ejecutados por entidades del Estado que no se encontraban obligadas a comprar a través de los acuerdos marco de precios e instrumentos de agregación de demanda de la Agencia Nacional de Contratación Pública -Colombia Compra Eficiente-.

Para los acuerdos marco de precios e instrumentos de agregación de demanda, la estrategia de generación de economías de escala ha logrado ahorros cercanos al 16%. La estimación de resultados con una conectividad a nivel territorial del 100% y con contadas excepciones a la aplicación de un Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, revolucionaría los resultados de tal manera que implicaría transar en la Tienda Virtual del Estado Colombiano hasta 10 billones de pesos por año, con una optimización de recursos proyectada para un cuatrienio presidencial de 6,4 billones de pesos, cifra que en una economía postpandemia resulta de enorme utilidad para el país. Hoy, las transacciones siguen siendo récord, pero por la novedad de las figuras, es mucho lo que aún se puede lograr.

Desde 2018 a la fecha, los ahorros de estos dos mecanismos legales superan los 2 billones de pesos y con tendencia al crecimiento, pues la proyección ha consistido en pasar de 19 Acuerdos Marco e Instrumentos de Agregación de Demanda que se encontraban operando³⁶ en el año 2019 a tener 72 en el año 2022, producto de los diez (10) procesos competitivos de licitación adjudicados³⁷

36 1.) IAD Medicamentos Fondo Nacional de Estupefacientes; 2) IAD servicios financieros; 3) AM aseo y cafetería; 4) nube pública; 5) nube privada; 6) AM panela; 7) AM servicios de impresión; 8) tickets aéreos; 9) servicios de distribución.

37 1.) Adquisición de panela [CCE-799-I-AMP-2019]; 2) adquisición de productos derivados del papel, cartón y corrugado [CCE-876-I-AMP-2019]; 3) seguros de vehículos II [CCE-877-I-AMP-2019]; 4) dotaciones escolares II [CCE-912-I-AMP-2019]; 5) nube pública III [CCE-908-I-AMP-2019]; 6) compra o alquiler de equipos tecnológicos y periféricos II [CCE-925-AMP-2019]; 7) nube privada III [CCE-916-AMP-2019]; 8) dotaciones de vestuario de calle III [CCE-967-AMP-2019]; 9) motocicletas, cuatrimotos y motocarros II [CCE-971-AMP-2019]; y 10) aseo y cafetería III [CCE-972-AMP-2019].

en el segundo semestre de 2019, diecinueve (19)³⁸ en el año 2020 y veintisiete (27) para diciembre³⁹ de 2021, además de los diecisiete (17) que se viabilizaron⁴⁰ para el primer semestre del año 2022.

En cuanto a los documentos tipo, estos aumentaron la pluralidad de oferentes en un 333%, lo cual ha suscitado que por razones de competencia y de competitividad se cause una reducción promedio del 9%. Es decir, que para el cierre del año 2021 se llegará a un ahorro de recursos superior al billón de pesos, conforme lo evidencian los análisis de la Agencia -Colombia Compra Eficiente-.

También se está materializando como nunca antes el principio de igualdad de oportunidades en el mercado de compras públicas y contratación estatal, máxime, cuando en el pasado reciente, la arbitrariedad de la función discrecional conllevaba a un pliego sastre que subjetivaba sus requisitos habilitantes y de paso creaba limitantes para la

38 1.) Software por catálogo [CCE-139-IAD-2020]; 2) IAD emergencia Covid-19; 3) vehículos III [CCE-163-III-AMP-2020]; 4) mesa de servicio II [CCE-183-AMP-2020]; 5) combustible de aviación [CCE-235-4A-2020]; 6) conectividad III [CCENEG-024-I-2020]; 7) software empresarial [CCE-273-AM-2020]; 8) PAE logístico [CCE-186-IAD-2020]; 9) PAE suministro [CCE-231-IAD-2020]; 10) servicios postales de pago [CCE-247-4H-2020]; 11) adquisición de medicamentos de control especial de monopolio del Estado II [CCE-250-IAD-2020]; 12) soat III [CCE-284-IAD-2020]; 13) servicios BPO II [CCE-025-AMP-2021]; 14) consumibles de impresión II [CCE-282-AMP-2020]; 15) transporte terrestre automotor especial de pasajeros [CCE-285-AMP-2020]; 16) soluciones de videovigilancia y sus mantenimientos [CCE-283-AMP-2020]; 17) mantenimiento de vehículos y autopartes [CCE-286-AMP-2020]; 18) grandes superficies; 19) servicios de impresión II [CCE-103-AMP-2021].

39 1) Material pedagógico-MEN; 2) sistemas fotovoltaicos y sus elementos; 3) elementos para la atención, prevención y mitigación del riesgo y de emergencias; 4) tratamiento hemofilia; 5) tratamiento de enfermedad renal crónica; 6) imágenes satelitales y aerotransportadas; 7) maquinaria amarilla y agrícola; 8) nube pública IV; 9) materiales de construcción y ferretería; 10) compra o alquiler de computadores y periféricos; 11) vuelos chárter; 12) selección abreviada tratamiento de VIH; 13) selección abreviada imágenes aerotransportadas; 14) selección abreviada enfermedad renal crónica; 15) material de intendencia y materia prima; 16) ayudas humanitarias; 17) alimentos y medicamentos para animales; 18) ciberseguridad; 19) equipos biomédicos; 20) elementos para la primera infancia y educación; 21) IAD Mínimas cuantías – MIPYMES; 22) medicamentos; 23) IAD Mínimas cuantías - compras agropecuarias nacionales; 24) sistemas fotovoltaicos, generación y almacenamiento; 25) PAE Medellín - comida caliente; 26) PAE Medellín - suministro de refrigerios; y 27) diesel marino.

40 1) Software por catálogo; 2) mesa de ayuda; 3) nube privada; 4) conectividad; 5) dotaciones escolares; 6) motocicletas, cuatrimotos y motocarros; 7) dotaciones de vestuario; 8) material de intendencia con NTMD; 10) seguros de vehículos; 11) servicios financieros; 12) adquisición de productos del papel, cartón y corrugado; 13) combustible nacional; 14) servicio de aseo y cafetería; 15) arrendamiento de vehículos convencionales; 16) catering; y 17) grasas, lubricantes y aceites.

participación de la empresa privada.

En conclusión, cada una de las figuras expuestas ha demostrado resultados importantes en materia de transparencia contractual, eficiencia administrativa y optimización de recursos públicos. No obstante, surgió un problema que ahora deberá ser corregido mediante una nueva legislación.

En la actualidad son muchos los traslados presupuestales que ahora se están suscitando para transferirle a las entidades regidas por el derecho privado una cantidad importante de recursos que deberían ejecutarse por el Estatuto General de Contratación Pública, con el objeto de suscribir sus acuerdos de voluntades sin que se respeten los documentos tipo o los acuerdos marco de precios e instrumentos de agregación de demanda a través de las plataformas transaccionales de Colombia Compra Eficiente.

Urge entonces la necesidad de eliminar la mayoría de los regímenes de derecho privado y para ello, se deben modificar las modalidades de selección previstas en la legislación actual, de tal manera que solo haya una licitación con los tiempos de una selección abreviada (eficiencia y celeridad) como regla general, la compra a través de la Tienda Virtual del Estado Colombiano y la contratación directa para los casos especiales y taxativamente autorizados por el ordenamiento jurídico bajo parámetros de razonabilidad.

Se pasaría así de trece [13] procedimientos de selección a solo tres [3] y se acabarían los más de 2450 artículos de contratación estatal que hoy nos rigen entre las leyes y el decreto 1082 de 2015, para expedir una ley que integrada al reglamento no supere los 100 o 150 artículos en la materia.

4. Una contratación pública moderna y adecuada a los contextos locales.

Es importante manifestar que el contrato estatal es sin lugar a dudas, el vehículo o instrumento más adecuado para garantizar los derechos fundamentales, sociales, económicos, colectivos y culturales de la sociedad colombiana, pues salvo los salarios y prestaciones sociales de los servidores públicos, todo plan de desarrollo en el orden nacional, departamental, distrital o municipal debe contar, conforme el artículo 339 de la Constitución Política⁴¹ y las leyes que lo desarrollan, con los presupuestos económicos para su ejecución.

Prácticamente, no hay en el territorio nacional ninguna política pública o propósito estatal que se pueda satisfacer sin el instrumento contrato administrativo como vehículo para mejorar el bienestar general de las personas. Lo anterior significa que el contrato estatal no solo es transversal a todo el Estado, sino que además tiene un enorme impacto en el imaginario colectivo, y en la calidad de vida de cada habitante del territorio nacional, bien para aplaudirlo como figura que le ayuda o lastimosamente para deplorarlo por actos de corrupción.

Es por esto, que no se debe hacer una valoración

⁴¹ Inciso 1o. modificado por el artículo 2o. del Acto Legislativo 3 de 2011. "Habrán un Plan Nacional de Desarrollo conformado por una parte general y un plan de inversiones de las entidades públicas del orden nacional. En la parte general se señalarán los propósitos y objetivos nacionales de largo plazo, las metas y prioridades de la acción estatal a mediano plazo y las estrategias y orientaciones generales de la política económica, social y ambiental que serán adoptadas por el Gobierno. El plan de inversiones públicas contendrá los presupuestos plurianuales de los principales programas y proyectos de inversión pública nacional y la especificación de los recursos financieros requeridos para su ejecución, dentro de un marco que garantice la sostenibilidad fiscal.

Las entidades territoriales elaborarán y adoptarán de manera concertada entre ellas y el gobierno nacional, planes de desarrollo, con el objeto de asegurar el uso eficiente de sus recursos y el desempeño adecuado de las funciones que les hayan sido asignadas por la Constitución y la ley. Los planes de las entidades territoriales estarán conformados por una parte estratégica y un plan de inversiones de mediano y corto plazo." [subraya fuera de texto]



simplemente superficial o material sobre los tiempos y los movimientos de los procedimientos contractuales, sino que además, se debe impulsar una tesis esperanzadora para la sociedad colombiana, que promocióne un borrón y cuenta nueva en la legislación sobre la materia. En conclusión, se necesita de una ley de prestigio para la generación de confianza ciudadana y de capital social⁴² como presupuesto fundamental para el desarrollo.

Lo anterior, porque los acuerdos marco de precios, los documentos tipo e incluso las plataformas electrónicas de transacción con datos abiertos, en línea y en tiempo real, no le son obligatorias a muchas entidades no sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública en virtud de los regímenes privados⁴³ que las cobijan, canalizándose así cerca del 45% del dinero que se ejecuta con dineros oficiales, por normas distintas a las que incorporaron estas figuras y que vienen entregando resultados probados para la eficiencia administrativa, la transparencia contractual, la optimización de recursos y la mayor accesibilidad al mercado por parte de nuevas compañías.

La proyección legislativa que se propone requiere una normatividad orientada al cumplimiento de los fines del Estado y no a las controversias contractuales, en donde el principio de bi-anulidad presupuestal sea una realidad; que la liquidación de un contrato por regla se realice en treinta días y solo por excepción no en treinta meses; para buscar que los mecanismos alternativos de solución de controversias no generen temores

en los ordenadores del gasto, sino que se conviertan en instrumentos de solución real a sus problemas jurídicos; que la ciencia, la tecnología y la innovación sean aliados del sistema de compras públicas con el acompañamiento de las tecnologías de la cuarta y de la quinta revolución industrial, en donde las plataformas transaccionales sean fácil utilización en las distintas entidades territoriales independientemente de su categoría, que se fortalezcan las economías locales a través de los encadenamientos productivos y donde los acuerdos comerciales se encuentren armonizados con una política que reconozca el valor por dinero y los objetivos de desarrollo sostenible.

Aunque a la fecha, los resultados son extraordinarios, el desorden normativo es innegable y absoluto. En tal sentido, nos falta un nuevo y verdadero Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.

⁴² Entiéndase por capital social la confianza de los ciudadanos en sus instituciones y en sus gobernantes, como presupuesto fundamental para el desarrollo.

⁴³ Redactados por asesores jurídicos sin las premisas de un sistema integral.



VICISITUDES DE LA LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO ESTATAL

Introducción

La liquidación del contrato constituye una de las etapas principales del contrato estatal¹. De allí, que haya sido objeto de regulación por parte del legislador a través de la Ley 80 de 1993, la Ley 1150 de 2007 y el Decreto Ley 019 de 2012. Sin embargo, la experiencia demostraría que dicha regulación no resulta suficiente para enfrentar y responder a las múltiples situaciones que gravitan alrededor de esta importante etapa.

Ha sido por tanto la jurisprudencia la llamada a resolverlas; no obstante, excepto en los casos en que existe sentencias de unificación o el pronunciamiento es reiterado, las soluciones pueden ser susceptibles de criterios dispares o cambios polémicos en las interpretaciones que podrían afectar la actividad contractual del Estado y la seguridad jurídica que debe caracterizarla.

Dentro de este marco, la siguiente exposición tiene como objetivo identificar los principales problemas jurídicos que se presentan dentro del ámbito de la liquidación del contrato estatal y exponer la solución que la jurisprudencia ha



ÁLVARO NAMÉN VARGAS

Expresidente del Consejo de Estado y exmagistrado de la Sala de Consulta y Servicio Civil de esta misma Corporación.

encontrado para superarlos.

Con este propósito, el artículo se divide en dos grandes acápites: en el primero, se realiza una aproximación a los aspectos generales de la liquidación del contrato, buscando destacar, en particular, las importantes funciones que esta cumple. En la segunda parte, se abordan una serie de temáticas y problemas jurídicos a propósito de la liquidación del contrato.

1. Consideraciones generales

En relación con su noción, procedencia, obligatoriedad, contenido y funciones, sus formas, plazos para realizarla y, especialmente, las consecuencias jurídicas que frente a las obligaciones correspondientes tiene la omisión o falta de esta operación en los precisos términos establecidos en el ordenamiento jurídico, cabe efectuar las siguientes consideraciones:

1.1. Noción

«Liquidación» en su uso común o general corresponde a la *«acción y efecto de liquidar»*. A su turno, el verbo *«liquidar»* significa, según las definiciones que guardan cercanía con los propósitos que persigue la liquidación del contrato estatal: *«2. tr. Hacer el ajuste formal de una cuenta. 3. tr. Saldar, pagar enteramente una cuenta. 4. tr.*

¹ La liquidación del contrato también ha sido considerada un procedimiento y un mecanismo de solución de controversias. En este sentido, véase: Samuel Yong Serrano, *El contrato estatal en el contexto de la nueva legislación*, 4ª ed., Grupo editorial Ibañez, Bogotá, 2015, p. 298; Francisco Cuello Duarte, *Contratos de la administración Pública*, Tercera edición. Ecoe Ediciones, Bogotá, 2009, p. 270; Aída Patricia Hernández Silva, «La liquidación del contrato estatal», en *Revista digital de Derecho administrativo*, Universidad Externado, número 1. 2009, p. 1; Juan Ángel Palacio Hincapié, *La contratación de las entidades estatales*, 5ª ed., Medellín, Librería Jurídica Sánchez, 2005, pp. 335, 338 y 339, y Juan Carlos Expósito Vélez, «La liquidación bilateral de los contratos estatales: un mecanismo alternativo de solución de conflictos», en *Revista digital de Derecho administrativo*, Universidad Externado, número 1. 2009.



Poner término a algo o a un estado de cosas. [...] 12. tr. Der. Determinar en dinero el importe de una deuda»².

La liquidación del contrato corresponde a un ajuste o rendición final de cuentas que se produce con el objeto de que las partes contratantes establezcan, con fundamento en el desarrollo del contrato, las acreencias pendientes o saldos a favor o en contra de cada una, o se declaren a paz y salvo, según el caso, para extinguir el negocio jurídico celebrado.

De esta suerte, tiene como propósito determinar cómo quedó la realización de las prestaciones mutuas a las que se comprometieron las partes y efectuar un balance de las cuentas y pagos, con miras a establecer quién le debe a quién y cuánto. Asimismo, en la liquidación del contrato se realizan las reclamaciones, ajustes y reconocimientos a que haya lugar; se declara la satisfacción de las obligaciones o derechos a cargo de los contratantes y se finiquita el vínculo contractual³.

Bajo este marco, la liquidación del contrato estatal puede definirse como:

[U]na etapa o fase del proceso de contratación del Estado que termina con un acuerdo o un acto administrativo, en el que constará la extinción del vínculo contractual y cuya virtualidad es la de cerrar definitivamente la relación entre los contrayentes y dar certeza y seguridad jurídica de la situación en que queda luego de finalizar la ejecución del contrato y, además, es un escenario propicio para precaver y solucionar futuras controversias entre las partes con ocasión de su ejecución⁴.

² Real Academia Española. Diccionario de la lengua española. 2014 <https://dle.rae.es/liquidar?m=form>, consultado el 1 de abril de 2020.

³ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto del 28 de junio de 2016, Radicación número 11001-03-06-000-2015-00067-00[2253].

⁴ Ibidem. Desde el punto de vista de la doctrina, la liquidación del contrato se define como: «una especie de resumen o balance de la ejecución del contrato que se realiza a su terminación, sea esta última normal o anticipada». Libardo Rodríguez Rodríguez, Derecho Administrativo. Tomo II. 20ª ed., Editorial Temis S.A., Bogotá, 2017, p. 294. La liquidación es el procedimiento a través del cual una vez concluido el contrato, las partes cruzan cuentas respecto sus obligaciones. Colombia Compra

1.2. Procedencia: el contrato se liquida cuando el contrato termina normal o anormalmente

De acuerdo con el artículo 11 de la Ley 1150 de 2007, la liquidación del contrato puede realizarse, ya sea mediante acuerdo o acto administrativo, en tres oportunidades: i) a la expiración del término previsto para la ejecución del contrato, ii) una vez se expida el acto administrativo que ordene la terminación, o iii) en la fecha dispuesta por las partes. Dentro de este marco, la liquidación tiene lugar luego de la terminación normal o anormal del contrato estatal, por causas contractuales o legales, atribuibles a ambos contratantes, o a uno de ellos.

Son causales normales de terminación del contrato: i) el cumplimiento de su objeto; ii) el vencimiento de su plazo de duración, y iii) el acaecimiento de la condición resolutoria expresa, convenida por las partes.

Por su parte, el contrato estatal termina de forma anormal en los siguientes casos:

i) Por el mutuo consentimiento de las partes (arts. 13, 32 y 40 de la Ley 80 de 1993, arts. 1602 y 1625 inc. 1. del Código Civil).

ii) Por la declaratoria de terminación unilateral, con fundamento en alguna de las causales legales correspondientes (art.17 de la Ley 80 de 1993).

iii) Por la renuncia del contratista a ejecutar el contrato, cuando el valor inicial de este ha

eficiente, Guía para la liquidación de los Procesos de Contratación, G-LPC-01. Véase igualmente: Luis Guillermo Dávila Vinueza, Régimen jurídico de la contratación estatal, 2ª ed., Editorial Legis, Bogotá, 2003, pp. 555, 559 y 560. Carlos Guillermo Castro Cuenca, Luisa Fernanda García López y Juan Ramón Martínez Vargas, La Contratación Estatal: teoría general. Perspectiva comparada y regulación internacional, Editorial Universidad del Rosario, Bogotá, 2009, p. 282.



sufrido una alteración superior o igual al 20%, como consecuencia de la modificación unilateral realizada por la entidad [art.16 inc. 2 de la Ley 80 de 1993].

iv) Por la renuncia del contratista a su ejecución, cuando le sobreviene una inhabilidad o incompatibilidad y no se pueda ceder el contrato [art. 9 de la Ley 80 de 1993].

v) Por la declaratoria de caducidad ante el incumplimiento de las obligaciones esenciales del contratista que afecte de manera grave y directa la ejecución del contrato y evidencie que puede conducir a su paralización [art. 18 de la Ley 80 de 1993].

vi) Por la terminación unilateral del contrato por parte de la entidad, como consecuencia de la configuración de ciertos supuestos de nulidad absoluta del contrato, entre ellos, la violación al régimen de inhabilidades e incompatibilidades [arts. 44 y 45 de la Ley 80 de 1993].

1.3. Los contratos que deben ser liquidados

De acuerdo el artículo 60 de la Ley 80 de 1993, disposición modificada por artículo 32 de la Ley 1150 de 2007 y el artículo 217 del Decreto 019 de 2012, la liquidación del contrato estatal resulta obligatoria en los contratos de tracto sucesivo; en aquellos cuya ejecución o cumplimiento se prolonga en el tiempo (ya sea por la naturaleza periódica de las prestaciones o por las circunstancias que se presenten en su ejecución) y en los demás que lo requieran, teniendo en cuenta su naturaleza, objeto y plazo, su importancia o relevancia, o la ocurrencia de discrepancias y controversias

respecto de la ejecución⁵.

Por el contrario, y atendiendo lo dispuesto en la misma norma, la liquidación es potestativa o facultativa cuando se trate de contratos de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión.

Asimismo, las partes del contrato pueden, con fundamento en el principio de la autonomía de la voluntad⁶ [artículos 32 y 40 de la Ley 80 de 1993 y 1602 del Código Civil], convenir la liquidación del contrato, aun cuando el negocio jurídico que han celebrado no sea de aquellos sometidos a liquidación obligatoria⁷.

Ahora bien, respecto de la liquidación de los contratos estatales celebrados por entidades del régimen exceptivo, en principio, dichas entidades públicas no están sujetas a la obligación de liquidar el contrato. Sobre el punto, en sentencia del 24 de octubre de 2016, el Consejo de Estado afirmó:

Para empezar, se parte de reconocer que las entidades excluidas de la Ley 80 de 1993 tienen un régimen contractual que vincula dos ordenamientos: el privado, de manera preponderante, como ordenador y determinante del aspecto sustantivo del negocio jurídico; y los principios de la función administrativa, los principios de la gestión fiscal y el régimen de inhabilidades e incompatibilidades, como organizadores supletorios del anterior régimen cuando aplica al Estado⁸.

⁵ Véase: Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto de 6 de agosto de 2003, Radicación número: 1453.

⁶ Frente al principio de la autonomía de la voluntad en el régimen de la contratación pública, la doctrina ha señalado: «La ley 80 de 1993 fue, por tanto, una respuesta a ese nuevo Estado de derecho en la que se reconoce como principio básico el postulado de la autonomía de la voluntad, fundamentalmente en sus artículos 13, 32 y 40, que consagran el Código Civil y el Código de Comercio como normas aplicables». María Teresa Palacio Jaramillo, «Potestades excepcionales y su nueva regulación legal y reglamentaria – poderes de la Administración», en Reforma al régimen de contratación estatal (Felipe de vivero Arciniegas [compilador]), Universidad de los Andes, Bogotá, 2010, p. 344.

⁷ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto del 28 de junio de 2016, Radicación número 11001-03-06-000-2015-00067-00[2253].

⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 24 de



Sin embargo, puede ocurrir que entidades públicas sometidas al régimen de contratación del derecho privado, en ejercicio de su autonomía de la voluntad, incluyan una cláusula que hace obligatoria la liquidación del contrato⁹. Dentro de este marco, si se pacta la liquidación unilateral como una cláusula excepcional al derecho común, se debe estudiar si la misma rompe la igualdad de dicha relación negocial y, por ende, si resulta válida desde la perspectiva de la doctrina de las cláusulas abusivas.

De otra parte, si de lo que se trata es de un pacto de liquidación bilateral en un contrato de régimen exceptuado, de acuerdo con el principio de autonomía de la voluntad, se deben observar las reglas del derecho privado, y no el régimen aplicable para la contratación estatal, a menos que las partes acojan la regulación que en la materia incorpora la Ley 80 de 1993, sobre la base de que la misma no genera un desequilibrio y una violación al principio de igualdad entre las partes.

1.4. El contenido material de la liquidación del contrato estatal

En términos generales, la liquidación debe identificar el contrato y las partes. Adicionalmente, debe incorporar los balances técnico, económico, financiero, administrativo y jurídico que resultan del mismo, así como el finiquito y paz y salvo correspondiente. En esta dirección, como tuvo la oportunidad de señalarlo la Sala de Consulta y

Servicio Civil del Consejo de Estado¹⁰, la liquidación debe incluir, entre otros, los siguientes asuntos:

i) La identificación del contrato, las partes, sus sucesores y los cesionarios (en caso de que haya tenido lugar).

ii) Su objeto y alcance, plazo de ejecución, suspensiones y reinicios, prórrogas, modificaciones y adiciones.

iii) El balance técnico de las obligaciones a cargo de las partes, el grado de ejecución del objeto del contrato, junto con el análisis detallado de las condiciones de calidad y oportunidad en la entrega de los bienes, obras o servicios.

iv) El balance o estado económico de la relación contractual a su culminación, mediante la determinación del precio, su forma de pago, los recursos recibidos, los pagos efectuados, el estado del crédito o de la deuda de cada parte, las multas impuestas debidas o canceladas, el monto de la cláusula penal pecuniaria que se haga efectiva, según el caso, las actas, facturas o cuentas y sumas pendientes de pago, el plan de amortización del anticipo, si lo hubo, y el valor que quedó pendiente de amortizar.

Así, en este acápite se busca dar cuenta del comportamiento financiero del negocio, con el propósito de determinar cuánto le debe la administración al contratista y cuánto le debe este a aquella, entre otros aspectos necesarios para dar por concluido el contrato.

v) El balance administrativo, el cual debe reflejar el

octubre de 2016. Radicación número: 41001-23-31-000-2007-00104-01[45607].

⁹ «En principio, como es bien sabido, los contratos que se rigen por las normas del derecho privado no requieren del trámite de liquidación, a menos que las partes contratantes, en ejercicio de su autonomía de la voluntad, pacten la posibilidad de liquidarlo». Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 25 de noviembre de 2019, Radicación número: 25000-23-36-000-2017-01467-01 [62434]. Véase igualmente Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 12 de diciembre de 2019, Radicación número: 41001-23-31-000-2013-00377-01[61943].

¹⁰ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto del 28 de junio de 2016, Radicación número 11001-03-06-000-2015-00067-00[2253].



pago de las obligaciones de seguridad social (salud y pensiones) y parafiscales, el pago de impuestos, el estado de las licencias (ambientales) y permisos [servicios públicos], los predios que se adquirieron y si estos ya se transfirieron a la entidad o no, etc.

vi) El balance jurídico, por medio del cual se determinan los derechos a cargo o a favor de las partes resultantes de la ejecución del contrato. En este balance debe indicarse el estado de cumplimiento de las obligaciones, así como aquellas que deban cumplirse luego de la extinción del vínculo y que surgen para las partes con ocasión de su suscripción.

vii) Los ajustes, revisiones y reconocimientos a que haya lugar, así como los acuerdos, conciliaciones y transacciones a los que arriben las partes para poner fin a las divergencias presentadas y poder declararse a paz y salvo [artículo 60 de la Ley 80 de 1993, modificado por el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007 y el artículo 217 del Decreto 019 de 2012.].

viii) La vigencia de las garantías y su extensión o ampliación en caso que se deban exigir al contratista para avalar las obligaciones que surgen a la extinción del contrato (estabilidad de la obra, calidad del bien o servicio suministrado, provisión de repuestos y accesorios, pago de salarios, prestaciones e indemnizaciones, responsabilidad civil, etc.).

Cuando se trate de liquidaciones bilaterales es necesario que se incluyan los finiquitos. Por tanto, deben hacerse las declaraciones mutuas de paz y salvo y realizarse las salvedades y observaciones a que haya lugar de manera detallada y concreta, con el objeto de que las partes puedan, posteriormente, reclamar y demandar ante la

jurisdicción lo allí señalado.

1.5. Los fines que cumple la liquidación del contrato estatal

La liquidación del contrato estatal persigue importantes finalidades. Así, en primer lugar, tiene una finalidad declarativa, habida cuenta que es el instrumento por medio del cual se declara el punto final de la relación contractual y del estado de satisfacción de las obligaciones de las partes¹¹. En esta dirección, la liquidación certifica o deja constancia del cumplimiento de las obligaciones contractuales, cuando este ha tenido lugar, o, por el contrario, del estado en que queda el negocio jurídico cuando su objeto no ha sido satisfecho o han ocurrido situaciones que dieron lugar a su terminación anticipada. En otras palabras, la liquidación corresponde a un corte de cuentas a través del cual se deja constancia de las obligaciones satisfechas e incumplidas¹².

En segundo lugar, la liquidación del contrato tiene una finalidad constitutiva de obligaciones y derechos, pues determina las sumas específicas que una parte debe a la otra, como resultado de las obligaciones y derechos que emanan del contrato¹³. Adicionalmente, la liquidación establece los reconocimientos y la cuantificación del valor de las prestaciones adicionales ejecutadas de buena fe, que han tenido lugar durante la vigencia del contrato, que no se encontraban comprendidas en el clausulado contractual y eran esenciales y necesarias para el cabal cumplimiento del objeto contractual. Igualmente, incorpora los ajustes y la

¹¹ Ibidem.

¹² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera, Sentencia del 30 de agosto 30 de 2001, Radicación número: 16256.

¹³ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto del 28 de junio de 2016, Radicación número 11001-03-06-000-2015-00067-00[2253].



revisión de precios para restablecer el equilibrio económico o financiero del contrato, mediante el reconocimiento correspondiente, cuando este proceda de acuerdo con las disposiciones legales. En tercer lugar, la liquidación del contrato cumple una finalidad liberatoria, habida cuenta que tiene como propósito que los contratantes superen las controversias que se hayan presentado durante la ejecución del contrato y queden a paz y salvo.

Asimismo, tiene como objeto la extinción de la relación contractual. De allí, que el artículo 60 de la Ley 80 de 1993, modificado por los artículos 32 de Ley 1150 de 2007 y 217 del Decreto 019 de 2012 establezca que: “En el acta de liquidación constarán los acuerdos, conciliaciones y transacciones a que llegaren las partes para poner fin a las divergencias presentadas y poder declararse a paz y salvo”.

La liquidación del contrato satisface también una finalidad de seguridad jurídica, ya que permite a las partes tener certeza del estado en que quedaron las prestaciones que emanaban de la relación jurídico negocial después de su ejecución¹⁴.

1.6. Las modalidades de la liquidación del contrato estatal

La liquidación del contrato puede adoptar tres formas o modalidades. Puede ser: i) bilateral o por mutuo acuerdo, ii) unilateral o iii) judicial. A continuación se pasa a explicar cada una de ellas.

¹⁴ «La contratación estatal, con la finalidad de tener certeza en las relaciones jurídico-negociales de la administración, además del régimen de terminación y extinción de los contratos estatales, consagra un régimen de liquidación de estos con idéntico fin, esto es, proporcionar seguridad jurídica a las relaciones crediticias de la administración, pues, como lo ha dicho la jurisprudencia administrativa, “solo hasta la etapa de liquidación del contrato concluye el negocio jurídico, puesto que hasta entonces existen obligaciones pendientes que debían resolverse, con el propósito de hacer el ajuste de cuentas necesario». Expósito Vélez, ob. cit., p. 2.

1.6.1. Bilateral o por mutuo acuerdo

La liquidación bilateral o por mutuo acuerdo es aquella que resulta de un acuerdo de voluntades entre la entidad contratante y el contratista¹⁵. Encuentra justificación en el interés y la responsabilidad que tienen las partes de poner fin a la relación contractual¹⁶.

Respecto de la naturaleza jurídica de la liquidación bilateral, se han presentado varias hipótesis:

i) Como un negocio jurídico bilateral, debido a que a través de la liquidación las partes, en ejercicio de la autonomía de la voluntad, autorregulan la finalización de su relación y disponen de los intereses que emanan de ella. Asimismo, las declaraciones y expresiones incorporadas en la correspondiente acta son reconocidas y protegidas por el ordenamiento jurídico, siempre y cuando no sean contrarias a la Constitución Política, la ley, el orden público, la moral y las buenas costumbres, y los principios y finalidades del Estatuto General de la Contratación de la Administración Pública y de la buena administración.

ii) Como una convención [artículo 1625 del Código Civil], pues a través de la liquidación bilateral se crea, regula, modifica o extingue un vínculo jurídico.

iii) Como un contrato [artículo 864 del Código de

¹⁵ El Departamento Nacional de Planeación ha recomendado a las entidades del Estado, como un mecanismo de prevención del daño, priorizar la realización de liquidaciones por mutuo acuerdo. Departamento Nacional de Planeación, Manual de buenas prácticas para la gestión contractual pública, Bogotá, 2004, p. 56.

¹⁶ En este sentido, la Sección Tercera del Consejo de Estado señaló que: «la liquidación del contrato interesa a las partes contratantes y no sólo a la administración, pues tanto la entidad como el contratista tienen “la responsabilidad de liquidar el contrato para definir las prestaciones a cargo de las partes, de extinguir las obligaciones surgidas del contrato y de no dejarlo en un estado de indefinición, [sic] es mutua, así como lo fue celebrarlo y ejecutarlo». Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 16 de agosto de 2001, Radicación número: 14384.



Comercio], debido a que través de su celebración se extinguen relaciones jurídicas patrimoniales¹⁷.

Respecto a estas hipótesis, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado ha considerado que la primera y segunda alternativa son las más adecuadas. Sin embargo, acepta también que, excepcionalmente, la liquidación bilateral podría caracterizarse como un contrato cuando se creen o asumen nuevas obligaciones¹⁸.

Frente a sus efectos, la liquidación bilateral es vinculante para las partes, tanto en los derechos que ella reconoce, como en lo referente a la extinción de las obligaciones. En línea con lo anterior, las discrepancias que no sean consignadas expresamente en el acta no pueden ser objeto de reclamación judicial posterior¹⁹.

Esta restricción encuentra sustento en el principio de buena fe y la doctrina “venire contra factum proprium non valet”, la cual señala que nadie puede desconocer sus propios actos²⁰.

1.6.2. Unilateral

La liquidación unilateral del contrato permite a la entidad estatal, a través de un acto administrativo²¹,

¹⁷ En este sentido, la jurisprudencia ha señalado: «el acto de liquidación bilateral de un contrato es a su vez un contrato pues mediante él se persigue extinguir definitivamente las relaciones jurídicas de contenido económico que aún pudieran subsistir a la terminación de la relación contractual precedentemente celebrada». Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 21 de junio de 2014, Radicación número: 28.744.

¹⁸ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto del 28 de junio de 2016, Radicación número 11001-03-06-000-2015-00067-00[2253].

¹⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencias del 25 de noviembre de 1999, Radicación número: 10893; 6 de mayo de 1992, Radicación número: 6661; 6 de diciembre de 1990, Radicación número: 5165; 30 de mayo de 1991, Radicación número: 6665; 19 de julio de 1995, Radicación número: 7882, y 22 de mayo de 1996, Radicación número: 9208.

²⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencias del 6 de julio de 2005, Radicación número: 14113 y 4 de junio de 2008, Radicación número: 16293. Respecto de la doctrina de los propios actos véase: Luis Díez-Picazo y Ponce de León, La doctrina de los propios actos, Bosch, Barcelona, 1963.

²¹ Respecto al acto administrativo, la jurisprudencia ha señalado: «Dicho acto es, básicamente, técnico y económico, por cuanto se funda en la consolidación de las actas de avance y del estado final,

determinar unilateralmente las condiciones del estado que resultan de la ejecución del contrato. Es subsidiaria o supletoria, pues en principio el contratista tiene el derecho a convenir la liquidación con la Administración.

La liquidación unilateral del contrato procede cuando: i) el contratista no se presenta a la liquidación bilateral, ii) esta última no es posible, pues las partes no lograron ponerse de acuerdo o iii) lo hicieron de manera parcial²².

Para que pueda adelantarse la liquidación unilateral, el contratista debe ser convocado o citado por la entidad contratante con el fin de intentar la liquidación bilateral. En caso de no cumplirse con lo anterior, la liquidación unilateral que se adopte por la Administración es inválida por constituir un abuso de poder y desconocer los derechos del contratista al debido proceso y a la defensa y contradicción²³.

1.6.3. Judicial o arbitral

La liquidación judicial o arbitral es aquella que

de acuerdo con la medición de la ejecución del objeto del contrato, la cual se expresa en términos monetarios en el denominado balance de la liquidación, contenido de las cifras que reflejan el valor en pesos de dicha ejecución y el monto final de las obligaciones de las partes. El acto administrativo de liquidación unilateral del contrato no es solo un “acta” o una relación de hechos constatados y cuantificados, toda vez que el balance refleja una o varias decisiones de contenido económico -en cuanto decide el resultado final de la posición acreedora o deudora del contratista frente a la Administración- las cuales necesariamente deben adoptarse en consideración o en aplicación de las reglas del contrato y de la ley al caso particular». Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 12 de diciembre de 2019, Radicación número: 50001-23-31-000-2008-00008-01[61614].

²² «[U]na vez expirado el plazo expreso indicado en los pliegos de condiciones o en el contrato o, en su defecto, el tácito o supletivo de cuatro meses previsto en la ley, sin que el contratista se haya presentado a la liquidación o las partes no hubieren llegado a un acuerdo, “tendrá la facultad de liquidar en forma unilateral dentro de los dos (2) meses siguientes” [artículo 11 de la Ley 1150 de 2007], para lo cual habrá de expedir un acto administrativo de conformidad con la normatividad aplicable». Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto del 28 de junio de 2016, Radicación número 11001-03-06-000-2015-00067-00[2253].

²³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 3 de octubre de 2012, Radicación número: 23.400. Pedro Luis Pemberthy López, «La liquidación de los contratos estatales», en Revista de la Facultad de derecho y ciencias Políticas, Universidad Pontificia Bolivariana, volumen 45, número 123, 2015, pp. 423-424.



tiene lugar cuando el juez o el árbitro competente profiere la providencia correspondiente. Procede cuando las partes no liquidaron el contrato bilateralmente, ni la entidad estatal lo hizo de forma unilateral. También puede ocurrir que hayan quedado asuntos no liquidados. En todas estas situaciones, el juez del contrato tiene la facultad para liquidarlo, tal como se desprende del artículo 141 de la Ley 1437 de 2011 [Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo - CPACA], que dispone:

Artículo 141. Controversias contractuales. Cualquiera de las partes de un contrato del Estado... podrá solicitar la liquidación judicial del contrato cuando esta no se haya logrado de mutuo acuerdo y la entidad estatal no lo haya liquidado unilateralmente dentro de los dos (2) meses siguientes al vencimiento del plazo convenido para liquidar de mutuo acuerdo o, en su defecto, del término establecido por la ley.

Cuando no haya ocurrido alguna de las modalidades de liquidación que pueden presentarse dentro del término inicial, el contratista puede, a través del medio de control de controversias contractuales, solicitar la liquidación judicial dentro de los dos (2) años que se establecen para demandar en tiempo en ejercicio del referido medio de control [artículo 141 del CPACA].

2. Problemas jurídicos y controversias alrededor de la liquidación del contrato

2.1. La oportunidad para liquidar y para demandarla

2.1.1. En el Decreto 222 de 1983 y la Ley 80 de 1993

La oportunidad para realizar la liquidación del contrato estatal ha variado con el transcurrir del tiempo. Así, en una fase inicial, ante el silencio del

Decreto-ley 222 de 1983, la Sección Tercera del Consejo de Estado señaló que las partes disponían de un plazo de cuatro meses para realizarla de mutuo acuerdo, término que debía contabilizarse a partir del vencimiento del plazo de ejecución del contrato, o dentro del plazo convenido por ellas²⁴. Luego, la misma Sección indicó que la Administración debía proceder a liquidar unilateralmente el contrato dentro de los dos meses siguientes al vencimiento del término para realizar la liquidación de mutuo acuerdo²⁵.

Las anteriores reglas jurisprudenciales fueron incorporadas en los artículos 60 y 61 [originales] de Ley 80 de 1993, y 44 [numeral 10, letra d] de la Ley 446 de 1998, por medio del cual se modificó el artículo 136 del C.C.A.

Con todo, frente a los plazos fijados para la liquidación bilateral o unilateral surgió el debate respecto a si estos eran de carácter perentorio o preclusivo o si, por el contrario, eran meramente indicativos. Al respecto, en un principio, la jurisprudencia señaló:

[S]i ni las partes de común acuerdo, ni la administración liquidan, la administración conserva su facultad de liquidar unilateralmente, en cualquier tiempo, sin que ello obste para que el contratista recurra a la vía jurisdiccional para reclamar del juez que la ordene [...] transcurridos dos años desde la terminación del contrato, ni el contratista podrá exigir la liquidación y/o los perjuicios, ni la administración efectuarla, pues en tal caso habrá caducado cualquier acción [o, mejor, proceso], que las partes pudieran promover con fundamento en el contrato [...]26.

²⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencias del 29 de enero de 1988, Radicación número: 3615, 10 de septiembre de 1987, Radicación número: 3711, 29 de enero de 1988, Radicación número: 3615, 11 de febrero de 1988, Radicación número: 4255 y 23 de julio de 1992, Radicación número: 6953.

²⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencias del 11 de diciembre de 1989, Radicación número: 5334 y 9 de noviembre de 1989, Radicación número: 3265.

²⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencias del 29



Sin embargo, se indicó posteriormente que la liquidación bilateral o unilateral del contrato no era posible luego de vencidos los plazos iniciales previstos en la ley y/o en el contrato, una vez se produjera la notificación del auto admisorio de la demanda formulada en ejercicio de la acción de controversias contractuales dirigida a que el juez o árbitro liquidara el contrato²⁷.

Como puede observarse, el Consejo de Estado consideró en una primera etapa, que los términos para realizar la liquidación del contrato no eran perentorios o preclusivos. Por lo tanto, no se presentaba una pérdida de competencia para liquidar el contrato, aun cuando hubieren transcurrido seis meses luego del vencimiento del plazo contractual. Lo anterior, habida cuenta que la facultad de liquidación «*subsiste sólo durante los dos años siguientes al vencimiento de esa obligación, que no es otro que el término de caducidad para el ejercicio de la acción contractual*»²⁸. En otras palabras, el contrato podía ser liquidado de común acuerdo o de manera unilateral hasta que tuviera lugar el vencimiento del término de caducidad de la respectiva acción contractual, esto es, dos años contados a partir del vencimiento del término de seis meses establecido para realizar la liquidación del contrato (inciso 10º del artículo 44 de la Ley 446 de 1998).

Esta primera etapa llegaría a su fin en el año 2003²⁹, con ocasión del concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado del 6 de

agosto de 2003. En dicho pronunciamiento, la Sala concluyó que los términos señalados en la ley para adelantar la liquidación unilateral eran perentorios y preclusivos, postura que fue posteriormente acogida por la Sección Tercera en diciembre de 2006, cuando señaló:

*[S]i la entidad estatal contratante no efectúa la liquidación unilateral dentro del mencionado término de dos [2] meses, siguientes al vencimiento del plazo acordado o legalmente establecido para la procedencia de la liquidación conjunta, ha de concluirse que aquella pierde su competencia por razón del factor temporal – *ratione temporis* –, puesto que el aludido plazo legal de dos [2] meses es preclusivo en la medida en que la propia ley consagra una consecuencia en relación con su vencimiento, consistente en trasladar dicha competencia al juez del contrato*³⁰.

2.1.2. La liquidación del contrato en la Ley 1150 de 2007

Debido al debate que surgió sobre los términos aplicables a la liquidación del contrato, la Ley 1150 de 2007 buscó dar claridad a la discusión. Con este propósito, estableció en su artículo 11 que la liquidación del contrato debía llevarse a cabo hasta antes de que tuviera lugar la caducidad del medio de control de controversias contractuales. Es decir, adoptó como plazo el término de 2 años, el cual debe contarse a partir del vencimiento de los términos iniciales para realizar la liquidación de manera bilateral [cuatro meses cuando se guarda silencio] y unilateral [dos meses]. Transcurrido dicho periodo, la Administración pierde competencia y las partes carecen de poder dispositivo para liquidar el contrato. En esta dirección, la Sección Tercera del Consejo de Estado señaló en sentencia del 20 de febrero de 2020:

de enero de 1988, Radicación número: 3615 y 16 de noviembre de 1989, Radicación número: 3265.

²⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 22 de junio de 2000, Radicación número: 12723.

²⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 16 de agosto de 2001, Radicación número: 14384. En el mismo sentido véase: Sección Tercera, sentencias de 30 de marzo 1996, Radicación número: 11.759; 22 de junio de 2000, Radicación número: 12723, y 22 de febrero de 2001, Radicación número: 13682.

²⁹ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto de 6 de agosto de 2003, Radicación número: 1453.

³⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 4 de diciembre de 2006, Radicación número: 15239.



Como consecuencia, respecto de la caducidad de la acción contractual, con apoyo en las normas de la Ley 80 de 1993 y en el artículo 136 del Código Contencioso Administrativo (CCA) antes citado, se concluye que, tratándose de contratos sometidos a liquidación en los que esta no se adelante, el término de caducidad de la acción empieza a contar una vez vencido el plazo convenido por las partes para la liquidación bilateral -o en su defecto el plazo supletivo de cuatro meses para liquidar el contrato- más dos meses adicionales, correspondientes a la oportunidad para realizar la liquidación unilateral³¹.

En otras palabras, y tal como lo explicó la Sala de Consulta y Servicio Civil en el año 2016, los términos derivados del artículo 11 de la Ley 1150 de 2007 operan de la siguiente manera:

i) La liquidación bilateral, en principio, deberá realizarse: a) dentro del término establecido en los pliegos de condiciones, o sus equivalentes, b) dentro del término que acuerden las partes o, en su defecto, c) dentro de los cuatro meses siguientes a la culminación del plazo de ejecución del contrato o a su terminación anormal, o a la expedición del acto administrativo que ordene la terminación en ejercicio de las facultades exorbitantes de la Administración, o a la fecha del acuerdo que la disponga.

ii) Si el contrato no se liquida bilateralmente, podrá realizarse la liquidación unilateral dentro del término inicial de dos meses, contados a partir de la expiración del plazo para realizar la liquidación bilateral o de común acuerdo.

iii) Asimismo, de acuerdo con el referido artículo 11, «*si vencido el plazo anteriormente establecido no se ha realizado la liquidación, la misma podrá ser realizada en cualquier tiempo dentro de los*

dos años siguientes al vencimiento del término a que se refieren los incisos anteriores, de mutuo acuerdo o unilateralmente, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 136 del C.C.A.».

Como puede observarse, el artículo 11 de la Ley 1150 de 2007 brinda un plazo adicional para la liquidación bilateral o unilateral del contrato. Lo anterior, habida cuenta que desde el momento del vencimiento de los dos meses que se tienen para la liquidación unilateral del negocio jurídico, las partes o la Administración, según corresponda, tienen dos años para realizar la liquidación (plazo que correspondiente al término previsto en el artículo 164 en la Ley 1437 de 2011 para que opere la caducidad del medio de control de controversias contractuales).

A manera de ilustración: de acuerdo con la norma actual, un contrato estatal cuyo plazo de ejecución hubiese terminado el 15 de enero de 2019, tendría como límite temporal inicial para la liquidación bilateral [4 meses] hasta el 16 de mayo de 2019; como límite temporal inicial para la liquidación unilateral [2 meses] hasta el 16 de julio de 2019 (fecha a partir de la cual, además, las partes podrían ya acudir al juez para que ordene la liquidación judicial); y, con todo, como límite máximo en periodo adicional de liquidación bilateral o unilateral [2 años] hasta el 16 de julio de 2021.

Cuando no se haya logrado la liquidación del contrato dentro del término inicial³² es decir, transcurridos los primeros seis meses señalados en la ley, cualquiera de las partes tiene la posibilidad de solicitar la liquidación judicial dentro de los

³¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 20 de febrero de 2020, Radicación número: 25000-23-26-000-2002-01054-02(62533).

³² Esto es, cuando no fue posible la liquidación bilateral o de mutuo acuerdo dentro del término establecido en los pliegos de condiciones o convenido en el contrato, o dentro del término supletivo de cuatro meses, siguientes a su terminación, ni la entidad estatal hubiese liquidado el contrato unilateralmente dentro de los dos meses siguientes al vencimiento de estos plazos.



2 años siguientes [artículo 141 de la Ley 1437 de 2011]. Para la Sala de Consulta y Servicio Civil, esta conclusión encuentra justificación si se tiene en cuenta lo siguiente:

[U]na interpretación finalista del Estatuto de Contratación de la Administración Pública, y de las normas del derecho común, no permite aceptar a la luz de la lógica jurídica, que un contrato quede sin posibilidad de liquidarse y de conocerse la realidad económica de los extremos contratantes, por lo menos antes del vencimiento del término de caducidad de la acción respectiva³³.

Ahora bien, respecto del cómputo del término de caducidad de la acción contenciosa relativa a controversias contractuales, surge el interrogante respecto a la forma en que este debe contabilizarse, cuando se emite un acto administrativo mientras transcurre el plazo de caducidad, o se suscribe un documento bilateral en el mismo periodo.

En otras palabras, es necesario preguntarse cómo debe contarse el plazo de caducidad del medio de control de controversias contractuales cuando, estando corriendo dicho término: i) la administración expide en el término adicional consagrado en la norma, el acto administrativo de liquidación del contrato, o ii) las partes suscriben un acta de liquidación bilateral cerca del inicio de dicho cómputo (por ejemplo, transcurrido un mes), o cerca de su vencimiento (por ejemplo, el último día del segundo año).

En estos casos, la caducidad debe contabilizarse de manera independiente y desde la ejecutoria de la decisión. Lo anterior, con el propósito de garantizar el derecho de acceso a la administración de justicia, controlar las decisiones del Estado

y evitar el abuso del poder³⁴. Para la Sala de la Consulta y Servicio Civil:

[E]ste criterio no patrocina en manera alguna una ampliación o interrupción o disposición de términos a efectos de que se configure la caducidad, sino propende por la tutela judicial efectiva, por cuanto resulta claro que, ante una nueva realidad jurídica que se impone o se establece sobre el balance y estado en que quedó la ejecución del contrato y demás aspectos que surgen de este, es perfectamente viable y ajustada a las normas la posibilidad de que la parte interesada pueda demandar el acta bilateral suscrita en aquello que fue objeto de salvedades o el acto administrativo correspondiente, según el caso, porque es desde ahí en que se da la ocurrencia de los motivos de hecho o de derecho que sirven de fundamento y desencadenan la demanda en ejercicio del medio de control de controversias contractuales³⁵.

Ahora bien, la Sección Tercera del Consejo de Estado, mediante auto de unificación de 1 de agosto de 2019³⁶, y luego de hacer un recuento de las diferentes posturas al respecto y analizar las normas del artículo 11 de la Ley 1150 de 2007 y 164 de la Ley 1437 de 2011, zanjó las diferencias interpretativas que se venían presentando en las diferentes subsecciones. Así, concluyó que:

No puede ignorarse que, si bien el artículo 11 de la Ley 1150 de 2007 le permite a las partes liquidar bilateralmente el contrato luego de los dos meses dispuestos inicialmente para la liquidación unilateral, tal facultad está temporalmente limitada a un término certero: los dos años siguientes al vencimiento de ese periodo. Como se mencionó, dicho artículo convirtió en ley lo que la jurisprudencia de esta Sección venía expresando de tiempo atrás, en respuesta a la preocupación por

³⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 13 de junio de 2013, Radicación número: 25439.

³⁵ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto del 28 de junio de 2016, Radicación número 11001-03-06-000-2015-00067-00[2253].

³⁶ La doctrina nacional había resaltado la necesidad de que el Consejo de Estado unificara esta materia, teniendo en cuenta las posiciones divergentes que se presentan al interior de la jurisprudencia. Nicolás Enrique Martínez Benavides, «Caducidad de la acción contractual cuando la liquidación del contrato es posterior a la oportunidad legal», Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal, número 47, 2018, p. 190.

³³ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto del 28 de junio de 2016, Radicación número 11001-03-06-000-2015-00067-00[2253].



dejar el término de caducidad del medio de control de controversias contractuales a la voluntad de las partes, manifestada en el momento en que estas liquiden el contrato público.

Sin embargo, que se le cierren caminos a esa posibilidad de librar la caducidad de la acción a la voluntad de las partes, proscrita como se encuentra por el ordenamiento jurídico, no puede llevar al extremo de limitar injustificadamente la reclamación judicial llamada a solucionar los conflictos que persistan tras la liquidación bilateral practicada en los términos que la ley claramente permite. En otras palabras, el ejercicio de una facultad consentida por la legislación no puede dar cabida a una restricción procesal no contemplada en la ley.

De este modo, cuando el artículo 11 advierte que la liquidación bilateral extemporánea puede practicarse “sin perjuicio” de los términos de caducidad de los medios de control contenidos en el artículo 164 del CPACA, supone la aplicación restrictiva de esta norma al supuesto de hecho que expresamente corresponde a ese evento, a saber, el del ap. iii. del literal j.

2.4.5.7.- Por lo anterior, considerando, las pautas de interpretación restrictiva de los términos de caducidad, y de favorabilidad bajo los principios pro homine, pro actione y pro damato, la Sala recoge parcialmente su jurisprudencia para establecer una forma unificada que: en el evento en que la liquidación bilateral del contrato se haya practicado luego de vencido el término pactado o supletorio (de 4 meses) para su adopción por mutuo acuerdo y del período (de 2 meses) en que la administración es habilitada para proferirla unilateralmente, pero dentro de los dos (2) años posteriores al vencimiento del plazo para la liquidación unilateral, el conteo del término de caducidad del medio de control de controversias contractuales debe iniciar a partir del día siguiente al de la firma del acta de liquidación de mutuo acuerdo del contrato, conforme al ap. iii del literal j; [iii] En los que requieran de liquidación y esta sea efectuada de común acuerdo por las partes, desde el día siguiente al de la firma del acta³⁷.

En virtud de lo anterior, unificó la jurisprudencia en

los siguientes términos:

En los términos indicados en la parte motiva de esta providencia, UNIFÍCASE la jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado, en relación con el término de caducidad del medio de control de controversias contractuales de contratos que han sido liquidados después de haber vencido el término convencional y/o legalmente dispuesto para su liquidación, pero dentro de los dos años posteriores al vencimiento de este último. La Sala unifica el criterio que ha de ser observado para el conteo del término de caducidad del medio de control de controversias contractuales en tales casos, para indicar que éste debe iniciar a partir del día siguiente al de la firma del acta o de la ejecutoria del acto de liquidación del contrato, conforme al ap. iii del literal j. del numeral 2 del artículo 164 del CPACA; y de precisar que, en consecuencia, el apartado v) del literal j del mismo numeral solo se deberá aplicar cuando al momento de interponerse la demanda, el operador judicial encuentre que no hubo liquidación contractual alguna³⁸.

En suma, la oportunidad para realizar la liquidación del contrato opera bajo las siguientes reglas:

En el caso de la liquidación bilateral o de mutuo acuerdo:

i) En principio, es posible que la entidad estatal, en los pliegos de condiciones o sus equivalentes, establezca el plazo para realizar la liquidación del contrato por mutuo acuerdo. En este sentido, el artículo 11 de la Ley 1150 de 2007 consagra que la liquidación: “se hará de mutuo acuerdo dentro del término fijado en los pliegos de condiciones o sus equivalentes, o dentro del que acuerden las partes para el efecto”.

La determinación del plazo debe tomar en consideración el objeto del contrato, su naturaleza y cuantía [letra f. del numeral 5 del artículo 24 de la

³⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Auto del 1º de agosto de 2019, Radicación número: 05001-23-33-000-2018-00342-01[62009].

³⁸ Ibidem.



Ley 80 de 1993 en armonía con el artículo 11 de la Ley 1150 de 2007). En todo caso, las partes pueden modificarlo durante su vigencia o a su terminación, si no es posible realizar la liquidación dentro del término acordado inicialmente. Lo anterior, con fundamento en el principio de la autonomía de la voluntad y en el hecho de que el término no corresponde a un elemento esencial del contrato, ni a un factor de escogencia del contratista.

ii) Si en los pliegos de condiciones o sus equivalentes no se define el plazo para proceder a la liquidación, las partes, de común acuerdo, pueden definir un plazo para efectuarla.

iii) Cuando las partes no hayan definido término para llevar a cabo la liquidación del contrato, debe aplicarse lo dispuesto en el artículo 11 de la Ley 1150 de 2007, norma que establece: *“De no existir tal término, la liquidación se realizará dentro de los cuatro [4] meses siguientes a la expiración del término previsto para la ejecución del contrato o a la expedición del acto administrativo que ordene la terminación, o a la fecha del acuerdo que la disponga”*.

iv) Asimismo, la liquidación puede realizarse dentro del periodo comprendido entre la expiración del término inicial para la liquidación unilateral (dos meses) y el término máximo legal para interponer el medio de control de controversias contractuales (dos años).

Ahora bien, es posible que las partes, con miras a lograr la liquidación y asegurar que estén en condiciones adecuadas de hacerla, convengan requisitos y actividades previas (la elaboración de análisis, conceptos, estudios e informes técnicos, jurídicos, económicos y financieros, etc.), o

prologuen los términos para realizar la liquidación del contrato (por ejemplo, cuando se evidencie que este no es suficiente para realizarla, a pesar de avances importantes en las conversaciones y negociaciones, pero que dejan entrever que se llegará a un acuerdo en un momento posterior [artículo 164 CPACA en concordancia con el artículo 11 de la Ley 1150 de 2007]). En todo caso, la estipulación o prórroga deben estar debidamente justificadas y realizarse en tiempo (hasta los próximos 6 meses).

En lo que respecta a la liquidación unilateral, está podrá realizarse una vez finalice el plazo expresamente establecido en los pliegos de condiciones o en el contrato o, en su defecto, el tácito o supletivo de cuatro meses señalado en la ley, sin que el contratista se haya presentado a la liquidación, o las partes no hubieren alcanzado un acuerdo. La liquidación deberá realizarse dentro de los dos meses siguientes (artículo 11 de la Ley 1150 de 2007).

Porsuparte, en la liquidación judicial, la cual tiene lugar cuando no ha ocurrido alguna de las modalidades de liquidación que pueden presentarse dentro del término inicial, el contratista puede, a través del medio de control de controversias contractuales, solicitar la liquidación judicial dentro de los dos (2) años que se establecen para demandar en tiempo en ejercicio del referido medio de control (artículo 141 del CPACA).

La liquidación del contrato, ya sea unilateral o bilateral, por fuera del plazo consagrado para interponer el medio de control de controversias contractuales, esta viciada de nulidad absoluta. Lo anterior, debido a que para ese momento, la entidad ya carece de competencia para realizarla



[artículos 6, 121 y 122 C.P.]. Asimismo, hay nulidad absoluta por objeto ilícito al violentarse un término de orden público, como lo es el establecido para la caducidad del medio de control de controversias contractuales [artículo 164 de la Ley 1437 de 2011]³⁹. La sanción de nulidad absoluta resulta razonable, pues de permitirse la liquidación extemporánea se estaría reabriendo un término ya precluido, y de esta forma, afectándose la seguridad jurídica. Adicionalmente, se desconocería el carácter de orden público de la institución de la caducidad⁴⁰.

Una vez establecido lo anterior, es necesario preguntarse lo que ocurre con las obligaciones que están pendientes entre las partes, cuando ha vencido el término de caducidad de la acción, sin que se hubiere adelantado la liquidación bilateral o unilateral por la Administración. En este caso, las referidas obligaciones devienen en naturales⁴¹, teniendo en cuenta lo establecido en el artículo 1527 del Código Civil. Frente a este punto, la Sala de Consulta y Servicio Civil indicó:

En principio, y sin perjuicio de la responsabilidad disciplinaria, fiscal y penal que pudiere deducirse a los servidores públicos por tal conducta, podría pensarse que el acto bilateral o unilateral en que se procediera

³⁹ En esta dirección, la Sección Tercera ha señalado: «Si las partes suscriben la liquidación bilateral del contrato cuando expiró el término de caducidad del medio de control de controversias contractuales, el negocio jurídico queda viciado de nulidad absoluta, por falta de competencia de la entidad, pues este elemento del acto jurídico no es requisito exclusivo de los actos administrativos, sino que se exige para cualquier actuación de las autoridades públicas, de conformidad con los artículos 6 y 121 de la Constitución Política. En tal supuesto, la liquidación bilateral extemporánea también se encuentra viciada de nulidad, por objeto ilícito del negocio, por contrariar la competencia temporal prevista en el artículo 11 de la Ley 1150 de 2007 y por desconocimiento de las normas de orden público que establecen el término de caducidad del medio de control de controversias contractuales [art. 164, Ley 1437 de 2011], pues la liquidación por fuera de estos plazos implicaría revivir el cómputo de la caducidad». Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 14 de mayo de 2014, Radicación número 23.788.

⁴⁰ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto del 28 de junio de 2016, Radicación número 11001-03-06-000-2015-00067-00[2253].

⁴¹ Respecto de las obligaciones naturales, Cubides Camacho señala: «Los autores coinciden en que la obligación natural es un vínculo de conciencia, ético, que impone al deudor el deber moral de cumplir, pero que no es coercible en el sentido ya anotado. No puede el acreedor de una obligación natural acudir a la fuerza del Estado para buscar el cumplimiento; queda sometido a la buena fe, al sentido ético del deudor». Jorge Cubides Camacho, Obligaciones, 4ª ed, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 1999, p. 65.

en tal sentido estaría afectado de ilegalidad y, por consiguiente, sería susceptible de ser demandado; y en la sentencia que declarara la nulidad de la liquidación bilateral o unilateral extemporánea sobre la base de su ilegalidad, se ordenaría el reembolso de la suma pagada, vía restitución mutua en el primer caso o de restablecimiento del derecho en el segundo.

No obstante, respecto de esto último, en caso de que la suma reconocida y pagada no se debía, además de la reclamación judicial que podría presentarse en lesividad por la misma Administración para el restablecimiento del derecho que seguiría a la declaratoria de nulidad de la liquidación extemporánea, podría tener espacio, también con fundamento en el Código Civil, la pretensión de restitución con base en el cuasicontrato del pago de lo no debido [conditio indebiti], pues “si el que por error ha hecho un pago, prueba que no lo debía, tiene derecho para repetir lo pagado” [artículo 2313 ejusdem]. Pero si resultare lo contrario, esto es, si la suma pagada en virtud de la liquidación extemporánea se hubiese debido por parte de la entidad y a favor del contratista por encontrarse pendiente de pago de acuerdo con las obligaciones que emanaban del contrato estatal, se observa que, una vez recibida la suma en su patrimonio, tendría derecho a retenerla según la ley civil [artículos 1527 y 2314 del C.C.]»⁴².

Sin embargo, señaló también la Sala que, en virtud del deber que tiene todo servidor público de proteger el interés general y el patrimonio público, así como el principio de legalidad, no es posible el pago de obligaciones naturales. Adicionalmente, el parágrafo segundo del artículo 61 de la Ley 23 de 1991, modificado por el artículo 81 de la Ley 446 de 1998, prohíbe a las personas de derecho público conciliar los conflictos de carácter particular y de contenido económico, que conozca o pueda conocer la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, si ha operado la caducidad.

Dentro de este marco, no es posible que la

⁴² Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto del 28 de junio de 2016, Radicación número 11001-03-06-000-2015-00067-00[2253].



administración celebre negocios jurídicos o expida actos administrativos que “*procuren un efecto declarativo de la extinción de las obligaciones contractuales o constitutivo de reconocimientos patrimoniales, o la realización de una transacción, cuando se ha consolidado la caducidad y, en consecuencia, las obligaciones que se pretenden reconocer se califican como naturales*”⁴³.

2.2. El reconocimiento de prestaciones adicionales o mayores al contrato en la liquidación

Un segundo interrogante que se presenta en relación a la etapa de liquidación del contrato estatal es el relativo a la posibilidad de reconocer al contratista prestaciones adicionales o mayores. Sobre este punto, deben diferenciarse los siguientes supuestos: i) ¿La liquidación puede comprender la legalización de prestaciones ejecutadas antes del perfeccionamiento del contrato?; ii) ¿La liquidación es el medio para legalizar prestaciones adicionales que no estén legalizadas por medio de contrato adicional o acto administrativo de modificación unilateral?; 3) ¿La liquidación procede respecto de obligaciones derivadas de la responsabilidad extracontractual por daños a terceros?⁴⁴.

Frente a estas preguntas existe una tesis estricta y una tesis amplia⁴⁵. Bajo la tesis estricta, la liquidación del contrato no comprende obligaciones surgidas de la ejecución de prestaciones que se ejecutaron antes del perfeccionamiento del contrato⁴⁶. Asimismo, la liquidación tampoco

puede incorporar obligaciones que resulten de la ejecución de prestaciones que no hacen parte del objeto contrato, ni obligaciones derivadas de la responsabilidad extracontractual por daños a terceros⁴⁷.

Por el contrario, bajo la tesis amplia, resulta válido que a través de la liquidación del contrato se comprenda todo lo alusivo a la relación contractual, así como todas las obligaciones derivadas de su incumplimiento, de la ejecución de prestaciones por fuera del contrato y de la responsabilidad extracontractual por daños a terceros. En este sentido, el Consejo de Estado señaló en sentencia del 29 de julio de 1996, lo siguiente:

*La liquidación del contrato implica un ajuste de cuentas definitivo, en ella se fija lo que a la terminación del contrato la entidad queda debiendo al contratista o lo que este le quedó debiendo, por causa de las obligaciones cumplidas en desarrollo del contrato; y es evidente que las obras adicionales que acomete el contratista, o las actualizaciones a que puede tener derecho, o los sobrecostos producidos en razón de la prórroga del plazo del contrato, generan créditos a su favor que tienen origen en el contrato mismo y que, por ende, deben ser resueltos en el acta de liquidación*⁴⁸.

materias atinentes a las actividades contractuales». Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 5 de octubre de 2005, Radicación número: 20001-23-31-000-2001-01588-01[AP].

⁴⁷ «La Sala considera que la respuesta debe ser negativa, siempre que esos perjuicios se entiendan por fuera de los estimados anticipadamente en la cláusula penal pecuniaria. Así como la administración no tiene facultad para cobrar al contratista sumas distintas de las relacionadas con multas y cláusula penal pecuniaria, cuando unilateralmente declara el incumplimiento, después de terminado el contrato, tampoco puede cobrar perjuicios al contratista al efectuar la liquidación unilateral del contrato y menos a la compañía aseguradora del riesgo de incumplimiento de las obligaciones del contratista». Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 11 de diciembre de 1989, Radicación número: 5334. Posteriormente, se reiteró lo anterior, así: «El debate sobre el derecho del contratista a recibir el pago por concepto de las obras realizadas que no formaban parte del objeto del contrato, si bien está contenido materialmente en la Resolución 000852 de 2002, es claramente extracontractual y, por la misma razón, la decisión que sobre el mismo se adoptó no podría ser considerada, de ninguna manera, objeto de la facultad exorbitante de liquidación unilateral del contrato ejercida por la Administración». Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 15 de abril de 2004, Radicación número: 25561.

⁴⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 29 de julio de 1996, Radicación número: 9477.

⁴³ Ibidem.

⁴⁴ Hernández Silva, ob. cit., p. 2.

⁴⁵ Ibidem, pp. 1-2.

⁴⁶ «Únicamente las actuaciones del contratista que se lleven a cabo dentro del marco de la ejecución del contrato estatal debidamente perfeccionado se podrán entender como parte de la ejecución del objeto contractual, y por ende el acta de liquidación del mismo sólo podrá consignar



Posteriormente, en sentencia del 30 de noviembre de 2006 se concluyó que: «[...] los daños causados a terceros, pero con ocasión de la ejecución del contrato, que incidan en las prestaciones económicas a cargo de las partes, pueden finiquitarse en el acta de liquidación»⁴⁹.

Lo anterior, deja en evidencia la falta de uniformidad de la jurisprudencia sobre el reconocimiento de prestaciones adicionales al contrato en la etapa de liquidación y de aquellas que sean mayores al valor del contrato.

2.3. La importancia de la firma en la liquidación bilateral del contrato

Un tercer punto de interés en la liquidación del contrato está relacionado con la firma del acta de liquidación bilateral. Este asunto resulta de gran importancia, habida cuenta que de su debida realización depende: i) el carácter vinculante del acta de liquidación y ii) el mérito ejecutivo de la referida acta. Asimismo, a través de la firma se exterioriza la conformidad de las partes con el acta, lo cual afecta la posibilidad de demandar judicialmente ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

El acta de liquidación del contrato debe ser suscrita por los representantes legales de quienes intervienen en el acto, o por los funcionarios delegados para el efecto⁵⁰. De no ocurrir lo anterior, la liquidación debe entenderse como no vinculante para la entidad pública⁵¹.

⁴⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 30 de noviembre de 2006, Radicación número: 15.304.

⁵⁰ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto del 28 de junio de 2016, Radicación número 11001-03-06-000-2015-00067-00[2253].

⁵¹ «Se advierte, entonces, que ante la ausencia de firma del representante legal o del delegatario con funciones de representación de la entidad estatal contratante, no es viable para este caso aplicar la interpretación jurisprudencial consistente en la fuerza imperativa del acta de liquidación bilateral

En esta dirección, el máximo tribunal de lo contencioso administrativo ha indicado que al constituir el acta de liquidación del contrato un título ejecutivo, es requisito fundamental que esta haya sido suscrita por la persona competente para comprometer la responsabilidad de la entidad contratante⁵².

Con todo, en relación a este último punto, de manera reciente, la Sección Tercera del Consejo de Estado analizó si era posible desconocer, dentro del marco de un proceso ejecutivo, la validez de un acta de liquidación bilateral por no haber sido firmada por quien correspondía. Específicamente, la Sección dirigió su estudio a determinar si un acta de liquidación, presuntamente firmada por una persona que no tenía la calidad de representante legal de la entidad, prestaba mérito ejecutivo.

Para dar respuesta a este problema jurídico, la Sección señaló que los actos administrativos de liquidación gozan de una presunción de legalidad que obliga a las partes a lo allí contenido, sin perjuicio, en todo caso, de que en desarrollo de un proceso declarativo, puedan ser objeto de revisión. Por consiguiente, la única manera de desvirtuar la referida presunción de legalidad es

como claro reflejo de los actos propios, siendo necesario, en este caso, entrar a valorar la prueba de las discrepancias o inconformidades que el demandante expuso acerca de los reconocimientos económicos que en su favor se debían por concepto de mayor permanencia en obra y de mayores cantidades de obra ejecutada.

Como consecuencia, se reafirma que el acta liquidación del contrato solo se tiene como prueba de los hechos, en tanto acredita que se adelantó el trámite contractual de elaborar y aprobar dicha acta, pero no se deriva de ella la fuerza de un acuerdo de voluntades acerca de lo que cada parte adeuda a la otra con ocasión de la ejecución de la obra». Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 23 de marzo de 2017, Radicación número: 08001-23-33-000-2013-00105-01[51526].

⁵² «En este caso, se observa que el mencionado documento no se encuentra suscrito por el Director Ejecutivo de la RAM, esto es por el representante legal de la entidad contratante, único que podría comprometer la responsabilidad de la entidad y suscribir el acta de liquidación del contrato, puesto que tal como en repetidas ocasiones lo ha expresado esta Corporación, el acta de liquidación del contrato constituye título ejecutivo y en consecuencia será requisito necesario que se encuentre suscrita por quien ésta facultado para comprometer la responsabilidad de la entidad contratante, en este caso el Director Ejecutivo». Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 12 de junio de 2017, Radicación número: 25000-23-36-000-2015-02052-01[57142].



a través de una sentencia judicial que declare su nulidad⁵³.

De allí que, si una parte no está conforme con la liquidación realizada, debe acudir a un proceso declarativo para obtener su modificación o revocación. Mientras ello no ocurra, el acta goza de plena validez y es un título ejecutivo válido, habida cuenta que representa el balance final de las obligaciones de las partes. En otras palabras, hasta tanto no se declare la nulidad de la liquidación, esta se presume válida y constituye un título ejecutivo pleno⁵⁴.

Finalmente, como a través de su firma las partes manifiestan su conformidad con el contenido del acta de liquidación del contrato, no podrán posteriormente reclamar en el ámbito judicial asuntos sobre los que no se haya hecho reserva expresa en el acta. En ese sentido, la jurisprudencia ha indicado: *«El contratista que no hace salvedades al momento en que acepta el acta de liquidación del contrato, no puede posteriormente reclamar u objetar su contenido, ya que con su firma manifiesta su conformidad con la misma»*⁵⁵.

2.4. La liquidación unilateral y los poderes exorbitantes

La liquidación unilateral del contrato estatal como una potestad exorbitante no ha sido un tema

⁵³ «7. Los actos administrativos de liquidación (unilateral o bilateral), este goza de una presunción de legalidad que obliga a las partes en los términos de su contenido, sin perjuicio de que el juez del contrato, en desarrollo de un proceso declarativo, pueda revisarla.

8. Así, la única forma de desvirtuar la mencionada presunción de legalidad es por medio de una sentencia judicial en la que se declare su nulidad por alguna de las causales legalmente contempladas para ello, esto es, cuando el juez contencioso administrativo encuentra probado alguno vicio que afecte su legalidad». Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 22 de julio de 2019, Radicación número: 23001-23-31-000-2009-00277-02 [60613].

⁵⁴ Ibidem.

⁵⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 22 de junio de 2001, Radicación número: 25000-23-26-000-1995-1144-01[14201].

pacífico en la jurisprudencia colombiana⁵⁶. De allí que esta haya desarrollado una tesis positiva y una tesis negativa.

Bajo la tesis positiva, la liquidación unilateral del contrato es una facultad exorbitante, pues corresponde a una clara manifestación unilateral de la administración, con efectos vinculantes y obligatorios para el contratista⁵⁷. Por el contrario, la tesis negativa, la cual representa la postura mayoritaria, rechaza el carácter exorbitante de la liquidación unilateral. Lo anterior, teniendo en cuenta la finalidad de las potestades exorbitantes y el artículo 14 de la Ley 80 de 1993.

En efecto, el propósito de las potestades exorbitantes de la administración es asegurar que el servicio público objeto del contrato se desarrolle de manera continua e ininterrumpida. De esta suerte, las potestades exorbitantes no son un instrumento dirigido a definir las cuentas del contrato o a cobrar sumas de dinero al contratista, finalidades que sí se persiguen a través de la liquidación del contrato⁵⁸.

⁵⁶ Ruth Stella Correa Palacio, «El ejercicio de los poderes del en el contrato estatal», en reforma al régimen de contratación estatal [Felipe de Vivero Arciniegas (compilador)], Universidad de los Andes, Bogotá, 2010, pp. 29-31.

⁵⁷ «[R]esulta necesario tener en cuenta que el acto administrativo de liquidación unilateral de los contratos es una potestad pública otorgada por la ley a las entidades contratantes, que frente a las posibilidades de decisión que poseen las partes del negocio jurídico respecto de su finiquito, constituye una facultad exorbitante, en el sentido de que se trata de una prerrogativa que el ordenamiento jurídico le confiere exclusivamente a los entes públicos, como expresión de la supremacía jurídica que ostenta la Administración Pública en las relaciones jurídicas en que interviene y que constituye por lo tanto una institución de orden público que reviste los caracteres de inalienable, irrenunciable e imprescriptible». Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 21 de abril de 2004, Radicación número: 25000-23-26-000-1990-6387-01[10875]. En la doctrina, Felipe de Vivero ubica la liquidación del contrato dentro de la categoría de cláusulas exorbitantes. En este sentido véase Felipe De Vivero Arciniegas, «Análisis crítico de la Ley 1150 de 2007», en Reforma al régimen de contratación estatal [Felipe de Vivero Arciniegas (compilador)], Universidad de los Andes, Bogotá, 2010, pp. 69-70.

⁵⁸ «Aunque no existe discusión en cuanto a que se trata de un balance o corte final de cuentas de cuyo contenido es posible determinar si alguno de los extremos de un contrato le debe algo al otro y, de ser así, en qué cuantía, en algunos pronunciamientos se ha convenido acerca de su equiparación a una verdadera potestad excepcional en tanto constituye una expresión unilateral de la administración con efectos vinculantes y obligatorios para el contratista, mientras que en otros se ha aceptado como una prerrogativa pública que no alcanza a ostentar aquella connotación, dado que la finalidad de las potestades excepcionales radica en asegurar que el servicio público objeto



De otra parte, tampoco puede calificarse de exorbitante la facultad de liquidación unilateral del contrato, pues esta no se encuentra enlistada dentro de las potestades unilaterales consagradas en el artículo 14 de la Ley 80 de 1993. Así, se ha señalado por la Sección Tercera del Consejo de Estado:

Ahora bien, en esta ocasión siguiendo el derrotero trazado en veces precedentes, la Sala considera que la taxatividad de las cláusulas excepcionales agrupadas en el artículo 14 de la Ley 80 de 1999, conduce a que su aplicación sea restrictiva y que, en esa virtud, solo se conciben como tales las que allí se enuncian, sin que con ello se pretenda desconocer el carácter de prerrogativas especiales de las demás facultades unilaterales de que se encuentra investida la administración por ministerio de la Ley.

Con apoyo en lo expuesto, ha de concluirse que cuando la Ley 100 de 1993 autorizó a las Empresas Sociales del Estado para que en su actividad contractual utilizaran "cláusulas exorbitantes", hoy excepcionales, debe entenderse que dicha permisión comprende aquellas cláusulas que según el Estatuto de Contratación Estatal ostentan de manera expresa dicha denominación, es decir, las contenidas en el pluricitado artículo 14, circunstancia que no incluye la facultad de liquidación unilateral del contrato⁵⁹.

Ante las dos posturas anteriormente señaladas, nos inclinamos por aquella que considera la liquidación unilateral del contrato una verdadera potestad exorbitante de la Administración. Esta conclusión encuentra fundamento en las siguientes razones:

A través de la liquidación del contrato, la entidad estatal está facultada para indicar las condiciones del estado del negocio, puede declararse a paz

y salvo, o por el contrario, deudora o acreedora del contratista. Igualmente, tiene la potestad de determinar, según su apreciación de los hechos y del derecho, todos los demás aspectos que hacen parte de la liquidación.

El origen, la consecuencia y los efectos que produce la liquidación unilateral, no son distintos a las facultades excepcionales o exorbitantes propiamente dichas. Así, pese a que la referida facultad no está enlistada en el artículo 14 de la Ley 80 de 1993, no puede considerarse a priori como una potestad diversa a las que se contemplan en dicho artículo, puesto que se trata también de una prerrogativa de la que solamente gozan las entidades públicas, no previstas por el derecho común, que se materializa a través de un acto administrativo, y de la que se derivan consecuencias cuyo origen es la expresión del poder que ostenta una entidad especial, como lo son las de derecho público.

El legislador al reconocer a las entidades públicas la posibilidad de liquidar unilateralmente el contrato, otorgó una facultad especial similar a las del artículo 14 de la Ley 80, pero para el caso, en un artículo de la ley diferente, lo cual, por esa simple razón, no constituye una diferencia suma.

2.5. La procedencia de la impugnación judicial del acta de liquidación bilateral

Por regla general, no es posible controvertir judicialmente el acta de liquidación bilateral. Lo anterior, por dos razones fundamentales: en primer lugar, la liquidación bilateral del contrato constituye un verdadero negocio jurídico fundamentado en la autodeterminación de intereses y la concurrencia de voluntades, que obliga a las partes a cumplir

del contrato se cumpla de manera continua e ininterrumpida o en evitar su paralización o su grave afectación y no en definir las cuentas del contrato y en cobrar sumas de dinero al co-contratante privado». Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 8 de marzo de 2017, Radicación número: 25000-23-36-000-2013-00249-01[50890].

⁵⁹ Ibidem.



con lo allí establecido⁶⁰. En segundo lugar, es al momento de la liquidación del contrato cuando las partes deben definir los puntos en que están de acuerdo, las obligaciones que quedan pendientes de ser satisfechas, y los valores a deber, pues con ella se pone fin a la relación jurídica entre los contratantes⁶¹.

Con todo, la jurisprudencia ha reconocido algunas situaciones en donde es posible controvertir judicialmente la liquidación bilateral. Así, pueden señalarse las siguientes:

i) Cuando ha existido un vicio del consentimiento⁶². Esta causal resulta perfectamente razonable, habida cuenta que la liquidación implica un verdadero acuerdo de voluntades.

ii) Cuando, al momento de su realización, la parte haya dejado plasmada la correspondiente salvedad o constancia en el acta. Es decir, a través de su manifestación, la parte se reserva el derecho de acudir ante la autoridad judicial para reclamar

todo aquello que es objeto de inconformidad⁶³. En consecuencia, no es posible acudir a la vía judicial para controvertir materias que no hayan sido objeto de reserva al momento de realizarse la liquidación. En este caso, las partes han prestado su consentimiento y manifestado su aprobación⁶⁴.

Una interpretación contraria conllevaría desconocer la doctrina de los actos propios [*«a nadie le es lícito venir contra sus propios actos»* [*«venire contra factum proprium non valet»*]], que impone a las partes la obligación de asumir las consecuencias vinculantes de sus actuaciones. También se desconocería el principio de buena fe y aquel que señala que nadie puede alegar su propia culpa para fundar una pretensión [*«nemo auditur propriam turpitudinem allegans»*]⁶⁵.

Las salvedades plasmadas en el acta de liquidación buscan proteger el derecho del contratista a reclamar judicialmente en el futuro, el cumplimiento de obligaciones contractuales que quedaron pendientes.

iii) El acta final de liquidación bilateral también puede ser revisada judicialmente por hechos posteriores a su firma y desconocidos para las partes. Así, el Consejo de Estado ha señalado que:

“desaparece el fundamento (...) para prohibir lo contrario, es decir, que allí no se afectaría el principio de la buena fe contractual, con la cual deben actuar las [partes] al momento de acordar los términos

⁶⁰ De acuerdo con la naturaleza y finalidad de la liquidación del contrato, ha sido criterio reiterado del Consejo de Estado que cuando se realiza la liquidación bilateral, esto es, por mutuo acuerdo entre la administración y su contratista, teniendo en cuenta que se trata de un negocio jurídico fruto de la autonomía de la voluntad que le da firmeza o definición a las prestaciones mutuas, si no se deja salvedad en el acta que la contenga, no es posible que luego prosperen reclamaciones en vía administrativa o pretensiones en vía judicial para el pago de prestaciones surgidas del contrato». Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto del 28 de junio de 2016, Radicación número 11001-03-06-000-2015-00067-00[2253].

⁶¹ El contenido del acta de liquidación bilateral del contrato reviste obligatoriedad para las partes y no puede ser desestimado en los estrados judiciales, toda vez que con ella se desarrolla la obligación legal de establecer el finiquito de la cuenta contractual, de conformidad con el contenido del artículo 60 de la Ley 80 de 1993, el cual se impone como regla general en los contratos de tracto sucesivo cuando se rigen por el referido Estatuto». Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 23 de marzo de 2017, Radicación número: 08001-23-33-000-2013-00105-01[51526].

⁶² «A propósito del tema relativo a la liquidación bilateral de los contratos, la Sección Tercera de esta Corporación, de manera uniforme y reiterada ha considerado que, una vez el contrato se liquida por mutuo acuerdo entre las partes, el documento en el que consta contiene un consenso de los extremos contratantes que no puede ser desconocido posteriormente ante la instancia judicial por parte de quien lo suscribe, salvo que se invoque algún vicio del consentimiento [error, fuerza o dolo] o se deje expresa constancia de la existencia de salvedades o discrepancias respecto del cruce de cuentas que allí se consigna». Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 6 de febrero de 2020, Radicación número: 25000-23-26-000-2012-00225-01[63123].

⁶³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencias del 13 de noviembre de 2013, Radicación número: 8500123310002000000610[21865] y 7 de marzo de 2002. Radicación número: 25000-23-26-000-1999-02179-01 [17697].

⁶⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 29 de febrero de 2012, Radicación número: 66001-23-31-000-1993-03387-01[16371].

⁶⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 23 de marzo de 2017, Radicación número: 08001-23-33-000-2013-00105-01[51526]; Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto del 28 de junio de 2016, Radicación número 11001-03-06-000-2015-00067-00[2253]; Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 13 de diciembre de 2017, Radicación número: 25000-23-26-000-2004-02008-01[41809].

de la culminación del negocio, ya que no existiendo tema o materia sobre la cual disponer –renuncia o reclamo–, mal podría exigirse una conducta distinta”⁶⁶.

2.6. La improcedencia de la declaratoria de caducidad en la etapa de liquidación

Otro de los problemas jurídicos que se han debatido en el campo de la liquidación del contrato, es el correspondiente a la posibilidad de declarar la caducidad durante la etapa de la liquidación. En relación a este asunto, se han desarrollado tres tesis.

Bajo la primera, vigente durante los años 70's y 80's, se consideraba que no era válido caducar el contrato por fuera de su plazo. En otras palabras, solo era posible ejercer la caducidad durante la etapa de ejecución y no luego del vencimiento del plazo⁶⁷. Lo anterior, teniendo en cuenta el límite temporal de la figura. La Sentencia del 22 de noviembre de 1979 [Exp. 1485] recogió esta tesis, así:

*En forma reiterada ha dicho el Consejo de Estado que **la caducidad del contrato solo es procedente cuando éste está vigente y no cuando el contrato ha terminado por vencimiento del plazo contractual o ante la terminación de la obra contratada. La finalidad de la cláusula de caducidad es precisamente dar por terminado el contrato. Pero si ya feneció por vencimiento del plazo o ejecución de las obras, lo único que legalmente procede es su liquidación, para saber quien debe a quien y cuánto o para que se haga uso de las acciones legales que cada parte considere conveniente a sus intereses. [...]***⁶⁸.

⁶⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 20 de octubre de 2014. Radicación número: 05001233100019980003801[27777].

⁶⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencias del 21 de febrero de 1986, Radicación número: 4550; 29 de enero de 1988, Radicación número: 3615; 9 de abril de 1992, Radicación número: 6491; 15 de febrero de 1991, Radicación número: 5973; 6 de junio de 1996, Radicación número: 2240; 18 de julio de 1997, Radicación número: 10.703; 4 de junio de 1998, Radicación número: 13988.

⁶⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 22 de noviembre de 1979, Radicación número: 1485.

La segunda tesis planteada por la jurisprudencia consideraba, en oposición a la primera, que **sí era posible caducar el contrato durante la etapa de liquidación**, bajo el entendido que esta última hace parte de las etapas del contrato o, lo que es lo mismo, no es una etapa extraña al plazo contractual. En esta dirección, en sentencia del 13 de septiembre de 1999⁶⁹, tomando en consideración los artículos 1551 y 1625 del Código Civil, la Sección Tercera del Consejo de Estado concluyó que con el cumplimiento de la obligación principal no se da por terminada la relación contractual, si del contrato se derivan otras obligaciones para cualquiera de las partes. En este caso, el vínculo que se ha creado con el contrato permanece vigente y no se extingue.

Así las cosas, el plazo del contrato no es simplemente aquél referido a la ejecución del objeto del contrato propiamente dicho, sino que puede comprender otro tipo de obligaciones o deberes, incluso, no solo para el contratista, sino también para la administración, quien en ocasiones debe, por ejemplo, entregar terrenos, diseños o planos, si se trata de una obra o construcción.

Adicionalmente, señaló la sentencia que la Ley 80 de 1993 estableció de manera obligatoria la liquidación de los contratos de tracto sucesivo, etapa en la cual las partes deben acordar los ajustes, revisiones y reconocimientos a que haya lugar. Bajo este entendido, si la ley dispone que en la liquidación se deben ajustar las cuentas que se suscitaron con ocasión de la ejecución del contrato, hacer reconocimientos e, incluso indemnizar, no puede considerársele como una etapa extraña al plazo contractual, como tampoco puede

⁶⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 13 de septiembre de 1999, Radicación número: 10264.



confundirse el supuesto de contrato vencido con contrato extinguido, especialmente cuando se trata de contratos que deben ser liquidados, toda vez que el vencimiento ocurre cuando finaliza el plazo para la ejecución, en tanto que la extinción opera cuando este ha sido liquidado. A partir de lo anterior, indicó:

De acuerdo con lo anterior, la sala precisa que el contrato que se celebra con el Estado tiene dos plazos: uno para la ejecución y otro para la liquidación y que no tienen jurídicamente el mismo alcance las expresiones contrato vencido y contrato extinguido, toda vez que frente al primero la administración tiene la potestad para exigir las obligaciones a cargo del contratista y evaluar su cumplimiento. La extinción del contrato por el contrario, se configura cuando éste ha sido liquidado. En este orden de ideas, no puede estar ausente en la etapa de liquidación del contrato la potestad de autotutela de la administración para declarar su incumplimiento.

Sobre la posibilidad de caducar el contrato, dijo expresamente la Sección Tercera que sí era posible:

Es verdad que vencido el plazo del contrato éste se coloca en la etapa de liquidación, pero no resulta razonable sostener que en esta fase la administración no pueda hacer uso de sus potestades sancionatorias frente al contratista, puesto que vencido el plazo del contrato es cuando la administración puede exigir y evaluar su cumplimiento y de manera especial definir si éste es satisfactorio; es cuando puede apreciar la magnitud de los atrasos en que incurrió el contratista.

Ahora bien, vale la pena destacar que la Sección Tercera fundamentó su decisión en un concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado de 1976, en el que ya se había permitido caducar el contrato por fuera de la etapa de ejecución⁷⁰.

⁷⁰ «[...] Si la caducidad es facultad que tiene la entidad pública para dar por terminado un contrato por el incumplimiento del contratista, es obvio que si transcurre el término establecido para la ejecución de la obra sin que ella se hubiere terminado, puede la entidad pública decretar inmediata-

Finalmente, la tercera tesis fue planteada por la Sección Tercera del Consejo de Estado en sentencia del 12 de julio de 2012⁷¹, la cual restringió nuevamente la posibilidad de caducar el contrato en la etapa de liquidación. De acuerdo con esta última decisión, una vez ha expirado el término de ejecución del contrato, ya no es posible decretar la caducidad, pues las normas que la regulan demandan que el plazo no haya expirado. Lo anterior, habida cuenta que:

i) el incumplimiento que esas normas requieren para decretar la caducidad es el de las obligaciones que se deben ir cumpliendo continuamente para llegar al cumplimiento del contrato en su totalidad. Así, en la medida en que se acredite el incumplimiento de obligaciones que son fundamentales para la realización del objeto contratado, la entidad estatal, con un proceder diligente, advertirá que la prestación principal, el objeto del contrato, no será satisfecho dentro del plazo de ejecución y, por tal motivo, decretará la caducidad.

ii) Al tenor de las normas que tipifican la caducidad, de acuerdo con los criterios de interpretación gramatical y teleológico, constituye un requisito legal para declarar la caducidad del contrato que el plazo de ejecución correspondiente no haya expirado, puesto que si ya expiró sin que el contrato se ejecutara, la declaratoria de caducidad no lograría satisfacer uno de los propósitos principales de la norma, cual es permitir, en los términos del artículo 18 de la Ley 80, que "la entidad contratante tome posesión de la obra o continúe inmediatamente la ejecución del objeto contratado, bien sea a través del garante o de otro contratista..." y conjure, de esta forma, la amenaza que se cierne sobre el interés general, representado en la debida ejecución del objeto contratado.

mente la caducidad, ya que el no terminar la obra dentro del plazo previsto, bien puede considerarse como el incumplimiento por excelencia por parte del contratista. La caducidad tiene por sí misma sus consecuencias muy importantes, a las cuales no puede renunciar la entidad que en los contratos administrativos goza de ese privilegio. Lo contrario, la no declaración de caducidad, podría llevar a un litigio prolongado y de consecuencias imprevisibles para la administración. Es una obligación declararla en los casos de incumplimiento del contratista». Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto del 8 de noviembre de 1976, Radicación número: 1088.

⁷¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 12 de julio de 2012, Radicación número: 85001-23-31-000-1995-00174-01(15024).



Por lo tanto, bajo esta última tesis, no tiene cabida decretar la caducidad del contrato cuando este ya se encuentra en etapa de liquidación.

2.7. La liquidación del contrato y el arbitraje

Dentro de los interrogantes que gravitan alrededor de la liquidación del contrato estatal, se encuentra también el relativo a la competencia de la justicia arbitral para conocer de las controversias que puedan presentarse durante esta etapa.

Respecto a este punto, debe empezar señalándose que es posible someter a la decisión de árbitros las controversias económicas derivadas de la celebración, ejecución, interpretación, terminación y liquidación de los contratos estatales. El único límite establecido, es que se trate de controversias de libre disposición, es decir, de conflictos en donde esté involucrado el derecho público de la Nación.

Por consiguiente, no resulta acorde con el ordenamiento jurídico someter a la decisión de un tribunal de arbitramento los asuntos relacionados, directa o indirectamente, con la validez o invalidez de los actos administrativos que, en ejercicio de sus facultades o poderes exorbitantes, profiere la entidad pública en la celebración, ejecución o terminación del contrato.

Dentro de este marco, la jurisprudencia ha considerado que un tribunal de arbitramento es competente para declarar nulos los actos administrativos expedidos con ocasión de la liquidación del contrato estatal. Lo anterior, teniendo en cuenta que, en primer lugar, los referidos actos administrativos no implican el ejercicio de una potestad excepcional, al no estar

enlistada la liquidación unilateral en el artículo 14 de la Ley 80 de 1993⁷².

Debe recordarse que la jurisprudencia ha rechazado la competencia de la justicia arbitral para pronunciarse sobre los actos administrativos dictados por la administración en desarrollo de sus poderes excepcionales⁷³. Con todo, cuando se trate de evaluar exclusivamente las consecuencias patrimoniales de dichos actos, sin controlar su validez, es constitucionalmente legítimo que los árbitros administren justicia, puesto que no se estarían pronunciando sobre asuntos reservados a la órbita exclusiva de la jurisdicción estatal⁷⁴.

En segundo lugar, el artículo 1º de la Ley 1563 de 2012⁷⁵ otorgó competencia a los tribunales de

⁷² «El tribunal de arbitramento conformado en su momento por solicitud de la parte demandante sí es competente para emitir un pronunciamiento respecto de la declaratoria de la nulidad de los actos administrativos expedidos con ocasión de la liquidación del contrato -resolución n.º 677 del 20 de septiembre de 2010 y sus confirmatorias-. Ello por cuanto dichos actos administrativos no se encuentran dentro del listado de aquellos que comportan potestades excepcionales (cláusulas exorbitantes) a que hace alusión el artículo 14 de la Ley 80 de 1993, para los que sí se dejó competencia exclusiva a la jurisdicción contenciosa para discernir sobre la legalidad de los mismos, como lo expuso la sentencia C-1436 de 2000 -mediante la cual la Corte examinó la exequibilidad de los artículos 70 y 71 de la ley 80 de 1993-, y como en muchas ocasiones se ha pronunciado esta Sección, concluyendo que los tribunales de arbitramento sí pueden resolver respecto a la validez y legalidad de los actos administrativos que se deriven de la relación contractual excepto, como se expuso, los que interpreten, modifiquen y terminen unilateralmente el contrato, así como los alusivos a la caducidad y reversión del mismo». Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 11 de mayo de 2017, Radicación número: 25000-23-26-000-2012-00552-01[53970].

⁷³ «Declaran EXEQUIBLES los artículos 70 y 71 de la ley 80 de 1993, bajo el entendido que los árbitros nombrados para resolver los conflictos suscitados como consecuencia de la celebración, el desarrollo, la terminación y la liquidación de contratos celebrados entre el Estado y los particulares, no tienen competencia para pronunciarse sobre los actos administrativos dictados por la administración en desarrollo de sus poderes excepcionales». Corte Constitucional, Sentencia del 25 de octubre de 2000, C-1436/2000.

⁷⁴ «cuando la materia sujeta a decisión de los árbitros, se refiera exclusivamente a discusiones de carácter patrimonial que tengan como causa un acto administrativo, éstos podrán pronunciarse, como jueces de carácter transitorio». Ibidem.

⁷⁵ «El arbitraje es un mecanismo alternativo de solución de conflictos mediante el cual las partes defieren a árbitros la solución de una controversia relativa a asuntos de libre disposición o aquellos que la ley autorice.

El arbitraje se rige por los principios y reglas de imparcialidad, idoneidad, celeridad, igualdad, oralidad, publicidad y contradicción.

El laudo arbitral es la sentencia que profiere el tribunal de arbitraje. El laudo puede ser en derecho, en equidad o técnico.

En los tribunales en que intervenga una entidad pública o quien desempeñe funciones administrativas, si las controversias han surgido por causa o con ocasión de la celebración, desarrollo, ejecución, interpretación, terminación y liquidación de contratos estatales, incluyendo las consecuencias económicas de los actos administrativos expedidos en ejercicio de facultades excepcionales, el laudo deberá proferirse en derecho».

arbitramento para resolver los conflictos relativos a la liquidación del contrato estatal, sin realizar ningún tipo de distinción respecto del tipo o contenido de la controversia⁷⁶.

En tercer lugar, el acto de liquidación unilateral del contrato es, sin lugar a dudas, de contenido económico, habida cuenta que comprende la definición de las cuentas del contrato al momento de su terminación y establece los saldos a favor de una u otra parte. De allí que las diferencias que se presenten entre las partes al momento de la liquidación sean controversias de naturaleza económica⁷⁷.

De esta suerte, de acuerdo con la jurisprudencia, los tribunales de arbitramento son competentes para anular, modificar o adicionar el acto administrativo de liquidación unilateral de un contrato, por ejemplo, cuando se desconozcan sumas de dinero que debieron incluirse en favor del contratista⁷⁸.

En consecuencia, los árbitros son competentes para conocer de conflictos relativos a la liquidación del contrato, siempre y cuando exista compromiso o cláusula compromisoria y la controversia no verse sobre la legalidad de actos administrativos

⁷⁶ «La Ley 1563 de 2012 consagró la competencia de los Tribunales de Arbitramento para dirimir las controversias referidas a la liquidación del contrato estatal, sin distinguir el tipo o contenido de la controversia, según se lee en el artículo primero, lo cual se une a que el acto de liquidación unilateral no se encuentra dentro de aquellos que la ley enumera bajo las cláusulas excepcionales contenidas en el numeral 2 del artículo 14 de la Ley 80 de 1993». Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 1 de agosto de 2016, Radicación número: 11001-03-26-000-2015-00184-00[56138].

⁷⁷ «Adicionalmente se destaca que el acto de liquidación unilateral del contrato tiene un contenido económico indiscutible, toda vez que compendia el finiquito de las cuentas del contrato a su terminación y establece el saldo final a pagar, a favor del contratista o a su cargo, según sea el caso. Lo anterior significa que, finalmente, las diferencias que surgen sobre el estado de liquidación adoptado en el acto administrativo, son de carácter económico. Ibidem.

⁷⁸ «De conformidad con lo que se acaba de exponer, teniendo en cuenta que el Tribunal de Arbitramento tenía la competencia para anular el acto de liquidación unilateral del contrato, también detentaba la potestad para modificarlo o adicionarlo y para dirimir la controversia contractual en torno del pago de obligaciones pendientes». Ibidem.

expedidos con ocasión del ejercicio de las potestades exorbitantes de la administración, previstos en el artículo 14 de la Ley 80 de 1993.

2.8. La liquidación del contrato y la conciliación

En relación a otro importante mecanismo alternativo de solución de conflictos, resulta válido preguntarse si es posible realizar la liquidación del contrato por medio de la figura de la conciliación.

Frente a este interrogante, en un principio, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado rechazó dicha posibilidad⁷⁹. Sin embargo, la Sección Tercera de la misma corporación consideró, posteriormente, que sí era posible. Lo anterior, teniendo en cuenta lo siguiente:

i) Las materias que se someten a la liquidación del contrato estatal son conciliables, pues el propósito final de la liquidación contractual es declarar a paz y salvo a las partes de las obligaciones y derechos adquiridos con ocasión del contrato. Asimismo, se trata de controversias de naturaleza económica o patrimonial que pueden ser libremente dispuestas por las partes⁸⁰.

⁷⁹ Al respecto, valga recordar que la conciliación no es un mecanismo destinado a sustituir el procedimiento de liquidación del contrato previsto en la ley contractual y que “no habrá lugar a conciliación cuando la correspondiente acción haya caducado”, conforme al parágrafo 2° del artículo 81 de la ley 446 de 1998, reformatorio del 61 de la ley 23 de 1991 compilado, a su vez, por el decreto 1818 de 1998, artículo 63». Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto del 31 de octubre de 2001, Radicación número: 1365.

⁸⁰ «Así entonces, siendo que con dicho acto contractual se pretende declarar a paz y salvo a las partes respecto de las obligaciones y derechos que se adquirieron en virtud de un contrato, razonable resulta colegir que los conflictos que para arribar a tal fin se presenten son de carácter particular, ya que provienen de lo pactado expresamente en un negocio jurídico, lo que significa que su contenido no es abstracto y, además, que los asuntos que se debaten son susceptibles de valoración económica o patrimonial. Dentro del marco de las mismas consideraciones, resulta razonable señalar que los derechos que para tal efecto se debaten, además de ser de carácter particular y contenido económico, se radican en cabeza de las partes del contrato, lo que supone, para el particular contratista, un interés individual que le permite disponer libremente de ellos y, para la entidad contratante, la misma facultad pero enmarcada dentro de los límites que ha impuesto la ley y que han sido desarrollados por la jurisprudencia, esto es, la debida representación de las personas que concilian, la capacidad o facultad que tengan los representantes o conciliadores para conciliar, la disponibilidad de los derechos económicos enunciados por las partes, que no haya operado el fenómeno jurídico de la caducidad, que lo reconocido patrimonialmente esté debidamente respaldado en la actuación



ii) Es posible la liquidación del contrato por vía judicial habida cuenta que existen controversias que impiden a las partes liquidar el contrato de mutuo acuerdo. igualmente, la entidad estatal pudo haberse sustraído de la obligación de liquidarlo dentro de los términos legales.

iii) Para acceder a la liquidación judicial, es necesario agotar la conciliación como requisito de procedibilidad⁸¹.

Por lo tanto, resulta válido realizar la liquidación del contrato a través de la conciliación, postura que ha sido acogida por la Sección Tercera del Consejo de Estado, al indicar:

En consecuencia, no solamente es posible acudir a dicho mecanismo alternativo de solución de conflictos para adoptar la liquidación de un contrato de mutuo acuerdo, sino que cuando lo que se pretenda sea liquidarlo por vía judicial, tal procedimiento debe imperativamente intentarse, porque constituye requisito sine qua non para acceder a la administración de justicia con tal objetivo⁸².

2.9. La liquidación del contrato y las cláusulas abusivas

En la liquidación del contrato también pueden presentarse conflictos relacionados con la doctrina de las cláusulas abusivas.

Una cláusula abusiva es aquella cláusula que genera un desequilibrio significativo e injustificado

respecto de los derechos y obligaciones de las partes de un contrato, como consecuencia del reconocimiento a favor del predisponente y en contra del adherente, de prerrogativas o beneficios irrazonables o desproporcionados, al primero, o cargas o gravámenes de la misma naturaleza, al segundo⁸³.

Las cláusulas abusivas, no solo violentan el principio de la buena fe, también constituyen un abuso de la posición dominante y del derecho de las partes a fijar los términos del contrato, es decir, de su libertad contractual⁸⁴.

Ahora bien, una parte de la jurisprudencia considera que no es posible que los contratantes, en ejercicio de la autonomía privada, acuerden que la administración sea la que realice la liquidación del contrato. Lo anterior, habida cuenta que no existe norma que así lo permita⁸⁵. Es necesario que la facultad de liquidación unilateral sea reconocida expresamente por la ley, pues los valores económicos contenidos en la liquidación pueden exigirse directamente por la vía judicial, sin necesidad de obtener primero una decisión

⁸³ «Resumiendo, entiende el tribunal que son abusivas las cláusulas que, incluidas por regla general en un contrato de contenido predispuesto, establecen, sin explicación seria, proporción ni razonabilidad, ventajas o prerrogativas excesivas para el predisponente, o cargas, obligaciones o gravámenes injustificados para el adherente, todo ello en detrimento del principio de celebración y ejecución de buena fe contractual y del normal y razonable equilibrio contractual». Tribunal de arbitramento. Cámara de Comercio de Bogotá. Punto Celular Ltda. v. Comunicación Celular S.A. -Comcel S.A. Laudo del 23 de febrero de 2007. Véase igualmente Camilo Andrés Rodríguez Yong, Una aproximación a las cláusulas abusivas, Legis editores, Universidad del Rosario, Bogotá, 2013, p. 52.

⁸⁴ «Precisamente, ese deber, entendido como un comportamiento probo, obliga a quien impone el contenido negocial, mayormente cuando el contrato es por adhesión o estandarizado, a no abusar de su posición dominante, o lo que es lo mismo, a abstenerse de introducir cláusulas abusivas que lo coloque en una situación de privilegio frente al adherente, porque de lo contrario estaría faltando a esa buena fe que le impone el sistema jurídico con las consecuencias legales que ello implica». Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil, Sentencia del 14 de diciembre de 2011, Radicación número: C-1100131030142001-01489-01.

⁸⁵ «Así pues, ante la ausencia de autorización legal expresa que faculte a las partes, sometidas en los demás aspectos al imperio del derecho privado, para incorporar en su acuerdo de voluntades un pacto según el cual la entidad contratante puede liquidar unilateralmente el contrato, ha de decirse que un convenio estipulado en esos términos no puede producir efecto alguno, en tanto no cuenta con sustento normativo que lo admita». Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 8 de marzo de 2017, Radicación número: 25000-23-36-000-2013-00249-01[50890].

y que el acuerdo conciliatorio que se logre no resulte abiertamente lesivo para el patrimonio público». Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 14 de diciembre de 2011, Radicación número: 25000-23-26-000-2010-00043-01[39338].

⁸¹ «En ese contexto y dado que, como ya quedó establecido, las materias que se someten a la liquidación del contrato estatal son conciliables, para llevar a cabo este acto contractual por vía judicial es necesario agotar dicho requisito de procedibilidad, bien sea porque existen controversias que impiden a las partes liquidar el contrato de mutuo acuerdo o porque la entidad se ha sustraído de su obligación de liquidarlo dentro de los términos legales que han sido previstos para ello». Ibidem.

⁸² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 14 de diciembre de 2011, Radicación número: 25000-23-26-000-2010-00043-01[39338].

del juez que declare el pago y su exigibilidad⁸⁶.

Igualmente, una cláusula como la señalada constituiría un abuso de la posición dominante, al imponerse al contratista una carga superior⁸⁷.

De manera contraria, otra parte de la jurisprudencia considera que la liquidación unilateral no es una facultad excepcional. En consecuencia, las partes pueden, ante la imposibilidad de llegar a un acuerdo frente a la liquidación, acordar que una de ellas la realice⁸⁸.

Consideramos que una cláusula que permita a la entidad estatal liquidar unilateralmente el contrato sería abusiva, pues a pesar de que podría alegarse que es un mecanismo que contribuye a la seguridad jurídica y da certeza a las partes sobre sus derechos y obligaciones, luego de ejecutado el contrato, no resulta razonable que

⁸⁶ «Un argumento adicional que en esta ocasión vigoriza el imperativo que orienta la necesidad de que la facultad de liquidar unilateralmente se encuentre expresamente autorizada por el legislador, consiste en que, atendiendo a la normativa actual que regenta la materia, concretamente a lo dispuesto por el artículo 297, numeral 3 del Código de Procedimiento Administrativo y Contencioso Administrativo, el mencionado documento presta mérito ejecutivo.

Dicho en otros términos, el acto de liquidación tiene vocación para que en virtud de su contenido resulte procedente reclamar directamente, por la vía jurisdiccional, los reconocimientos económicos que allí consten sin necesidad de que previamente deba provocarse una declaración judicial en la cual se origine el derecho a su pago y su exigibilidad.

En esa medida, el poder coercitivo y vinculante que emana de esa decisión solo puede tener génesis en la autorización que imparta la ley en relación con la capacidad para adoptarla unilateralmente». *Ibidem*. Véase igualmente: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 26 de junio de 2015, Radicación número: 25000-23-26-000-2003-01444-01[34367].

⁸⁷ «A lo que se agrega que en los contratos de derecho privado no solo le resultaría extraña una convención que posibilitara a la administración liquidarlo unilateralmente, sino que al margen de la existencia o no de un acuerdo en este sentido, comportaría un abuso de su posición dominante, para imponer una carga superior al contratista sin su aquiescencia». Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 28 de mayo de 2015, Radicación número: 25000-23-26-000-1999-01566-01[29468].

⁸⁸ «Bajo ese entendido de que la liquidación unilateral no es de aquellas que la Ley enlista como potestades o facultades excepcionales al derecho común, nada impide que las partes en un convenio interadministrativo convengan su ejercicio, pues en esa tipología de contratos la ley sólo prohíbe el ejercicio de las denominadas potestades excepcionales, naturaleza que no comparte la liquidación unilateral. Con otras palabras, resulta totalmente válido que en un convenio interadministrativo las partes convengan que ante la falta de acuerdo para liquidar el contrato, una de ellas pueda proceder a liquidarlo unilateralmente, pues su pacto no comporta el ejercicio de una facultad o potestad excepcional al derecho común». Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 24 de abril de 2017, Radicación número: 25000-23-26-000-2011-00143-01[55836].

la administración, sin que el legislador así lo haya decidido, sea quien determine el finiquito del contrato de forma individual y sin la participación del contratista.

Una alternativa para superar esta situación podría ser que las partes acuerden que la entidad sea quien realice la liquidación y la someta a la revisión del contratista, quien tendría un plazo razonable para manifestar su aceptación o rechazo. Si vencido ese plazo el contratista guarda silencio, se entendería que la liquidación es firme y definitiva⁸⁹.

También podría existir una cláusula abusiva relativa a la liquidación del contrato, si, por ejemplo, la autoridad estatal impone al contratista un término irrazonable o injustificado para llevar a cabo la liquidación bilateral del contrato. En este sentido, el literal f), del numeral 5, del artículo 24 de la Ley 80 de 1993 señala que en los pliegos de condiciones o términos de referencia debe definirse el plazo para la liquidación del contrato, cuando a ello hubiere lugar, teniendo en cuenta su objeto, naturaleza y cuantía.

El desconocimiento de esta obligación implica, por mandato de la misma norma, la ineficacia de pleno derecho de las estipulaciones que contravengan lo anterior, o dispongan renunciaciones

⁸⁹ En el tribunal de arbitramento Concelular S.A. —en liquidación— v. Comunicación Celular S.A. Comcel S.A. se analizó la siguiente cláusula: «Durante la vigencia de este contrato, cada doce [12] meses, las partes suscribirán acta de conciliación de cuentas en las que expresen los valores y conceptos recibidos, las acreencias y deudas recíprocas y saldos a cargo de cada una y se otorgue un paz y salvo parcial. Diez [10] días antes de los doce [12] meses, Comcel, remitirá el acta de conciliación y, si no recibiere observación alguna dentro de los tres [3] días posteriores, caducará el derecho del distribuidor a formular cualquier reclamación o reparo y, será firme y definitiva». El tribunal considero que la cláusula no era abusiva: «Estas disposiciones no merecen ninguna censura. Por el contrario, se las encuentra convenientes, pues dan claridad y firmeza a las relaciones contractuales, y contribuyen así a evitar desavenencias. Además, no introducen ningún desequilibrio carente de justificación entre las partes». Tribunal de arbitramento, Cámara de Comercio de Bogotá, Concelular S.A. —en liquidación— v. Comunicación Celular S.A. Comcel S.A. Laudo del 1º de diciembre de 2006. Con todo, esta misma cláusula fue analizada en otro tribunal de arbitramento (Punto Celular Ltda. v. Comunicación Celular S.A. -Comcel S.A.- Febrero 23 de 2007), el cual consideró que era abusiva, entre otras razones, por lo exiguo del término que tenía la otra parte para revisar el acto [3 días].

a reclamaciones por la ocurrencia de los hechos aquí enunciados.

También podría catalogarse como abusiva, además de una violación al numeral 3º de la Ley 80 de 1993, el imponer al contratista que la cancelación de sumas adeudadas dependa de la renuncia, desistimiento o abandono de peticiones, acciones, demandas y reclamaciones de este contra la entidad.

3. Conclusiones

Las consideraciones esgrimidas en precedencia permiten esbozar las siguientes conclusiones:

1. La etapa de liquidación del contrato constituye, sin lugar a dudas, una etapa fundamental dentro de desarrollo del contrato estatal. Su función declarativa o de constancia, y creadora o constitutiva de obligaciones es una clara prueba de ello.
2. Ante la escasa regulación normativa de esta etapa, la jurisprudencia ha ejercido un evidente e importante liderazgo, no solo para llenar los vacíos de la ley, sino también para brindar claridad sobre los múltiples e importantes problemas jurídicos que gravitan alrededor de la liquidación del contrato.
3. De esta suerte, el juez contencioso ha tenido la oportunidad de analizar y resolver problemas jurídicos sobre aspectos tales como la procedencia de la liquidación unilateral entre entidades públicas o en contratos de carácter especial; el término oportuno para llevar a cabo la liquidación; la posibilidad de hacer reconocimientos adicionales durante

su realización; los motivos que permiten controvertir judicialmente una liquidación bilateral; el sometimiento de controversias relativas a la liquidación del contrato a métodos alternativos de solución de conflictos, como la conciliación o el arbitraje; la naturaleza jurídica de la potestad de liquidación unilateral; los efectos de la firma en el acta de liquidación y la existencia de cláusulas abusivas.

4. Ahora bien, a pesar del importante y valioso esfuerzo realizado por la jurisprudencia, es necesario seguir trabajando en el mejoramiento de la estructura y funcionamiento de la etapa de liquidación del contrato, todo ello con miras a lograr un mejor manejo de los recursos públicos y ofrecer a las entidades estatales, contratistas y ciudadanos más seguridad jurídica, eficiencia y transparencia, beneficios que finalmente repercutirán en una mayor satisfacción de las necesidades sociales.

5. A futuro podría trabajarse con Colombia Compra Eficiente un desarrollo de la liquidación de los contratos estatales y así unificar criterios, modos y formas para hacerla, de la misma forma que lo ha venido trabajando en materia de unificación de criterios en relación con la organización y articulación los procesos de compras y contratación pública, a través de las herramientas implementadas para el efecto, sobre todo, porque la visión a mediano plazo de esta entidad es continuar fortaleciendo su actividad misional en el mundo virtual, esto es, utilizar las tecnologías de la información y las comunicaciones para ello.

6. Establecer, vía legal, un solo término para la liquidación y atribuirle el carácter de perentorio,



en aras de otorgar seguridad jurídica a los interesados en la contratación estatal. Así, por ejemplo, unificar el término para liquidar a un año, sin importar la modalidad y luego de vencido ese año, empiece a contar el término de caducidad del medio de control.

7. La jurisprudencia y la doctrina deben empeñarse en definir las reglas aplicables a los casos en los que las entidades o contratos exceptuados del régimen de contratación pública incluyen en sus contratos cláusulas de liquidación unilateral obligatoria, y, por esa vía, ofrecer certeza y seguridad jurídica, sobre todo, para los particulares que concurren a la actividad contractual pública, porque tal como está el panorama actualmente:

a) Es contradictorio que una entidad que contrata bajo el régimen exceptuado, que se rige por el derecho civil, pueda establecer cláusulas excepcionales al derecho común.

b) No es claro el tratamiento al que se somete la cláusula obligatoria de liquidación unilateral cuando la impone una entidad con régimen exceptuado, pues el contrato tiene se sigue por el derecho civil, pero no así la cláusula de liquidación.

c) Podrían configurarse abusos de las entidades contratantes respecto de los contratistas, quienes para poder acceder a un contrato se verían obligados a permitir que se introduzca la cláusula de liquidación unilateral, sin medir las consecuencias que ello pueda acarrear.

8. Finalmente, con el propósito de superar las

controversias que se presentan alrededor de la figura de la liquidación del contrato, resulta oportuno y necesario que el legislador, a través de una reforma legal, o la jurisprudencia, por medio de sentencias o autos de unificación, se pronuncien frente a aspectos tales como la naturaleza de la facultad de liquidación unilateral de los contratos; la procedencia de dicha liquidación en contratos celebrados entre entidades públicas y los términos para llevar a cabo la liquidación, entre otros temas.



CONTRATOS ESTATALES CON RÉGIMEN DE DERECHO PRIVADO EN LA JURISPRUDENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO

Introducción

Por mandato del artículo 13 de la Ley 1150 de 2007¹, las entidades estatales que por disposición legal tienen un régimen contractual excepcional deben aplicar, en desarrollo de su actividad contractual y acorde con su régimen legal especial, los principios de la función administrativa de que trata el artículo 209 de la C.P.²

Los regímenes excepcionales a los que hace referencia la norma citada son aquellos previstos por el legislador para determinadas entidades públicas que, en buena parte de los casos, por la naturaleza de su función o de los servicios que prestan, requieren actuar en el mercado en condiciones de libre iniciativa privada y de libre competencia frente a los demás agentes del mercado³.

¹ Art. 13 de la Ley 1150 de 2007. Principios generales de la actividad contractual para entidades no sometidas al Estatuto General de Contratación General de Contratación de la Administración Pública. 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 administrativa y de la gestión fiscal 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.

² De manera adicional, la norma somete estos contratos a los principios de la gestión fiscal previstos en el art. 267 de la C.P. y al régimen de inhabilidades e incompatibilidades previsto para la contratación estatal. La aplicación y alcance de estas dos últimas previsiones, claramente instituidas para la defensa del patrimonio público y la moralidad administrativa, no ha generado mayores reservas o dificultades en la doctrina y la jurisprudencia nacional.

³ Precisamente en el artículo 30 de la Ley de Servicios Públicos se establece que: “[...] Las normas



ÉDGAR GONZÁLEZ LÓPEZ
Magistrado de la Sala de
Consulta y Servicio Civil del
Consejo de Estado.



INDIRA DÍAZ LINDAO
Magistrada Auxiliar de la Sala
de Consulta y Servicio Civil del
Consejo de Estado.

Los casos más reconocidos corresponden a: las empresas de servicios públicos domiciliarios de carácter oficial⁴, los establecimientos de crédito, las compañías de seguros y demás entidades financieras de carácter estatal⁵, las universidades públicas⁶, las entidades estatales que prestan servicios de telecomunicaciones⁷, las empresas sociales del Estado⁸ y las empresas industriales y comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta con participación pública mayoritaria que se encuentren en situación de competencia, entre otras⁹.

que esta ley contiene sobre contratos se interpretarán de acuerdo con los principios que contiene el título preliminar, en la forma que mejor garantice la libre competencia y que mejor impida los abusos de la posición dominante, tal como ordena el artículo 333 de la Constitución política [...]. Resaltado fuera de texto.

⁴ Art. 31 de la Ley 142 de 1994, modificado por el art. 3 de la Ley 689 de 2001, expedido de conformidad con el artículo 365 constitucional, que dejó en manos del legislador la disposición para definir el régimen jurídico aplicable a la prestación de los servicios públicos.

⁵ Parágrafo 1º, art. 32, Ley 80 de 1993, modificado por el artículo 15 de la Ley 1150 de 2007.

⁶ Artículo 69 C.P. y Ley 30 de 1992.

⁷ Ley 1341 de 2009.

⁸ Ley 100 de 1993.

⁹ Sin embargo, no ha habido una justificación uniforme en virtud de la cual el legislador haya sustraído del régimen general del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. Son múltiples las excepciones de contratos estatales con régimen especial y mayoritariamente de derecho privado que no parecen justificarse en la exigencia de las entidades de actuar en condiciones de competencia en el mercado. Entre ellos: los contratos de exploración y explotación de recursos naturales [art. 76, Ley 80 de 1993]; los contratos celebrados por las entidades exceptuadas en el sector defensa: Los contratos que celebren Satena, Indumil, El Hotel Tequendama, la Corporación de Ciencia y Tecnología para el desarrollo de la industria naval, marítima y fluvial –Cotecmar– y la Corporación de la Industria Aeronáutica Colombiana –CIAC– [art. 16, Ley 1150 de 2007]; los contratos para desarrollar actividades de ciencia y tecnología [Decreto 591 de 1991]; entidades estatales con convenios o contratos financiados con organismos internacionales en los términos del artículo 20 de la Ley 1150 de 2007; el Banco de la República y autoridades administrativas independientes [artículo 371 C.P.]; entidades sin ánimo de lucro en los términos del artículo 355 C.P.; para el desarrollo de incentivos forestales [Ley 139 de 1994]; para la enajenación de la participación del Estado en una empresa [artículo 60 C.P. y Ley 226 de 1995]; por las entidades en los términos de la Ley General de Cultura [Ley 397 de 1997]; juegos de suerte y azar [Ley 643 de 2001]; Aeronáutica Civil [Ley 105 de 1993].

En efecto, con la adopción de la Constitución Política de 1991, en los que se afirman los principios de libertad económica, libre iniciativa privada y libre competencia¹⁰, el legislador colombiano estableció que estas entidades realizarán sus actos y contratos gobernados por la autonomía contractual, en modo que pudieran actuar en el mercado en condiciones de relativa libertad e igualdad frente a los demás agentes del mercado. Esto es, sin las reglas de selección de contratistas y sin las facultades excepcionales previstas a favor de la Administración en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública¹¹.

En consecuencia, el legislador se desprendió de una concepción intervencionista, sin las estructuras jurídicas del derecho administrativo, y permitió que estas entidades estuvieran sujetas a un régimen prevalente de derecho privado, con la aplicación excepcional del derecho público, en los casos establecidos en su régimen especial¹².

Este esquema es de trascendencia no sólo para determinar las normas sustanciales aplicables a los actos y contratos realizados por estas entidades estatales y su correspondiente control judicial, sino también para definir la naturaleza de sus actos y,

por ende, de los medios de control a través de los cuales pueden ser revisados judicialmente. Asimismo, para delimitar la responsabilidad que le pueda corresponder a los representantes legales de las entidades estatales por el desconocimiento de las bases conceptuales sobre las cuales el legislador ha edificado el sistema jurídico aplicable.

Frente a este escenario, y para garantizar la transparencia e imparcialidad de los procesos de selección de estas entidades, la jurisprudencia comenzó a advertir la necesidad de exigir un régimen contractual mixto, gobernado preponderantemente por el derecho privado, pero también sujeto a los principios de la función administrativa, e incluso a los principios que gobiernan la selección objetiva de contratistas.

Lo anterior, en virtud de la naturaleza pública de estas entidades y en relación con el ejercicio de sus funciones administrativas; de la exigencia de proteger el patrimonio público que estas entidades administran, así como la de garantizar el interés general y el cumplimiento de los fines del Estado que deben perseguir todas las entidades estatales en su actividad contractual, incluidas las sujetas a un régimen de derecho privado.

Así, por ejemplo, la Corte Constitucional, mediante Sentencia C-230 de 1995, manifestó la exigencia de que las entidades públicas sometidas a las normas de derecho privado acataran los principios de la función administrativa, en particular los principios de moralidad y eficacia, con el fin de garantizar el correcto manejo, control y responsabilidad de la inversión de los recursos públicos administrados por estas entidades.

¹⁰ Art. 333 de la C.P.: La actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común. [...] El Estado, por mandato de la ley, impedirá que se obstruya o se restrinja la libertad económica y evitará o controlará cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional. La ley delimitará el alcance de la libertad económica cuando así lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación.

¹¹ Fenómeno que en el ámbito del derecho administrativo se conoce como la "huida" del derecho administrativo, en este caso, del régimen de contratación estatal. Sobre el fenómeno de la huida del derecho administrativo ver, en la doctrina nacional: D. SUÁREZ TAMAYO. *Huida o vigencia del derecho administrativo: el caso de los servicios públicos domiciliarios. Transformaciones – Tendencias del Derecho Administrativo*. Universidad de Antioquia. Medellín. 2010, quien cita bibliografía ulterior, nacional y de derecho comparado.

¹² Conforme con la redacción del artículo 31 de la Ley 142 de 1994, modificado por el artículo 3 de la Ley 689 de 2001, los contratos que celebren las entidades estatales que prestan los servicios públicos no estarán sujetos a las disposiciones del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, salvo en los casos en que la Ley de Servicios Públicos disponga otra cosa, como ocurre en los eventos en que las Comisiones de Regulación hagan obligatoria la inclusión de cláusulas de excepción o exorbitantes en ciertos tipos de contratos de cualquier empresa de servicios públicos domiciliarios y en los eventos en que por solicitud de éstas se incluyan en todos los demás.



De igual manera, en la Sentencia C-629 de 2003¹³, la Corte señaló lo siguiente:

[...] los fundamentos constitucionales del régimen de la acción del Estado y de las entidades públicas son diferentes de los que sirven de soporte a la actividad de los particulares. Por ello, la búsqueda de una mayor flexibilidad y supuesta eficacia de la gestión, a través de la sujeción de entidades públicas a las disposiciones aplicables a los particulares, no puede enervar el cumplimiento de las finalidades propias definidas en la constitución ni evadir requerimientos ni controles constitucionales.

Con posterioridad, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, en concepto del 6 de abril de 2000, al referirse al régimen de derecho privado contractual de las empresas sociales del Estado, precisó que la libertad negocial de estos entes estatales no es absoluta, pues no pueden perder de vista los principios del derecho público, en particular los preceptos del artículo 209 de la Constitución y de los entonces artículos 2 y 3 del CCA¹⁴.

Por su parte, la Sección Tercera del Consejo de Estado, en Sentencia del 20 de abril de 2005¹⁵, al conocer una demanda de nulidad de un acto de adjudicación de un contrato expedido por la Universidad del Tolima, señaló que, no obstante la entidad estaba sujeta al régimen de derecho privado¹⁶, de acuerdo con lo establecido en su propio reglamento de contratación, también debía aplicar de manera supletiva las normas de la Ley 80 de 1993¹⁷. En tal virtud, concluyó que la

universidad debía observar los principios de economía y selección objetiva que orientan la función administrativa.

De esta manera, se comenzó a abrir paso, por vía jurisprudencial, a una tesis mixta sobre el régimen de los actos y contratos de las entidades estatales regidas por el derecho privado: esto es, que no obstante estar sometidas de manera prevalente a las normas civiles y comercial, también debían sujetarse a los principios de la función administrativa.

Justamente, esta fue la tesis positivizada por el legislador en el artículo 13 de la Ley 1150 de 2007¹⁸, en el cual se estableció un régimen mixto para los contratos celebrados por las entidades estatales exceptuadas del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública: esto es, un régimen con sujeción prevalente a las reglas del derecho privado, pero con sometimiento al régimen de inhabilidades e incompatibilidades previsto legalmente para la contratación estatal, y a los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal.

No obstante, las razones que llevaron a esta previsión legal, no se puede desconocer cierta ironía y aún contradicción respecto del consenso jurisprudencial para afirmar que la actividad contractual estatal no implica el ejercicio de una función administrativa y, a pesar de eso, someterla

se dispuso, además, que en los vacíos que se presentaran en su aplicación, se acudiría a las normas de la Ley 80 de 1993.

¹⁸ De acuerdo con la exposición de motivos del proyecto de ley que culminó con la expedición de la Ley 1150 de 2007: "Los artículos 12 y 13 del proyecto de ley señalan los principios y límites a que debe someterse la actividad contractual de entidades estatales que por la naturaleza de la función o de los servicios que prestan, requieren de procedimientos contractuales que les permitan competir en igualdad de condiciones con los particulares. En ese sentido el proyecto permite que quienes como entidades públicas tienen objetos de naturaleza comercial, industrial o financiera, rijan su actividad por las normas de la misma en aras de su competitividad, pero que ello no sirva de excusa a la aplicación de los fines de la función pública, ni mucho menos a la universalidad del sistema de inhabilidades e incompatibilidades para contratar con el Estado". Exposición de motivos del proyecto de Ley 20 de 2005. Gaceta del Congreso, n.º. 458, 1 de agosto de 2005.

¹³ Corte Constitucional. Sentencia C-629 de 2003. M.P. Álvaro Tafur Galvis.

¹⁴ Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 6 de abril de 2000. Rad. 1263. Esta posición fue acogida, entre otras, en la sentencia del Consejo de Estado. Sección Tercera, del 6 de marzo de 2008. Rad. n.º. 25000-23-26-000-2000-00919-01 [26227]. C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

¹⁵ Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 20 de abril de 2005. Rad. n.º. 73001-23-31-000-1995-03243-01[14519]. C.P. Ramiro Saavedra.

¹⁶ Al tenor de lo dispuesto en la Ley 30 de 1992 para las entidades públicas.

¹⁷ Se refiere la sentencia a la Resolución n.º. 01498 del 11 de octubre de 1994 de la Universidad de Tolima, en la que se reguló la contratación de esta entidad con fundamento en el derecho privado y



a la aplicación de los mismos principios de la función administrativa.

Determinar el alcance y efectos de la sujeción de los actos y contratos celebrados de las entidades estatales a los principios de la función administrativa no ha sido un asunto pacífico en la jurisprudencia colombiana, ni antes ni después de la expedición de la Ley 1150 de 2007. Por el contrario, la línea jurisprudencial del Consejo de Estado en la materia ha estado sujeta a múltiples cambios y matices interpretativos a través de los años.

El presente artículo pretende dar cuenta de ese recorrido jurisprudencial, teniendo en cuenta tres aspectos fundamentales: 1. Alcance y límites de la autonomía contractual que gobierna a las entidades estatales exceptuadas del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública; 2. Contenido y alcance de la aplicación de los principios de la función administrativa a los contratos estatales con régimen de derecho privado y, 3. Efectos de la transgresión del régimen de derecho privado y de los principios de la función administrativa por parte de las entidades estatales con régimen contractual especial.

1. Alcance y límites de la autonomía contractual que gobierna las actuaciones de las entidades estatales exceptuadas del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública

Como lo ha precisado la jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado¹⁹, las consecuencias jurídicas que se derivan de la exclusión de determinadas entidades estatales

del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, al que hace referencia el art. 13 de la Ley 1150 de 2007, no se circunscriben al ámbito de la celebración y ejecución del contrato, sino que se extiende a los actos encaminados a su formación.

De ahí que cuando leyes especiales remiten el régimen de contratación de las entidades estatales a las normas de derecho privado, esto no solo se extiende a la fase contractual de los negocios realizados por estas entidades, sino que abarca todas sus fases, esto es, desde la formación del negocio jurídico hasta la etapa post-contractual.

En este sentido, en Sentencia del 13 de abril de 2011, la Sección Tercera del Consejo de Estado advirtió que el sometimiento de estas entidades al régimen de derecho privado implica:

[Que] para la selección del contratista no se requiere aplicar los procedimientos a los que se refiere la Ley 80 de 1993; que las reglas de existencia del contrato no son las previstas en el artículo 41 del Estatuto General de Contratación Pública; que los requisitos de validez del contrato son los previstos en la legislación civil y comercial; que las cláusulas contractuales son las propias de los contratos entre particulares; que la ejecución del contrato debe realizarse conforme a las reglas ordinarias y no a las administrativas; y que en lo relacionado con la terminación, ampliación y liquidación de los contratos, deben aplicarse las reglas del derecho común²⁰.

En época más reciente, el alto tribunal, en Sentencia del 28 de febrero de 2020, señaló que la exclusión de ciertas entidades estatales del régimen previsto en la Ley 80 de 1993 y en su reglamento, implicaba que estas no estarían sometidas a las reglas del Estatuto General de Contratación Pública en los

¹⁹ Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección B. Sentencia del 28 de febrero de 2020. Rad. n°. 05001-23-31-000-1996-00657-01[31.628]. C.P. Guillermo Sánchez Luque.

²⁰ Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección C. Sentencia del 13 de abril de 2011. Rad., n°. 25000-23-26-000-2005-00280-01[37423]. C.P. Jaime Orlando Santofimio.



temas relativos a: “[i] capacidad: dentro de la cual están las inhabilidades, incompatibilidades, conflictos de interés, lo consorcios y uniones temporales -que pueden celebrar contratos sin ser personas jurídicas- y el registro único de proponentes; [ii] la selección objetiva, que abarca los procedimientos de selección de contratistas [iii] algunos aspectos relativos a su ejecución como el manejo de riesgo y las potestades excepcionales y [iv] los mecanismos de solución de controversias”²¹.

No obstante, en relación con el tema de la capacidad, el art. 13 extiende expresamente el régimen de inhabilidades e incompatibilidades previsto para los contratos estatales sometidos al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, a los contratos estatales sometidos al derecho privado.

Por su parte, en relación con la selección objetiva de los contratistas y con las potestades excepcionales que pueden ser incorporadas en los contratos estatales regidos por la Ley 80 de 1993 y su reglamento, es importante recordar que en desarrollo del principio de autonomía negocial que gobierna el régimen contractual de derecho privado, por regla general, las partes se encuentran en libertad de autorregular sus propios intereses, determinando qué quieren contratar, con quien quieren hacerlo, bajo qué figura jurídica y con qué contenido y efectos jurídicos²².

²¹ Sentencia del 28 de febrero de 2020. Rad., n°. 05001-23-31-000-1996-00657-01[31628]. Op. Cit.

²² “Háblese de ámbito y dimensión de la autonomía privada o, más habitual y sencillamente, de expresiones de la libertad contractual, la inquietud al respecto y el reconocimiento de los poderes inherentes a aquella autonomía se vierten en estos planos: libertad de disponer o no [contratar o no], de escoger la contraparte o el destinatario de la disposición, escoger el medio [forma] de expresión, y por último, determinar el contenido de la disposición”: F. Hinestrosa, *Autonomía privada y tipicidad contractual*, Conferencia pronunciada en el Seminario sobre el contrato, Universidad Católica de Valparaíso, 24 al 26 de mayo de 1999, publicado en *Reflexiones de un librepensador*, Bogotá, 2001, pp. 400 ss.

Sin embargo, dichas libertades no son ni han sido nunca absolutas o ilimitadas. Así, en la concepción tradicional del contrato, construida por las codificaciones del ochocientos bajo el postulado político del liberalismo burgués y el presupuesto de una igualdad y libertad entre los contratantes, la autonomía contractual que gobierna el derecho común de los contratos fue limitada, fundamentalmente, por las normas imperativas, el orden público y las buenas costumbres [art. 16 C.C.].

En la teoría moderna de los contratos, la autonomía contractual ha sido sometidas a nuevos límites y cargas, dirigidos a garantizar la libre y real competencia en el mercado²³ y el control de la justicia contractual, dada las desigualdades económicas, sociales, culturales y de fuerza negocial que caracterizan a los agentes del mercado. En especial el principio de buena fe, pero también el de no abuso del derecho y, más recientemente, el de igualdad y no discriminación.

En relación con el principio de buena fe consagrado en la Constitución²⁴ y en la ley civil²⁵ y comercial²⁶, cabe destacar que se trata de un principio rector del derecho de las obligaciones y de los contratos

²³ En el proceso de formación del derecho comunitario europeo, y en particular del derecho privado de los contratos, la tutela de la autonomía privada en relación con las distorsiones de la práctica negocial, se concibe prevalentemente como instrumento de tutela del mercado: la necesidad de construir los presupuestos de una libre competencia real como paradigma de la economía de mercado derivó en intervenciones normativas que, inspiradas en el pensamiento ordo - liberal, se orientaron a garantizar un libre acceso al mercado en condiciones de corrección y eficiencia; M. GRONDONA, *Derecho contractual europeo, autonomía privada y poderes del juez sobre el contrato*, en *Rev. Derecho Privado*, n°. 22, Bogotá, 2012, pp. 137 ss.

²⁴ Artículo 83. Las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante éstas.

²⁵ Artículo 1603 C.C. Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no sólo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, que por la ley le pertenecen a ella.

²⁶ Artículo 863 C.Co.

Artículo 871 C.Co. Los contratos deberán celebrarse y ejecutarse de buena fe y, en consecuencia, obligarán no solo a lo pactado expresamente en ellos, sino a todo lo que corresponda a la naturaleza de los mismos, según la ley, la costumbre o la equidad natural.

y se traduce en un modelo o regla de conducta fundada en forma objetiva en el comportamiento correcto, leal y honesto que deben seguir ambos contrayentes en la negociación, celebración y ejecución del contrato²⁷, que permite integrar las obligaciones de los contratantes en la etapa de formación y ejecución del negocio, tanto desde el punto de vista positivo y negativo, por ejemplo, con deberes especiales de información, colaboración y protección y, en general, de salvaguardia de las expectativas suscitadas recíprocamente por las partes, así como de abstención de ciertos actos o conductas extrañas al equilibrio y la congruencia causal del contrato²⁸.

Ahora bien, sobre el alcance y proyección de la autonomía privada y sus límites en los contratos estatales regidos por el derecho privado y por los principios de la función administrativa es importante señalar lo siguiente:

1.1. En la fase de formación del contrato

De conformidad con los presupuestos arriba mencionados, en el régimen común del derecho de los contratos la regla predominante en la fase precontractual y, por consiguiente, en la elección de los contratantes, es la libertad contractual [arts. 1602 del CC y 870 del C. Co], dentro de los límites y cargas de la autonomía privada.

En ejercicio de la referida autonomía contractual, las entidades estatales exceptuadas del régimen de la Ley 80 de 1993 y sometidas a las normas de derecho privado tienen, por regla general, la libertad de negociar y celebrar directamente

contratos con quien consideren procedente o iniciar procesos de selección diferidos en el tiempo.

En aplicación estricta del derecho privado, esto implica, en principio²⁹, que pueden formular invitaciones a ofrecer que no necesariamente deben ser detalladas y completas e iniciar negociaciones o procesos de selección que pueden interrumpir en cualquier momento. Lo anterior, sin perjuicio del deber de indemnizar los daños que causen por la transgresión de los deberes que se deben observar en esta etapa, bajo las reglas de la responsabilidad precontractual

[*culpa in contrahendo*]³⁰.

En efecto, a la luz de las normas del derecho privado, tanto en los eventos de negociación directa, como en los procesos de selección adelantados para elegir a un contratista, opera el artículo 863 C.Co., según el cual, *“las partes deberán proceder de buena fe exenta de culpa en el período precontractual, so pena de indemnizar los perjuicios que se causen”*.

En modo que, si bien el principio de buena fe no obliga a culminar la etapa de negociaciones con la celebración de un contrato, ni a elegir “la mejor propuesta”, de acuerdo con los criterios previamente fijados para su evaluación,

²⁹ Como se verá más adelante, estas facultades deben encontrarse en consonancia con los principios de la función administrativa, lo cual determina un alcance distinto.

³⁰ Sobre el alcance que adquiere la libertad de elegir al co-contrante y, en consecuencia, de iniciar negociaciones o realizar invitaciones a ofertar y la posibilidad de interrumpirlas, así como la responsabilidad que se puede generar por estas y otras conductas durante la etapa precontractual ver, ampliamente, F. HINESTROSA, *Tratado de las Obligaciones II. El negocio Jurídico*. Vol. 1. Bogotá, 2015, pp. 721 – 742 y 757 ss. Por su parte, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha señalado como, para que se configure responsabilidad precontractual por culpa *in contrahendo* se requiere: [i] que exista una situación real de negociación; [ii] que de los tratos se haya generado una situación de confianza, que se pueda esperar, razonablemente, la adopción de determinada conducta en la otra parte tendiente a la celebración del contrato; [iii] que la ruptura haya sido injustificada o contraria a la corrección [información, veracidad, lealtad] y a la buena fe exigida en el campo negocial y [iv] que como consecuencia de ese comportamiento se cause un daño”. Sentencia del 28 de febrero de 2020. Rad. n°. 05001-23-31-000-1996-00657-01[31628]. Op., cit.

²⁷ M.L. NEME. Buena fe subjetiva y buena fe objetiva. Equívocos a los que conduce la falta de claridad en la distinción de tales conceptos. En Revista de Derecho Privado, No 17, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2009, pp. 44 y ss.

²⁸ *Ibidem*.



la interrupción intempestiva, abrupta y sin justificación de las negociaciones puede generar consecuencias indemnizatorias ex art 863 del C.Co.

De manera adicional, el Código de Comercio regula la figura de la oferta o propuesta que se configura de conformidad con los requisitos establecidos en el art. 845 del C.Co.³¹, y prevé su carácter irrevocable, so pena de generar la indemnización de perjuicios que se causen con esta conducta [art. 846]³².

Todo lo anterior, debe entenderse sin perjuicio de lo previsto en el art. 860 del C.Co, en el cual se señala que *“[e]n todo género de licitaciones, públicas o privadas, el pliego de cargos constituye una oferta de contrato y cada postura implica la celebración de un contrato condicionado a que no haya postura mejor. Hecha la adjudicación al mejor postor, se desecharán las demás”*. Resaltado fuera de texto.

Por ende, cuando existe una oferta mercantil en los términos del art. 860 C.Co., la sola respuesta a la oferta contenida en un pliego de cargos implica la formación del contrato y, por ende, su incumplimiento genera una responsabilidad de naturaleza contractual.

De ahí la importancia de diferenciar entre una invitación a presentar ofertas y un pliego de

cargos en los términos del art. 860 del C.Co. En el primer caso, la interrupción abrupta e injustificada de las negociaciones y, en general, la transgresión del principio de buena fe puede conllevar una responsabilidad precontractual, la cual es de naturaleza extracontractual. En el segundo caso, en cambio, como la aceptación de la oferta determina la formación del contrato, el co-contratante tendría derecho a la indemnización de perjuicios, en el plano de la responsabilidad contractual. Desde el punto de vista de las consecuencias jurídicas, uno u otro escenario implican un alcance distinto del monto indemnizatorio³³.

Ahora bien, en Sentencia del 9 de octubre de 2013³⁴, el Consejo de Estado resaltó como deberes de conducta que se derivan de la buena fe y que son de especial aplicación a los procesos precontractuales adelantados por las entidades estatales que están sujetas al derecho privado, los siguientes:

i) [E]l deber de información [...] sobre el cual existen desarrollos positivos en el derecho del consumidor y en los servicios públicos, incluido precisamente el servicio financiero, ii) la regla de “venire contra factum proprium non valet”, de acuerdo con la cual no es válida la pretensión que contradice el acto propio anterior y, iii) el deber de coherencia planteado también por la doctrina y la jurisprudencia, el cual se enuncia como la obligación de obrar en forma consistente o congruente con el marco legal que regula la actividad y con la propia conducta precedente³⁵.

En aplicación del deber de coherencia, la referida decisión afirmó la obligación de las entidades estatales que se rigen por las normas del derecho privado de adjudicar el contrato al mejor oferente,

³¹ El art. 845 define la oferta como “el proyecto de negocio jurídico que una persona formule a otra, deberá contener los elementos esenciales del negocio y ser comunicada al destinatario.”

³² El artículo 846 del C.Co., establece que “[l]a propuesta será irrevocable. De consiguiente, una vez comunicada, no podrá retractarse el proponente, so pena de indemnizar los perjuicios que con su revocación cause al destinatario. Resalto fuera de texto. Sobre el alcance de esta norma, vale la pena la siguiente precisión realizada por la doctrina: La revocación de la oferta pueda ser fuente de responsabilidad, en razón de la culpa o del abuso del derecho en que incurre el oferente, o de su comportamiento contrario a la buena fe, según las distintas orientaciones al respecto. [...] La sola revocación de oferta revocable no determina responsabilidad. F. HINESTROSA. *Tratado de las Obligaciones II. El negocio Jurídico*. Op, cit. p. 792

³³ Ver *infra*, numeral 3.2.

³⁴ Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 9 de octubre de 2013. Rad. n°. 25000-23-26-000-2002-01282-01[30763]. C.P. Mauricio Fajardo.

³⁵ *Ibidem*.



aún si los términos de referencia no se constituyen en una oferta comercial de conformidad con las previsiones del artículo 864 del Código de Comercio, pero se realizó una invitación pública con el objeto de “seleccionar el contratista” bajo unos criterios expresamente definidos.

En sentido más o menos análogo, en Sentencia del 28 de febrero de 2020³⁶, la jurisprudencia la Sección Tercera del Consejo de Estado advirtió que además de los deberes genéricos que se derivan del principio de buena fe en la etapa precontractual, so pena de incurrir en responsabilidad por culpa *in contrahendo*, ex art. 863 del C.Co., las entidades estatales sujetas al derecho privado deben, además, respetar las reglas que de forma unilateral establecen para determinar cuál es el mejor oferente (verbi gracia las contenidas en los manuales de contratación o en la invitación a presentar propuestas), pues no se ajusta a la buena fe [ex. art. 863 del C.Co] que, para la fase de formación del contrato, se establezcan unos parámetros que determinaron la conducta de quienes presentan sus ofertas y luego esos criterios no sean los determinantes para su evaluación y la correspondiente selección del contratista.

En definitiva, de conformidad con las normas de derecho privado, no cabe duda que, aunque la transgresión de los principios y reglas que gobiernan la etapa precontractual de los negocios celebrados por las entidades estatales regidas por el derecho privado no genera la obligación de celebrar el contrato o celebrarlo con el mejor oferente, puede determinar la obligación de indemnizar los perjuicios que se hayan podido causar con la interrupción abrupta, intempestiva e injustificada de las tratativas,

según lo dispuesto en el art. 863 C.Co o con la revocatoria de la oferta, en los términos de los arts. 845 y 860 C.Co.

Por su parte, de acuerdo con la jurisprudencia del Consejo de Estado, el deber de estas entidades de actuar de buena fe en la etapa precontractual adquiere un significado más intenso, pues comporta la exigencia de someterse a las reglas establecidas por la entidad para definir “la mejor propuesta”, así como de celebrar el negocio con quien la presentó, pues se trata en definitiva de obtener la mejor prestación requerida, en condiciones de calidad y costo.

Finalmente, como se verá más adelante, dependiendo de las distintas tesis acogidas por la jurisprudencia del Consejo de Estado sobre la naturaleza jurídica de los actos precontractuales emitidos por estas entidades, a la transgresión del principio de buena fe se le han atribuido consecuencias distintas.

Por un lado, bajo la consideración de que se trata de actos administrativos susceptibles de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, se ha afirmado la procedencia de declarar la nulidad del acto precontractual y, como consecuencia de lo anterior, la nulidad absoluta del contrato celebrado por la entidad estatal, así como la indemnización de los perjuicios correspondientes. Por otro lado, de conformidad con la tesis que califica estas actuaciones como actos privados de naturaleza contractual, las implicaciones de desatender el principio de buena fe se han circunscrito a las consecuencias indemnizatorias, en el marco de la acción de reparación directa.

³⁶ Sentencia del 28 de febrero de 2020. Rad. n°. 05001-23-31-000-1996-00657-01[31628]. Op., cit.



1.2. En la definición del contenido del contrato. Cláusulas que atribuyen facultades unilaterales a la entidad estatal

En relación con la autonomía contractual con la que cuentan las entidades estatales sometidas al derecho privado para definir con sus co-contratantes el contenido y los efectos de los contratos celebrados entre las partes, cobra especial importancia lo relativo a la incorporación de cláusulas que otorgan facultades unilaterales a estas entidades, para ser ejercidas en caso de incumplimiento contractual y, en general, para garantizar su interés negocial.

Bajo el presupuesto que, por regla general, estas cláusulas son válidas en el ámbito del derecho común de los contratos, la tesis que parece prevalecer en la jurisprudencia del Consejo de Estado es la posibilidad de pactar este tipo de cláusulas en los contratos celebrados por las entidades estatales con régimen prevalente de derecho privado³⁷.

Así, en la Sentencia del 20 de febrero de 2017³⁸, el Consejo de Estado señaló que en la negociación de los contratos estatales sometidos al régimen civil y comercial, en particular en los contratos celebrados por Empresas de Servicios Públicos Domiciliarios, las partes se encuentran facultadas,

en virtud de la autonomía contractual, para determinar no solo el objeto del contrato, sino todas las condiciones que regirán su relación contractual y las consecuencias que se pueden derivar del incumplimiento contractual, mediante la inclusión de cláusulas accidentales a las que el ordenamiento le reconoce la categoría de ley entre las partes. Entre ellas, las que incorporan una cláusula penal o de imposición de multas, las de terminación unilateral del contrato, las de liquidación del contrato, ya sea esta bilateral o unilateral; todas ellas, con el fin de asegurar la debida ejecución del contrato, dotar a la entidad contratante de mecanismos eficientes para exigir el cumplimiento de las prestaciones contractuales y, en general, de proteger su interés negocial.

Asimismo, señaló el tribunal que estas cláusulas, por sí mismas, no se ubican en el ámbito de la arbitrariedad, y podrán ser incorporadas en el contrato siempre y cuando no vayan en contra de normas imperativas, no se encuentren expresamente prohibidas por la ley, y siempre que con su ejercicio no se afecte la prestación los servicios públicos o el cumplimiento de las finalidades estatales.

De igual manera, destacó que el ejercicio de estas facultades unilaterales pactadas debe realizarse por la entidad estatal conforme al principio de buena fe contractual, desprovistas de un ejercicio arbitrario o abusivo y dando cumplimiento a las reglas establecidas en la misma convención y las que se derivan del principio al debido proceso³⁹, so pena de incurrir en un incumplimiento contractual

³⁷ En estricto sentido, no se trataría de cláusulas con las características y naturaleza de las cláusulas o poderes exorbitantes impuestos mediante acto administrativo. Con esta apreciación, no se encuentra la razón jurídica para desconocer esta facultad de incluirlas y aplicarlas en un contrato, con las características propias del derecho privado, esto es, sujeto a los contenidos y acuerdos negociales propios de la autonomía de las partes.

³⁸ Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección C. Sentencia del 20 de febrero de 2017. Rad. n.º. 05001-23-31-000-2003-04466-02[56562]. C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa. En el mismo sentido: Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección C. Sentencia del 13 de abril de 2011. Rad. n.º. 25000-23-26-000-2005-00280-01[37423]. C.P. Jaime Orlando Santofimio, en la que se indicó que las empresas de servicios públicos podrán pactar cláusulas obligatorias que impliquen el ejercicio de facultades unilaterales de la Administración, pues en ejercicio de la autonomía privada la empresa prestadora del servicio está habilitada para determinar las condiciones que mejor se adecuen al cumplimiento de su objeto social.

³⁹ La sentencia señala que el ejercicio de estas cláusulas que atribuyen el ejercicio de facultades unilaterales a la Administración deben cumplir con el debido proceso, el cual encuentra plena aplicación tanto en el ámbito del derecho público, como en el régimen de derecho privado; de manera que este tiene cabida en las relaciones que se derivan del pacto contractual, así como en aquellas que se derivan de la imposición legal. Sentencia del 20 de febrero de 2017. Rad. n.º. 05001-23-31-000-2003-04466-02[56562]. Op., cit.



que comportará la indemnización de los perjuicios causados al contratista.

Concluye la sentencia que las referidas cláusulas no pueden ser denominadas o equiparadas a las cláusulas excepcionales aplicables a los contratos regidos por el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, a menos que se trate de verdaderas cláusulas excepcionales incorporadas en el contrato y autorizadas por la ley, a efectos de que la entidad estatal pueda ejercer su poder administrativo en el evento de incumplimiento de sus contratistas, en aras de garantizar el servicio público a su cargo⁴⁰⁻⁴¹.

Lo que si se encuentra vedado para la entidad estatal es la consagración contractual de estas facultades unilaterales, como ejercicio de una prerrogativa pública y bajo el procedimiento y naturaleza de una actuación administrativa, salvo excepciones legales.

Esta línea jurisprudencial ha sido reiterada, entre otras providencias, en la Sentencia del 19 de julio de 2017⁴², en la que la Sección Tercera del Consejo de Estado se pronunció sobre una demanda de controversias contractuales incoada

⁴⁰ En estos eventos, precisa la sentencia, la entidad ya no actúa como un simple contratante, sino que ejerce su poder administrativo, de manera que las actuaciones que ejerza con fundamento en las potestades exorbitantes otorgadas en las cláusulas excepcionales incorporadas en el contrato se configuran como verdaderas actuaciones administrativas, ya no meramente contractuales y, en consecuencia, estarán contenidas en un acto de carácter administrativo, objeto de la pretensión de nulidad. *Ibidem*.

⁴¹ En este sentido, el art. 31 de la Ley 142 de 1994 establece lo siguiente: “[...] Las Comisiones de Regulación podrán hacer obligatoria la inclusión, en ciertos tipos de contratos de cualquier empresa de servicios públicos, de cláusulas exorbitantes y podrán facultar, previa consulta expresa por parte de las empresas de servicios públicos domiciliarios, que se incluyan en los demás. Cuando la inclusión sea forzosa, todo lo relativo a tales cláusulas se registrará, en cuanto sea pertinente, por lo dispuesto en la Ley 80 de 1993, y los actos y contratos en los que se utilicen esas cláusulas y/o se ejerciten esas facultades estarán sujetos al control de la jurisdicción contencioso administrativa. Las Comisiones de Regulación contarán con quince (15) días para responder las solicitudes elevadas por las empresas de servicios públicos domiciliarios sobre la inclusión de las cláusulas excepcionales en los respectivos contratos, transcurrido este término operará el silencio administrativo positivo”.

⁴² Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección C. Sentencia del 19 de julio de 2017. Rad. n°. 68001-23-31-000-2011-00554-01[57394]. C.P. Jaime Orlando Santofimio.

contra Ecopetrol, por el presunto incumplimiento de un contrato celebrado para la prestación del servicio de empaque de polietileno en una de sus bodegas, por haber ejercido la cláusula de terminación unilateral por incumplimiento pactada en el contrato.

En relación puntual con este tipo cláusula, la sentencia reiteró que para su validez se requiere: “1. Que la cláusula se pacte expresamente. 2. Que la cláusula recaiga sobre una prestación principal y sustancial, en cuyo incumplimiento se imposibilita la ejecución del objeto contractual. 3. Que la estipulación no aparezca bajo el ejercicio de una posición dominante o arbitraria”⁴³.

Asimismo, el tribunal reiteró, en términos generales, que nada impide que en un contrato del Estado que se rige por normas de derecho privado las partes en ejercicio de la autonomía dispositiva puedan incorporar cláusulas que contemplen ejercicio de facultades unilaterales, siempre y cuando dicha estipulación no vaya en contra de normas imperativas, buenas costumbres, de la buena fe contractual y no comporte el ejercicio abusivo de un derecho⁴⁴.

2. Alcance de la aplicación de los principios de la función administrativa a los contratos estatales con régimen de derecho privado

Como lo establece el art. 209 de la C.P., los principios de la función administrativa son los siguientes:

⁴³ Sobre estos requisitos la sentencia cita, a su vez, las consideraciones expuestas por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Sentencia del 17 de agosto de 2016, Exp. 41.783. Al respecto, se resalta el segundo requisito identificado por la sentencia, con el cual parece indicarse que solo podría aplicarse la cláusula de terminación unilateral del contrato por un incumplimiento que imposibilite la ejecución del objeto, lo cual resulta discutible.

⁴⁴ Esta posición es reiterada, entre otras, en: Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección B. Sentencia del 19 de junio de 2019. Rad. n°. 85001-23-31-001-2008-00076-01[39800]. C.P. Alberto Montaña Plata, en el análisis de la validez de una cláusula de terminación unilateral del contrato.



Igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad.

De conformidad con lo señalado expresamente el art. 13 de la Ley 1150 de 2007, estos principios deben ser observados por las entidades estatales exceptuadas del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, no obstante estar sometidas de manera prevalente al derecho privado de los contratos.

El alcance de esta disposición es todavía bastante indeterminado en la jurisprudencia del Consejo de Estado. Sobre lo que sí parece existir consenso es que, al igual que las normas de derecho privado, los principios de la función administrativa se aplican a todas las fases adelantadas por estas entidades estatales en materia contractual: esto es, las etapas de formación y ejecución del contrato e, incluso, la etapa post-contratual.

Por otro lado, acorde con la literalidad del art. 13 de la Ley 1150 de 2007, cuando señala que los principios de la función administrativa se aplicarán a las entidades exceptuadas del régimen general de los contratos estatales “acorde con su régimen legal especial”, se deduce que la intensidad en la aplicación de los principios de la función administrativa dependerá de las normas previstas en el régimen especial.

De igual manera, se puede inferir que la mayor o menor intensidad en la aplicación de los principios de la función administrativa a las entidades estatales sujetas al derecho privado dependerá, en gran medida, de la naturaleza de la actividad que desarrolla cada entidad.

Así, las entidades sometidas a un fuerte régimen de

competencia requerirán de una mayor flexibilidad, no tanto en relación con el deber de garantizar una selección objetiva, sino en el procedimiento y actuaciones que le permitan cumplir esa finalidad.

En efecto, no todos los principios de la función administrativa pueden tener la misma prevalencia en las actuaciones de las entidades estatales regidas por el derecho privado. Mientras los principios de igualdad e imparcialidad adquieren una especial intensidad o prevalencia en las actuaciones precontractuales de estas entidades, no sucede lo mismo con otros principios como los de celeridad y economía, los cuales deben ser aplicados, aunque su inobservancia no genera necesariamente una responsabilidad patrimonial o la invalidez del contrato.

Situación distinta podría considerarse frente a entidades que no están sometidas al régimen de competencia en el mercado y su régimen especial obedece a finalidades distintas.

De todas maneras, la aplicación imperativa de los principios de la función administrativa a las actuaciones contractuales de las entidades exceptuadas de la Ley 80 de 1993 y su reglamento, “acorde con su régimen legal especial”, no parece la fórmula más acorde para garantizar el principio de seguridad jurídica, esto es, de la claridad y certeza en su aplicación. A nuestro juicio, sigue siendo una regla indeterminada e incierta para poder analizar la validez de una actuación precontractual o sus posibles efectos indemnizatorios, de conformidad con los principios de la función administrativa.

Ahora bien, en lo que se refiere al contenido y alcance que pueden adquirir los principios de la



función administrativa en las distintas etapas del *iter* negocial, se observa la estrecha relación que existe entre ellos y el deber selección objetiva de los contratistas del Estado.

Si bien en los contratos celebrados por las entidades estatales regidas por el derecho privado la aplicación de estos principios no comporta el cumplimiento de los procedimientos y términos establecidos en la Ley 80 de 1993 para la selección objetiva de los contratistas, si obliga a respetar, como mínimo, los principios de libre concurrencia, igualdad y no discriminación de los oferentes y transparencia en la escogencia de sus contratistas, los cuales son compatibles con los de autonomía contractual, libre iniciativa privada y libre competencia que gobierna a estos contratos.

Así se deduce, en primer lugar, de la decisión adoptada el 29 de abril de 2008 por el Tribunal Administrativo de Antioquia⁴⁵, en la que resolvió la demanda presentada en contra de la empresa EDATEL, en virtud de un contrato de instalación, suministro y mantenimiento para su red telefónica.

En la sentencia, el Tribunal Administrativo de Antioquia señaló que en los procesos selección adelantados por entidades estatales sometidas al derecho privado, los principios de la función administrativa suponen la realización de procedimientos que estimulen la concurrencia de oferentes, para garantizar así la igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad.

De allí que, en el caso concreto, EDATEL hubiese estado obligada a adelantar un nuevo proceso

de selección del contratista para el desarrollo de las actividades que fueron objeto de un contrato adicional celebrado con EGAL LTDA, teniendo en cuenta los principios de la función administrativa y lo previsto en el Estatuto Interno de Contratación de las Empresas Departamentales de Antioquia.

Lo anterior, por cuanto el contrato adicional celebrado por la empresa tenía un objeto sustancialmente distinto al del contrato inicial, el cual se circunscribía al mantenimiento de red a la instalación de líneas de abonados de la empresa, y adicionalmente superó su valor en un 173%, lo cual implicaba una clara violación de los principios de la función administrativa y de las reglas de selección de contratistas fijadas por la propia empresa en su reglamento interno de contratación.

En consecuencia, el Tribunal Administrativo de Antioquia declaró la nulidad absoluta del contrato adicional celebrado por EDATEL, decisión que no fue compartida en la sentencia del Consejo de Estado⁴⁶, en la cual se expusieron consideraciones que parecen mostrar una libertad absoluta y discutible en la determinación de las reglas del manual interno de contratación.

Por estas razones, el Tribunal declaró de oficio la nulidad del contrato celebrado adicional celebrado por EDATEL, derivada de la **ilicitud de su objeto** [ex artículos 1519, 1523, 6, 16, 1602 y 1741 C.C.],

⁴⁵ El Consejo de Estado concluyó que el contrato adicional celebrado entre EDATEL y EGAL LTDA y EDATEL S.A. E.S.P., no tenía un objeto contractual sustancialmente distinto al contrato inicial, pues la adición versaba sobre actividades relacionadas con el objeto del contrato inicial, que además habían sido incluidas como ítems de ejecución desde la formulación del pliego de condiciones. Además, señaló que el manual de contratación de la empresa no previó límites a la adición de los contratos, que la empresa cumplió con los requisitos previstos en el referido manual para adelantar procesos de contratación directa y, en general, no se transgredieron los principios de selección objetiva, transparencia y economía. Por esta razón, revocó la sentencia de primera instancia y, en su lugar, declaró la validez del contrato. Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección C. Sentencia del 10 de agosto de 2015. Rad. n°. 05001-23-31-000-2001-00535-01[35728]. C.P. Olga Mérida Valle de de la Hoz.

⁴⁶ Tribunal Administrativo de Antioquia. Sentencia del 29 de abril de 2008. Rad. n°. 05001 23 31 000 2001 00535. M.P. Jorge Octavio Ramírez.



dada la violación de los principios constitucionales referidos y de las reglas establecidas por la misma entidad, y por autorización legal, en su manual de contratación.

En esta misma línea se encuentra el pronunciamiento emitido por la Sección Tercera del Consejo de Estado, en la Sentencia de 9 de octubre de 2013⁴⁷, en la que se solicitó la nulidad de un acto de adjudicación emitido por el Banco Agrario de Colombia y, como consecuencia de ella, la nulidad absoluta del contrato de prestación de servicios celebrado por la entidad.

Para resolver el problema jurídico, la Corporación se refirió, en primer lugar, al régimen contractual de las entidades financieras estatales. Al respecto, señaló que, de conformidad con el artículo 32 de la Ley 80 de 1993⁴⁸ y su Decreto Reglamentario 679 de 1994, el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública no resultaba aplicable, siempre y cuando el objeto del contrato correspondiera al giro ordinario de las actividades propias del objeto social de la entidad y su valor no excediera el monto equivalente a 1000 salarios mínimos legales mensuales o al 2% del presupuesto de la respectiva entidad, tal como sucedía en este evento.

En consecuencia, en el caso concreto debían aplicarse las normas del derecho privado, pero además los principios constitucionales y legales que deben cumplir las entidades estatales, teniendo en cuenta el interés general que se reconoce constitucionalmente a la actividad financiera.

De conformidad con lo expuesto, la providencia del Consejo de Estado reprochó el acto mediante el cual el Banco adjudicó el contrato al proponente que presentó la segunda mejor propuesta, por considerar que esta decisión: en primer lugar, vulneró el principio de buena fe consagrado en los artículos 83 de la Constitución Política y en los artículos 863 y 871 del Código de Comercio, pero además por quebrantar los principios de la función administrativa consagrados en el art. 209 de la C. P., particularmente los de imparcialidad, igualdad y moralidad [el cual incluye a juicio del tribunal el de transparencia], por no adjudicar el contrato al proponente que obtuvo “el mayor puntaje”, invocando razones de conveniencia en favor del proponente al que se le adjudicó el contrato⁴⁹. Por estas razones, el Consejo de Estado declaró la nulidad del acto de adjudicación del contrato y, por ende, la nulidad del contrato y la indemnización de perjuicios al demandante.

Como se observa, los fundamentos de derecho de la providencia se enmarcan en el desconocimiento de las normas del Código de Comercio, relativas al principio de buena fe, así como de los principios de la función administrativa, en especial de los principios de igualdad y transparencia en el proceso de selección de sus contratistas, por no adjudicar el contrato a la persona que presentó la mejor propuesta.

En sentido similar se encuentra la Sentencia del 2 de diciembre de 2013⁵⁰, en la que el Consejo de Estado se pronunció sobre la acción popular presentada en contra de EMCALI, por una

⁴⁷ Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección A. Sentencia del 9 de octubre de 2013. Rad. n°. 25000-23-26-000-2002-01282-01[30763]. C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

⁴⁸ Disposición modificada por el art. 15 de la Ley 1150 de 2007, que somete todos los contratos celebrados por las entidades de crédito al derecho privado, con independencia de que el objeto del contrato corresponda al giro ordinario de las actividades propias del objeto social de la entidad.

⁴⁹ Razones de conveniencia que fueron planteadas por la entidad estatal bajo el supuesto de un empate técnico entre la propuesta del proponente al que se le adjudicó el contrato y la que la sentencia del Consejo de Estado constató que era la mejor propuesta, razón por la cual se concluyó que el referido empate nunca existió.

⁵⁰ Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 2 de diciembre de 2013. Rad. n°. 76001-23-31-000-2005-02130-01[AP]. C.P. Stella Conto Díaz.



contratación directa llevada a cabo entre EMCALI y PARQUESOFT, lo que a juicio del actor atentaba contra la moralidad administrativa y la defensa del patrimonio público, pues no se había adelantado la licitación o concurso que le hubiera permitido a la empresa conseguir las mejores condiciones de precios y de servicios.

El fallo concluye que el régimen jurídico dispuesto por la Ley 142 de 1994 para los actos y contratos de las empresas industriales y comerciales del Estado que prestan servicios públicos domiciliarios no excluye la aplicación de los principios constitucionales y legales que rigen la actividad de las entidades públicas.

En primer lugar, porque la Ley 142 de 1994 sujeta a estas empresas a todo lo que esa ley prevé para las empresas de servicios públicos, pero siempre que el régimen allí establecido no sea “[...] incompatible con la Constitución o la ley”, tal como se expresa en sus artículos 1º, 3º, 15 y 17.

Igualmente, se advierte que la sujeción a los principios de la función administrativa, por parte de EMCALI, estaba determinada por la naturaleza de la entidad, que como empresa industrial y comercial del Estado pertenece a la Rama Ejecutiva del Poder Público, en el sector descentralizado [según lo previsto en los artículos 1º y 38 de la Ley 489 de 1998] y, por lo tanto, está sujeta a los principios de buena fe, igualdad, moralidad, celeridad, economía, imparcialidad, eficacia, eficiencia, participación, publicidad, responsabilidad y transparencia, en el desarrollo de las actividades comprendidas en su objeto social.

Lo anterior, al tenor de lo dispuesto en los artículos

209 constitucional, y 2º⁵¹, 3º⁵² y 39⁵³ de la Ley 489 de 1998.

Se precisa que estos principios serán aplicables siempre que sean compatibles con la naturaleza de estas entidades y el régimen jurídico al cual han sido sometidos, en específico, si estos “[...] se acompañan con los de libre competencia y eficiencia económica, transparencia y neutralidad a los que la Ley 142 de 1994 sometió el régimen contractual de las empresas industriales y comerciales, prestadoras de los servicios públicos domiciliarios”.

En consonancia con estos argumentos, la Sección Tercera concluyó que los principios que informan la actividad administrativa, particularmente la moralidad y la defensa del patrimonio público, le exigían al Agente Especial de EMCALI, en la contratación objeto de análisis, una sujeción estricta a las normas de la Ley 142 de 1994 y a la Resolución n.º 0186 de 2004, “con miras a propender porque la libre concurrencia al proceso garantizara la imparcialidad y la transparencia en la selección de los proponentes, dentro del marco de condiciones objetivas con miras a la prestación eficiente del servicio y sin otorgar privilegios injustificados”.

Teniendo en cuenta que EMCALI realizó una invitación directa a contratar a PARQUESOFT, como único proponente, el alto tribunal consideró que la entidad había contrariado los

51 Artículo 2º. Ámbito de aplicación. La presente ley se aplica a todos los organismos y entidades de la Rama Ejecutiva del Poder Público y de la Administración Pública y a los servidores públicos que por mandato constitucional o legal tengan a su cargo la titularidad y el ejercicio de funciones administrativas, prestación de servicios públicos o provisión de obras y bienes públicos y, en lo pertinente, a los particulares cuando cumplan funciones administrativas

52 Artículo 3º. Principios de la función administrativa. La función administrativa se desarrollará conforme a los principios constitucionales, en particular los atinentes a la buena fe, igualdad, moralidad, celeridad, economía, imparcialidad, eficacia, eficiencia, participación, publicidad, responsabilidad y transparencia. Los principios anteriores se aplicarán, igualmente, en la prestación de servicios públicos, en cuanto fueren compatibles con su naturaleza y régimen.

53 Artículo 39. Integración de la Administración Pública. La Administración Pública se integra por los organismos que conforman la Rama Ejecutiva del Poder Público y por todos los demás organismos y entidades de naturaleza pública que de manera permanente tienen a su cargo el ejercicio de las actividades y funciones administrativas o la prestación de servicios públicos del Estado colombiano. [...].



principios de selección objetiva, concurrencia en condiciones de libre competencia, eficiencia, eficacia, moralidad, transparencia, imparcialidad y publicidad que, según los artículos 2º, numerales 2.5 y 2.6; 3º, numeral 3.9; 30 y 34 de la Ley 142 de 1994, 3º de la Ley 489 de 1998 y 2º, 13, 20, 21 y 23 de la Resolución que regulaba el reglamento de contratación de la entidad, debían regir el proceso de selección de sus contratistas.

De igual forma, señaló que la empresa incumplió el deber superior de defender el patrimonio público, pues no estableció el precio del contrato a partir de instrumentos idóneos de determinación de costos eficientes y tampoco hizo uso de mecanismos apropiados de formación de precios, resultantes de la libre interacción de la oferta y la demanda, en condiciones de competencia, como lo exigen los artículos 209, 334 y 365 de la Constitución Política y las Leyes 142 de 1994 y 489 de 1998.

Como consecuencia de lo expuesto, la sentencia declaró la nulidad absoluta del contrato celebrado por EMCALI, por faltas graves contra la moralidad administrativa y la defensa del patrimonio público.

De esta manera, la Sección Tercera del Consejo de Estado reiteró la eficacia directa que tienen los principios de la función administrativa en la formación y celebración de los contratos estatales sujetos al derecho privado, la cual se traduce, fundamentalmente, en la exigencia de realizar procesos de selección objetiva de sus contratistas, que garanticen los principios de buena fe, igualdad, transparencia y libertad de concurrencia y que permitan adjudicar el contrato a la persona que presente *“la mejor propuesta”*.

Puede observarse que una de las principales

preocupaciones esbozadas en estas tres providencias atiende al respeto de la libre concurrencia en los procesos de selección de los contratistas de las entidades estatales regidas por el derecho privado y los principios de la función administrativa, que no es sino un corolario del principio de igualdad y no discriminación en los procesos de selección.

Por su parte, en la Sentencia del 12 de febrero de 2014⁵⁴, se decidió una demanda de nulidad y restablecimiento instaurada en contra de una comunicación emitida por el Banco Agrario de Colombia, mediante la cual informó que no adjudicaría la invitación privada realizada por esta entidad para el suministro, instalación y montaje de hardware, software y los sistemas eléctricos y de cableado estructurado para la ampliación del sistema en línea de 40 oficinas.

De acuerdo con la normatividad vigente para la época de los hechos [2001-2002]⁵⁵ la Sección Tercera del Consejo de Estado señaló que la sujeción al derecho privado y la correspondiente exclusión de las entidades de crédito, de seguros y financieras de carácter estatal del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, no implica que estas entidades pueden

⁵⁴ Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección A. Sentencia del 12 de febrero de 2014. Rad. nº. 250002326000200000581 01. Exp. 28209. C.P. Mauricio Fajardo.

⁵⁵ Para esta fecha, el marco legal para la contratación de las entidades financieras estatales se establecía de acuerdo con dos criterios: el objeto del contrato y la cuantía del mismo, según lo dispuesto en las siguientes normas: En primer lugar, la Ley 80 de 1993, en el parágrafo 1 del artículo 32, disponía que los contratos de las entidades financieras de carácter estatal, con excepción de la fiducia y el encargo fiduciario, en cuanto *“correspondan al giro ordinario de las actividades propias del objeto social”*, no estaban sujetos a las disposiciones del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, contenido en la mencionada Ley. Por su parte, el Decreto Reglamentario 679 de 1994, al desarrollar y precisar el alcance de la norma legal en cita, en su artículo 21, determinó lo siguiente: *“Por tanto no estarán sujetos a dicha ley los contratos que celebren dichas entidades para desarrollar directamente operaciones autorizadas o reguladas por el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero. Tampoco estarán sujetos a dicha ley aquellos contratos que se efectúen en forma conexa con tales operaciones, siempre y cuando el valor del contrato conexo no exceda de mil salarios mínimos legales mensuales o del dos por ciento [2%] del presupuesto de la entidad, si esta cifra fuere superior a aquélla.”* Resaltado fuera de texto.

desatender en su actividad los principios de la función administrativa a los cuales están sujetas y desatender el interés público que se reconoce constitucionalmente a las entidades financieras [art. 335 C.P.], con independencia del régimen jurídico al cual estén sometidas.

Bajo estos presupuestos, y en aplicación concreta de los principios de buena fe y los de publicidad e imparcialidad que rigen las actuaciones administrativas, la sentencia concluyó que la entidad estaba en la obligación de motivar de manera clara, expresa y precisa su decisión de dar por terminado el proceso precontractual, pero no lo hizo. En razón a lo expuesto, y teniendo en cuenta que el demandante acreditó haber presentado la mejor oferta, declaró la nulidad del acto administrativo mediante el cual la entidad decidió no adjudicar el contrato y, en consecuencia, la nulidad absoluta del contrato estatal y condenó al pago de perjuicios a favor del demandante.

De manera más reciente, se destaca la Sentencia del 3 de septiembre de 2020⁵⁶, relativa a la demanda instaurada en contra de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá, para que se declarara la nulidad de un acto de “*Aceptación de oferta*” y, por ende, la nulidad absoluta del contrato celebrado por la entidad, así como la consecuente indemnización de perjuicios por no haberse celebrado el contrato con ella.

En la decisión, el Consejo de Estado examinó la actuación precontractual de la entidad estatal a la luz de los principios y reglas del derecho privado, así como de los principios de la función administrativa. En relación con los primeros, señaló

que la invitación a presentar ofertas formulada por la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá [EAAB] no se había configurado como una oferta en los términos de los artículos 844 y 860 del C.Co, y, por lo tanto, no pudo dar lugar a la revocatoria de oferta alguna y, en consecuencia, tampoco a la responsabilidad que de esta se deriva.

No obstante, también consideró que la entidad realizó la invitación a presentar ofertas con desconocimiento de los deberes de lealtad y corrección derivadas de la buena fe, principio que rige la etapa de formación de sus contratos de conformidad con el art. 863 C.Co. En específico, increpó a la empresa por no haber formulado la invitación en forma *clara, precisa y completa*, pues como dicho documento contenía una contradicción relativa a la evaluación económica, la cual afectó la decisión de adjudicar el contrato, pues las condiciones nunca estuvieron claras para los proponentes y permitió una valoración subjetiva por parte de la entidad para la adjudicación del contrato.

Por estas mismas razones, también consideró que la entidad había transgredido los principios de la función administrativa, en especial el de igualdad e imparcialidad, contemplados en el artículo 209 constitucional, así como los principios a los cuales se sujetó la entidad en su manual de contratación [verbi gracia los de igualdad, imparcialidad y transparencia] y los cuales debía observar como precepto orientador de su conducta, en los procesos de selección de sus contratistas.

A pesar de lo expuesto, la sentencia advirtió que el demandante no probó que las contravenciones en la que incurrió la EAAB, en la formulación de

⁵⁶ Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia de Unificación del 3 de septiembre de 2020. Rad. n°. 25000-23-26-000-2009-00131-01 [42003]. C.P. Alberto Montaña.



la invitación a presentar ofertas y en el respectivo acto de adjudicación, hubieran afectado su esfera patrimonial, ni que su oferta fuera la mejor. Por esta razón, no condenó a la indemnización de perjuicios a favor del demandante.

En esta sentencia se observa el esfuerzo de la jurisprudencia para armonizar la aplicación de las reglas de derecho privado y los principios de la función administrativa en las actuaciones adelantadas por las entidades exceptuadas de la Ley 80 de 1993, lo cual no resulta fácil y evidencia la ausencia de criterios objetivos para determinar su contenido y alcance.

Prueba de esto se verifica en los argumentos expuestos en uno de los salvamentos de voto presentados a la referida sentencia⁵⁷, en el que se critica este ejercicio, al considerar, por un lado, que la obligación de obrar de buena fe no implica, de ninguna manera, que al formular una invitación a presentar oferta el particular deba establecer reglas completas que lo obliguen a examinar las propuestas conforme con ellas y a celebrar el contrato con quien presente la mejor oferta. Por el otro, por reprochar en nombre de los principios de la función administrativa que la entidad no haya formulado la invitación con reglas claras y completas, lo que permite inferir que de acuerdo con la sentencia la invitación sí obliga a la entidad, “[...] pues no solo debe adoptar reglas con ese contenido, sino que debe respetarlas al hacer la adjudicación [...]”⁵⁸. De modo que la providencia, según esta opinión, termina por desdibujar el análisis realizado sobre la diferencia existente entre una invitación a presentar oferta y una oferta mercantil en los términos de los art. 844 y 860 C.Co.

⁵⁷ Salvamento de voto de Martín Bermúdez a la Sentencia de Unificación del 3 de septiembre de 2020. Rad. n°. 25000-23-26-000-2009-00131-01 [42003]. Op., cit.

⁵⁸ *Ibidem*.

Ahora bien, esbozados los diferentes pronunciamientos del Consejo de Estado sobre el contenido y alcance de la aplicación de los principios de la función administrativa a las entidades regidas por el derecho privado es importante exponer algunas conclusiones y reflexiones sobre las decisiones y argumentos que se han presentado sobre el régimen jurídico aplicable a estos, las cuales se pueden sintetizar así:

1. La dificultad de conciliar las reglas de derecho privado con los principios de la función administrativa. Si bien se entiende la finalidad perseguida por la jurisprudencia y por el legislador al sujetar a las entidades exceptuadas del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública a los principios de la función administrativa, es evidente la problemática que este esquema comporta. Entre ellas, el distinto alcance que se ha atribuido a los principios y reglas del derecho privado, en especial al principio de buena fe contractual, y el grado de indeterminación que adquiere la aplicación de los principios de la función administrativa en cada caso concreto.
2. Lo anterior, determina una inseguridad jurídica en relación con los parámetros de valoración de las actuaciones adelantadas por estas entidades y la consecuente posibilidad de declarar su invalidez y la de los contratos celebrados con transgresión del régimen jurídico mixto al cual están sometidos.
3. En todo caso, en cuanto a los diferentes principios de la función administrativa se observa la necesidad de distinguir sus distintos efectos jurídicos sobre la licitud de la actuación,



dependiendo de la naturaleza de la actividad desarrollada por la empresa. Mención especial merece el caso de las entidades que actúan en un mercado de libre competencia. En particular, es evidente que principios como los de libre competencia, igualdad y no discriminación deben adquirir especial importancia y aplicación en los procesos de selección de los contratistas de las entidades públicas, mientras resulta muy incierto la procedencia de aplicar principios como los de eficacia, economía y celeridad, para concluir con el reproche jurídico de la respectiva actuación.

4. La aplicación de los principios de la función administrativa a las actuaciones de las entidades estatales exceptuadas de la Ley 80 de 1993 adquiere un grado de intensidad distinto en las etapas precontractual y contractual. Así, mientras en la definición del contenido del contrato la jurisprudencia parece orientada a afirmar la prevalencia de la autonomía contractual, es evidente que en los actos precontractuales existe una aplicación más intensa de los principios de la función administrativa.

Aunque la jurisprudencia no lo señala, el énfasis de controlar las actuaciones de la etapa precontractual se fundamenta seguramente en esta etapa precontractual se demarcan y delimitan la casi totalidad de las condiciones, no solo del proceso de selección del contratista, sino del contenido mismo del contrato, tal y como sucede con el régimen del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.

5. En la etapa precontractual, la aplicación de los principios de la función administrativa a estas

entidades se ha traducido, fundamentalmente, en la exigencia de adelantar procesos de selección objetiva de sus contratistas, a pesar de no estar sujetas a los procedimientos y requisitos reglados por el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. Es importante precisar que no se trata de exigir las mismas etapas, procedimientos y términos de la Ley 80 de 1993 y su reglamento.

En este sentido, la jurisprudencia se ha orientado a exigir a estas entidades el cumplimiento de los principios de libre competencia e igualdad de los interesados en contratar con la Administración, así como la transparencia en la selección del contratista, de conformidad con las reglas previamente fijadas por la entidad en su invitación a presentar ofertas y en sus manuales de contratación.

6. De acuerdo con los pronunciamientos expuestos, la aplicación de los principios de selección objetiva a las entidades estatales regidas por el derecho privado y los principios de la función administrativa, no solo se fundamenta en la estrecha relación que existe entre estos principios y los de selección objetiva, sino, además, en su naturaleza de entidades públicas, lo que implica que por disposición del art. 3 de la Ley 489 de 1998 deben ejercer su función administrativa:

[...] conforme a los principios constitucionales, en particular los atinentes a la buena fe, igualdad, moralidad, celeridad, economía, imparcialidad, eficacia, eficiencia, participación, publicidad, responsabilidad y transparencia. Los principios anteriores se aplicarán, igualmente, en la prestación de servicios públicos, en cuanto fueren compatibles con su naturaleza y régimen.



7. De manera concreta, entre las conductas que a juicio de la jurisprudencia deben ser observadas por estas entidades regidas por el derecho privado y los principios de la función administrativa para cumplir con el deber de selección objetiva, se encuentran, entre otras, las siguientes:

- I) La exigencia de adelantar procesos de selección de contratistas en los que se garantice la libre concurrencia de todos los interesados y, como consecuencias de esto, se obtengan las mejores condiciones de contratación para la entidad, de acuerdo con las leyes de la oferta y la demanda existente en el mercado [caso EMCALI].
- II) La obligación de adelantar los procesos de selección de contratistas bajo el principio de libre concurrencia, sin que este pueda evadirse so pretexto de realizar contratos adicionales, sin límite de cuantía o de objeto [caso EDATEL].
- III) La estricta observancia de las reglas establecidas por la entidad en los reglamentos internos de contratación [caso EDATEL y EAAB].
- IV) La exigencia de formular “*invitaciones a presentar ofertas*” claras, precisas y completas, con fundamento en las cuales se elija “*la mejor propuesta*” [caso EAAB].
- V) La obligación de culminar el proceso de selección con la elección de la mejor propuesta o de motivar de manera clara, expresa y precisa su decisión de dar por terminado el proceso precontractual [caso Banco Agrario- Sent. 2016].
- VI) En general, el deber de elegir “la mejor” propuesta, de acuerdo con las reglas previamente establecidas por la entidad [caso Banco Agrario-Sent. 2014].

8. Este escenario muestra el grado de indeterminación y por tanto de inseguridad jurídica que existe en la aplicación de los principios de la función administrativa en procesos contractuales que no están sometidos a las reglas y procedimientos de la Ley 80 de 1993 y están gobernados prevalentemente por la autonomía contractual en la elección de sus contratistas.

9. Estas circunstancias evidencian la necesidad de que el legislador determine los principios de selección objetiva a los que deben estar sujetas las entidades estatales con régimen contractual exceptuado del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, en especial, los principios de libre concurrencia, de igualdad de trato y de transparencia en la selección de los contratistas.

Asimismo, que determine las reglas mínimas con las cuales las entidades deben desarrollar estos principios, entre ellas, la determinación de una cuantía mínima fijada en salarios mínimos legales mensuales vigentes (SMMLV), por debajo de la cual se puedan realizar procesos de contratación directa y a partir de la cual sea necesario aplicar el principio de libre concurrencia; límites para la modificación o adición de contratos, entre otras.

10. Exigir que se respeten los principios de la libre competencia no es nada ajeno al derecho privado, en un modelo de Estado regido por la libre iniciativa privada y la libre competencia, en los términos de los artículos 333 y 334 C.P. Una situación similar para preservar la libre competencia, y sus principios de transparencia e igualdad de trato y no discriminación, se



observa en varias de las sentencias del Tribunal de Justicia Europeo (TJUE), relacionadas con regímenes que no tienen un modelo preponderante de derecho administrativo⁵⁹.

11. En síntesis, de las providencias analizadas podría señalarse que las entidades estatales exceptuadas del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública tienen la flexibilidad y autonomía propia del derecho privado, sin detrimento de las reglas propias de garantía del derecho a la competencia, las cuales deben reflejarse en sus manuales de contratación, en términos claros y concretos, y con respeto a los principios de igualdad de oportunidades, de libre concurrencia, de transparencia y publicidad en sus actuaciones.

12. Por todo lo expuesto, es aconsejable adoptar una regulación, en la que los procesos precontractuales celebrados por estas entidades estén gobernados por unas reglas mínimas, que incluye la exigencia de que estas entidades expidan manuales internos en los que regulen sus procedimientos de contratación, con sujeción a los principios de publicidad, concurrencia, transparencia, confidencialidad e igualdad, así como la posibilidad de realizar contrataciones directas, en contratos con un monto determinado fijado por la misma ley.

Al respecto, es interesante observar que en la legislación española, en armonía con la jurisprudencia de la Unión Europea, se aplican estos principios tanto a los poderes adjudicadores⁶⁰ regulados por la Ley de Contratos del Sector Público⁶¹, como a los poderes no adjudicadores que tienen un régimen distinto⁶².

3. Efectos de la aplicación del régimen de derecho privado y de los principios de la función administrativa

60 De acuerdo con el art. 3, numeral 3 de la Ley 9 de 2017, las entidades que se consideran poderes adjudicadores son: a) Las Administraciones Públicas; b) Las fundaciones públicas; c) Las Mutuas colaboradoras con la Seguridad Social; d) Todas las demás entidades con personalidad jurídica propia distintas de las expresadas en las letras anteriores que hayan sido creadas específicamente para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil, siempre que uno o varios sujetos que deban considerarse poder adjudicador de acuerdo con los criterios de este apartado 3, bien finan cien mayoritariamente su actividad; bien controlen su gestión; o bien nombren a más de la mitad de los miembros de su órgano de administración, dirección o vigilancia y, e) Las asociaciones constituidas por las entidades mencionadas en las letras anteriores. Por su parte, los artículos 4 al 11 regulan los contratos excluidos de la Ley de Contratos del Sector Público.

61 Ley 9 de 2017, Ley de contratos del Sector Público.

62 Art. 321 de la Ley 9 de 2017, Ley de contratos del Sector Público:

Adjudicación de contratos de las entidades del sector público que no tengan el carácter de poderes adjudicadores. La adjudicación de contratos por las entidades del sector público que no tengan la condición de poderes adjudicadores se ajustará a las siguientes reglas:

1. Los órganos competentes de estas entidades aprobarán unas instrucciones en las que regulen los procedimientos de contratación de forma que quede garantizada la efectividad de los principios de publicidad, concurrencia, transparencia, confidencialidad, igualdad y no oferta, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 145. Estas instrucciones se pondrán a disposición de todos los interesados en participar en los procedimientos de adjudicación de los contratos regulados por ellas y se publicarán en el perfil de contratante de la entidad.

En el ámbito del sector público estatal, la aprobación de las instrucciones requerirá el informe previo del órgano al que corresponda el asesoramiento jurídico de la entidad.

2. No obstante lo indicado en el apartado anterior, los órganos competentes de las entidades a que se refiere este artículo podrán adjudicar contratos sin aplicar las instrucciones aprobadas por ellos con sujeción a las siguientes reglas:

a) Los contratos de valor estimado inferior a 40.000 euros, cuando se trate de contratos de obras, o a 15.000 euros, cuando se trate de contratos de servicios y suministros, podrán adjudicarse directamente a cualquier empresario con capacidad de obrar y que cuente con la habilitación que, en su caso, sea necesaria para realizar la prestación objeto del contrato.

b) Los contratos o acuerdos de valor estimado igual o superior a los indicados en la letra anterior o los que se concierten para la selección de proveedores se sujetarán, como mínimo, a las siguientes reglas, respetándose en todo caso los principios de igualdad, no discriminación, transparencia, publicidad y libre concurrencia:

[...] 3. Para las operaciones propias de su tráfico, las entidades a que se refiere este artículo podrán establecer sistemas para la racionalización de la contratación, tales como acuerdos marco, sistemas dinámicos de adquisición o la homologación de proveedores. El procedimiento para ser incluido en dichos sistemas deberá ser transparente y no discriminatorio debiendo publicarse el mismo en el perfil de contratante. [...]. Resaltado fuera del texto.

59 Los principios de igualdad de trato y no discriminación por razones de nacionalidad implican una obligación de transparencia que, con arreglo a la jurisprudencia del TJUE, «consiste en garantizar, en beneficio de todo licitador potencial, una publicidad adecuada que permita abrir a la competencia el mercado de servicios y controlar la imparcialidad de los procedimientos de adjudicación». De esta forma y sin ánimo de exhaustividad, entre las exigencias que se derivan directamente del Tratado se encuentra la necesidad de dotar al procedimiento de adjudicación de una publicidad adecuada [STJUE de 15/10/2009, *Acosef*], la exigencia de que los requisitos y modalidades de la licitación se formulen de forma de manera [sic] clara, precisa e inequívoca [STJUE de 16/12/2012, *Marcello Costa*] y la imposibilidad de modificar los elementos esenciales de un contrato una vez éste ha sido adjudicado [TJUE de 29/4/2004, *Succhi di Frutta*]. I. GALLEGÓ CÓRCOLES. *El derecho de la contratación pública: evolución normativa y configuración actual*. AA.VV. Tratado de contratos del Sector Público. Tomo I. Directores: Eduardo Camero Casado E Isabel Gallego Córcoles.



3.1. La no modificación de la calidad de contrato estatal de los negocios celebrados por las entidades estatales

Un aspecto sobre el que parece existir un grado de consenso en la jurisprudencia del Consejo de Estado es que independientemente del régimen aplicable a una entidad estatal, regulada prevalentemente por el derecho privado, lo cierto es que no modifica la calidad de contrato estatal de los negocios que se celebran.

En efecto, el Consejo de Estado ha señalado en reiteradas ocasiones que la naturaleza del contrato no depende de su régimen jurídico. A partir de un criterio orgánico, ha expuesto que serán considerados contratos estatales aquellos que celebren las entidades de igual naturaleza. En este sentido, ha manifestado la Corporación lo siguiente:

"De este modo, son contratos estatales 'todos los contratos que celebren las entidades públicas del Estado, ya sea que se regulen por el Estatuto General de Contratación Administrativa o que estén sujetos a regímenes especiales'; y estos últimos, donde encajan los que celebran las empresas oficiales que prestan servicios públicos domiciliarios, son objeto de control por parte del juez administrativo, caso en el cual las normas procesales aplicables a los trámites que ante éste se surtan no podrán ser otras que las del derecho administrativo y las que en particular existan para este tipo de procedimientos, sin que incida la normatividad sustantiva que se le aplique a los contratos"⁶³.

De conformidad con lo anterior, la determinación de la naturaleza jurídica de los contratos estatales radica en la naturaleza de la entidad que lo celebra y no en el régimen jurídico al cual está sometido.

⁶³ Consejo de Estado. Sala Contencioso Administrativa. Auto de 20 de agosto de 1998. Exp. 14.202. C. P. Juan de Dios Montes Hernández. Esta posición ha sido expuesta en otros fallos, en la Sentencia del 13 de abril de 2011. 25000-23-26-000-2005-00280-01[37423]. C.P. Jaime O. Santofimio.

Esta conclusión resulta relevante en vigencia del artículo 82 del CCA, la cual atendía a un criterio material para asignar la competencia de lo jurisdicción contencioso administrativo⁶⁴, razón por la cual se ponía en discusión si los contratos estatales celebrados por empresas sometidas al derecho privado debían ser o no conocidas por la jurisdicción contencioso administrativo.

Luego, el referido criterio material fue sustituido por uno orgánico, a partir de la reforma que le introdujo la Ley 1107 de 2006, en virtud del cual, si el sujeto prestador del servicio público domiciliario involucrado en la controversia era una entidad pública, el conocimiento de esta correspondería a la jurisdicción de lo contencioso administrativo⁶⁵.

Finalmente, este criterio objetivo fue adoptado por el art. 104 de la Ley 1437 de 2011⁶⁶, CPACA,

⁶⁴ Texto modificado por la Ley 446 de 1998:

ARTÍCULO 82. La Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo está instituida para juzgar las controversias administrativas originadas en la actividad de las Entidades Públicas, y de las personas privadas que desempeñen funciones propias de los distintos órganos del Estado. Se ejerce por el Consejo de Estado, los Tribunales Administrativos y los Juzgados Administrativos de conformidad con la Constitución y la ley. [...]

Texto subrogado por el Decreto 2304 de 1989:

ARTÍCULO 82. Objeto de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. La Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo está instituida por la Constitución para juzgar las controversias y litigios administrativos originados en la actividad de las entidades públicas y de las personas privadas que desempeñen funciones administrativas. Se ejerce por el Consejo de Estado y los Tribunales Administrativos de conformidad con la Constitución y la Ley. [...]

Texto original del Decreto 1 de 1984:

ARTÍCULO 82. Objeto de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. La Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. La jurisdicción en lo contencioso administrativo está instituida para juzgar las controversias originadas en actos y hechos administrativos de las entidades públicas, y de las privadas cuando cumplan funciones públicas. Se ejercerá por el Consejo de Estado y los Tribunales Administrativos de conformidad con la Constitución Política y la ley. [...]

⁶⁵ Art. 82 del CCA, modificado por el art. 1 de la Ley 1107 de 2006. La jurisdicción de lo contencioso administrativo está instituida para juzgar las controversias y litigios originados en la actividad de las entidades públicas incluidas las sociedades de economía mixta con capital público superior al 50% y de las personas privadas que desempeñen funciones propias de los distintos órganos del Estado. Se ejerce por el Consejo de Estado, los tribunales administrativos y los juzgados administrativos de conformidad con la Constitución y la ley. [...]

⁶⁶ Artículo 104 numeral 2 del CPACA. La jurisdicción de lo contencioso administrativo está instituida para conocer de lo relativo a contratos, cualquiera que sea su régimen, en los que sea parte una entidad pública o un particular en ejercicio de funciones propias del Estado. Esta norma debe conciliarse con el artículo 105 que consagra las excepciones sobre asuntos que no conoce esta jurisdicción, entre ellos, las controversias relativas a contratos celebrados por entidades públicas que tengan el carácter de instituciones financieras, aseguradoras, intermediarios de seguros o intermediarios de valores vigilados por la Superintendencia Financiera cuando correspondan al giro ordinario de sus



en virtud del cual, el control judicial de la actividad contractual de los contratos estatales, independiente de su régimen, está atribuida a la jurisdicción contenciosa administrativa.

3.2. La calificación jurídica de los actos precontractuales y contractuales y su respectivo medio de control judicial

Se puede afirmar que el tema de mayor discusión en relación con el alcance y efectos del art. 13 de la Ley 1150 de 2007 corresponde a la naturaleza jurídica de los actos precontractuales y contractuales emitidos por las entidades estatales sometidas al régimen de derecho privado y a los principios de la función administrativa y, por ende, el medio de control judicial y los efectos jurídicos que proceden ante la transgresión del régimen mixto al cual están sujetos.

Una primera tesis señala que, al estar regidas por el derecho privado y, por ende, ser emitidas con fundamento en la autonomía negocial, las actuaciones contractuales de estas entidades, especialmente las de naturaleza precontractual, son actos de naturaleza privada, que se deben regir por el derecho común y no por el derecho público, razón por la cual no se constituyen en actos administrativos sujeto al control de nulidad y restablecimiento del derecho.

Por su parte, una segunda tesis sostiene que, aunque los contratos de estas entidades están sometidos al derecho privado, también por disposición de la ley sus actuaciones están sometidas a lo dispuesto en los artículos 209 y 267 de la C.P., y su conocimiento fue adjudicado a la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

negocios, incluyendo los procesos ejecutivos.

Por estas razones, las actuaciones contractuales de estas entidades deben considerarse actos administrativos que deben ser juzgados a través de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho⁶⁷. En este sentido, se afirma que el régimen sustantivo aplicable a estos actos no afecta la naturaleza de las decisiones adoptadas por la administración, las cuáles serán actos administrativos siempre que cumplan con los requisitos necesarios para su configuración.

En un primer momento, el Consejo de Estado, mediante Auto del 23 de septiembre de 1997⁶⁸, acogió la primera posición, señalando que *“los actos de las empresas de servicios públicos domiciliarios son, por regla general, actos privados [32], salvo los enunciados en el antecitado inc. 1 del art. 154, que serán materialmente actos administrativos”*⁶⁹.

No obstante, la primera línea jurisprudencial que hizo curso en la jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado fue la calificación de los actos precontractuales y contractuales emitidos por las entidades estatales sujetas al derecho privado, como verdaderos actos administrativos, con la incidencia que esto representa sobre los medios de control que admiten, en particular, la acción de nulidad y restablecimiento del derecho. En este sentido se destaca, en primer lugar, la Sentencia del 20 de abril de 2005⁷⁰, previamente citada, en la que el alto tribunal conoció de una demanda de nulidad de un acto de adjudicación

⁶⁷ Para una síntesis detallada de esta tesis ver, especialmente, el salvamento de voto de María Adriana Marín a la Sentencia de Unificación del 3 de septiembre de 2020. Rad. n.º. 25000-23-26-000-2009-00131-01 [42003]. Op., cit.

⁶⁸ Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Auto de 23 de septiembre de 1997, exp. S-701.

⁶⁹ *Ibidem*.

⁷⁰ Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 20 de abril de 2005. Rad., n.º. 73001-23-31-000-1995-03243-01[14519]. C.P. Ramiro Saavedra. Exp. 14519.



de un contrato expedido por la Universidad del Tolima, que en su calidad de universidad pública y por disposición de la Ley 32 de 1992 está sujeta al régimen de derecho privado.

Señala la sentencia que, no obstante su sometimiento al derecho privado, los actos y contratos de esta universidad debían observar los principios de economía y selección objetiva que orientan la función administrativa; por lo tanto, los procesos de selección de sus contratistas, aun cuando se tramitaran a través de un proceso de contratación directa, y no de una licitación pública, debían culminar con un acto administrativo mediante el cual se decidiera sobre la adjudicación del contrato a la persona que presentó la mejor propuesta⁷¹.

Más adelante se encuentra la Sentencia del 13 de abril de 2011⁷², mediante la cual la Sección Tercera del Consejo de Estado se pronunció sobre la naturaleza jurídica del manual de contratación expedido por la ETB y la cual se convirtió en un pronunciamiento hito para la calificación de los actos precontractuales emitidos por las entidades estatales regidas por el derecho privado, específicamente las de las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios.

En la referida decisión, el alto tribunal estableció que el manual de contratación expedido por la ETB se constituía en un acto administrativo susceptible de ser controlado a través de la

acción de nulidad y restablecimiento del derecho, teniendo en cuenta que dicho manual no era nada distinto que una manifestación de la competencia otorgada por la propia Ley 142 de 1994 a las empresas de servicios públicos domiciliarios para dictar todos los actos necesarios para su administración. De acuerdo con la providencia, dicho manual se constituía en un verdadero acto administrativo, de un lado, en virtud del capital 100% estatal de la empresa de servicios públicos, lo que determinaba que había sido expedido en ejercicio de funciones administrativas, y del otro, por su aptitud de producir efectos jurídicos tales como la creación, modificación o extinción de situaciones jurídicas generales o particulares⁷³.

En este orden de ideas, la sentencia concluyó que, con independencia de la aplicación prevalente de las normas de derecho privado, algunas medidas o actos de las empresas de servicios públicos domiciliarios, más aún cuando se trate de empresas oficiales, cuyas actuaciones implican una manifestación unilateral de la voluntad estatal, deben ser calificados como actos administrativos, pues son producto del ejercicio de prerrogativas públicas y de actos de autoridad en materias ligadas con los fines sociales del Estado.

Con esta providencia se comenzó a consolidar una línea jurisprudencial que califica como actos administrativos los actos previos dirigidos a señalar las reglas y los procedimientos de selección de contratistas de las entidades estatales sometidas al derecho privado (manuales internos de contratación); tesis que, a su vez, se fue extendiendo de manera general a los actos precontractuales expedidos por estas entidades

⁷¹ *Ibidem*. No obstante, la Sentencia desestimó las pretensiones de la demanda, teniendo en cuenta que el demandante no logró desvirtuar la presunción de legalidad que ampara el acto administrativo de adjudicación, pues no probó que el contrato no fue adjudicado a la oferta más favorable para la entidad.

⁷² Sentencia del 13 de abril de 2011. Rad. n.º 25000-23-26-000-2005-00280-01[37423]. Op., cit. Posición reiterada, entre otras, en las siguientes sentencias del Consejo de Estado: Sentencia del 2 diciembre de 2013. Rad. 76001-23-31-000-2005-02130-01[AP]. Op. Cit.; Sentencia del 24 de octubre de 2016. Rad. n.º. 41001-23-31-000-2007-00104-01[45607]. C.P. Marta Nubia Velásquez Rico y Sentencia del 20 de febrero de 2017. Rad. n.º. 05001-23-31-000-2003-04466-02[56562]. Op., cit.

⁷³ Consejo de Estado. Sentencia del 13 de abril de 2011. Op. Cit. En sentido similar ver: Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección A. Sentencia del 24 de octubre de 2016. Rad. n.º. 41001-23-31-000-2007-00104-01[45607]. Op., cit.



públicas en la selección de sus contratistas.

Lo anterior, en consideración a criterios que se pueden sintetizar así: i) La naturaleza pública de la entidad que expide el acto, en virtud de la cual se deduce que se trata de un acto expedido en ejercicio de una función administrativa; ii) el contenido del acto, el cual se configura como una manifestación unilateral de la administración dirigida a crear efectos jurídicos; iii) el interés general involucrado en las actuaciones precontractuales de estas entidades estatales, iv) la exigencia de protección de los recursos públicos que administran y, v) la incuestionable aplicación de los principios de la función administrativa a sus actuaciones contractuales, ampliamente reconocida por la jurisprudencia y positivizada por el art. 13 de la Ley 1150 de 2017.

En esta misma línea se ubica la Sentencia del 9 de octubre de 2013⁷⁴, previamente citada, en la que se solicitó la nulidad de un acto de adjudicación emitido por el Banco Agrario de Colombia y, como consecuencia de ella, la nulidad absoluta del contrato de prestación de servicios celebrado por la entidad.

Una vez reprochado el acto mediante el cual el Banco adjudicó el contrato al Banco al proponente que presentó la propuesta más conveniente para la entidad – y no al que objetivamente presentó la mejor propuesta- por considerarlo contraria a la buena fe y a los principios de la función administrativa consagrados en el art. 209 C. P., particularmente los principios de imparcialidad, igualdad y moralidad (el cual incluye a juicio del tribunal el de transparencia), la providencia declaró

la nulidad del acto administrativo de adjudicación, la nulidad absoluta del contrato y condenó a la entidad al pago de perjuicios⁷⁵.

En un sentido similar se verifica el pronunciamiento de la Sentencia del 12 de febrero de 2014⁷⁶, antes citada, en relación con la comunicación emitida por el Banco Agrario de Colombia, mediante la cual informó que no adjudicaría la invitación privada realizada por esta entidad para el suministro, instalación y montaje de hardware, software y los sistemas eléctricos y de cableado estructurado para la ampliación del sistema en línea de 40 oficinas.

Al momento de analizar la naturaleza jurídica del acto demandado, la sentencia concluyó que estos actos precontractuales emitidos por las entidades estatales sometidas al régimen de derecho privado son verdaderos actos administrativos, por constituir una manifestación unilateral de voluntad de una autoridad administrativa - en ejercicio de su función administrativa-, dirigidos a producir efectos jurídicos.

Bajo estos presupuestos, el proveído concluyó que la entidad estaba en la obligación de motivar de manera clara, expresa y precisa su decisión de dar por terminado el proceso precontractual, pero no lo hizo. En razón a lo expuesto, y teniendo en cuenta que el demandante acreditó haber presentado la mejor oferta, declaró la nulidad del acto administrativo mediante el cual

⁷⁵ La indemnización de perjuicios se determinó teniendo en cuenta el derecho que le asistía al demandante “[...] a participar en un procedimiento de selección recto y ajustado a las previsiones legales y con ese convencimiento depositó su confianza, invirtió su tiempo y sus esfuerzos con la sana expectativa de resultar favorecido con la escogencia, a lo cual se agrega que demostró en este proceso que tenía legítimo derecho a la adjudicación del contrato por haber presentado la propuesta calificada con el mejor puntaje”.

⁷⁶ Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 12 de febrero de 2014. Rad. n°. 250002326000200000581 01. Op., cit.

⁷⁴ Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 9 de octubre de 2013. Rad. n°. 25000-23-26-000-2002-01282-01[30763]. Op., cit.



la entidad decidió no adjudicar el contrato y, en consecuencia, la nulidad absoluta del contrato estatal y condenó al pago de perjuicios a favor del demandante.

En la misma línea se ubica la Sentencia del 27 de enero de 2016⁷⁷, pero en relación con la fase de ejecución del contrato, en la cual se pronunció sobre la acción de controversias contractuales presentada por la Sociedad I.A. S.A. Ingenieros Asociados, contra Empresas Públicas de Medellín E.S.P.

En este caso el demandante solicitó la indemnización de perjuicios por el incremento en los porcentajes de los impuestos con posterioridad a la presentación de la oferta, más los intereses moratorios ocasionados a título de restablecimiento del equilibrio financiero del contrato.

En su decisión, el alto tribunal concluye que, en razón a que las peticiones del demandante estaban encaminadas al restablecimiento del equilibrio económico del contrato, debió demandar la nulidad de los actos administrativos por medio de los cuales ya la Administración le había negado el reconocimiento y pago de dichas sumas. En consecuencia, teniendo en cuenta que los referidos actos administrativos se encontraban en firme y produciendo sus efectos jurídicos, pues no habían sido atacados por los demandantes, el alto tribunal revoca la decisión de primera instancia y niega las pretensiones de la demanda.

Un importante giro a esta línea jurisprudencial, pero en relación con la fase de ejecución del

contrato, parece verificarse en la Sentencia del 20 de febrero de 2017⁷⁸. En este proveído, el Consejo de Estado se pronunció sobre la naturaleza contractual de los actos emitidos por una entidad estatal sujeta al régimen de derecho privado, con fundamento en cláusulas negociales que otorgan facultades unilaterales a la Administración en caso de incumplimiento. Entre ellas, la cláusula de imposición de multa, de terminación unilateral del contrato o de liquidación unilateral.

Bajo la consideración de que los actos emitidos en ejercicio de las facultades otorgadas por estas cláusulas tienen como fundamento la autonomía privada, cuyo régimen corresponde al derecho privado, el alto tribunal concluyó que se trata de meros actos contractuales y no de actos administrativos expedidos en ejercicio de potestades excepcionales, de manera que su control judicial debe darse por vía de incumplimiento contractual y no por vía de nulidad, pues con su expedición se vulnera una norma convencional y no legal.

Lo anterior, sin perjuicio de aclarar, por un lado, que la autoridad competente para conocer el control judicial de estas cláusulas o de los actos a través de los cuales se ejercen es la contenciosa administrativa, en atención a la naturaleza pública de la entidad contratante [criterio orgánico]. Por el otro, que el ejercicio de estas cláusulas debe ser valorado a la luz del debido proceso, junto con todas las reglas que lo materializan, pues tanto los particulares como las autoridades administrativas deben sujetarse a los postulados

⁷⁷ Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 27 de enero de 2016. Rad. n.º. 05001-23-31-000-2002-02072-01(48812). C.P. Jaime Orlando Santofimio.

⁷⁸ Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 20 de febrero de 2017. C.P. Jaime Orlando Santofimio. Rad. n.º. 05001-23-31-000-2003-04466-02[56562]. La sentencia se pronunció sobre la acción de controversias contractuales presentada por Ariel Aguirre Ocampo - Seguros Generales Suramericana S.A. contra Empresas Públicas de Medellín - EPM.



que se desprenden del debido proceso, bien sea que su relación se encuentre amparada en una estipulación contractual que derive de la autonomía dispositiva como en una prohibición o imposición legal que establezca un poder excepcional⁷⁹.

No obstante lo expuesto, en esta misma sentencia, la Sección Tercera del Consejo de Estado reiteró que los manuales de contratación expedidos por las entidades estatales sujetas al derecho privado, para regular los procedimientos de selección de sus contratistas son actos administrativos expedidos por la entidad pública, en atención a la naturaleza jurídica de la entidad y la existencia de una manifestación unilateral de la Administración dirigida a crear efectos jurídicos.

De esta manera, se puede advertir que la providencia dejó abierta una dicotomía entre la naturaleza de “*actos administrativos*” atribuida a los manuales internos a través de los cuales las entidades exceptuadas de la Ley 80 de 1993 fijan las reglas a las cuales estarán sometidos sus procesos contractuales, y la de “*actos privados*” con la cual se califica a los actos expedidos por las mismas entidades, pero con fundamento en una cláusula contractual, que les otorga facultades unilaterales en la ejecución del contrato.

Posteriormente, la tesis relativa a los actos contractuales de naturaleza privada se mantiene en la Sentencia del 19 de julio de 2017⁸⁰, antes referida, en la que la Sección Tercera del Consejo de Estado se pronunció sobre una demanda de controversias contractuales incoada contra Ecopetrol, en razón al presunto incumplimiento

de un contrato, por el ejercicio de la cláusula de terminación unilateral del contrato incorporada en el contrato.

En este fallo, el alto tribunal reiteró que la facultad de terminación unilateral pactada por una entidad estatal regida por el derecho privado, en desarrollo de la autonomía contractual de las partes, no se constituía en un acto administrativo susceptible de control judicial a través de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho. Por lo tanto, en el análisis del presunto incumplimiento contractual por el ejercicio de esta facultad unilateral, la Corporación concluyó que la terminación unilateral del contrato por parte de Ecopetrol se llevó a cabo sin transgredir los principios y reglas de derecho privado que gobierna a este tipo de cláusulas.

En el proveído, nada se dijo puntualmente sobre la naturaleza de los actos precontractuales de las entidades públicas sujetas al régimen de derecho privado.

Sobre este tipo de actos se pronunció nuevamente la Sentencia de la Sección Tercera, del 5 de junio de 2018⁸¹, que decidió una controversia suscitada entre una Unión Temporal y la Sociedad Acueductos y Alcantarillados de Antioquia S.A. E.S.P., en la cual la demandante pretendía la declaratoria de nulidad de un “*acto de adjudicación*”. En dicha providencia, el Consejo de Estado concluyó que la expedición y el contenido de tales actos precontractuales estaban gobernados por las disposiciones del Código de Comercio y del Código Civil, pues de acuerdo con la normativa de la Ley 142 de 1994, por regla general, los actos emitidos por los

⁷⁹ *Ibidem*.

⁸⁰ Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección C. Sentencia del 19 de julio de 2017. Rad. n°. 68001-23-31-000-2011-00554-01[57394]. Op., cit.

⁸¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Sentencia de 5 de julio de 2018. Rad. n°. 05001-23-31-000-1997-02686-01[59530]. C.P. Jaime Orlando Santofimio.



prestadores de servicios públicos domiciliarios se rigen por las normas de derecho privado.

Por su parte, en la Sentencia del 19 de junio de 2019, el Consejo de Estado reiteró que los actos contractuales proferidos por estas entidades no son actos administrativos. En el caso concreto, la Corporación se pronunció sobre la acción de controversias contractuales presentada en contra de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá⁸², por el ejercicio de la facultad de terminación unilateral de un contrato y de declaratoria de los siniestros de incumplimiento y de buen manejo y correcta inversión del anticipo.

Aunque los actos a través de los cuales la entidad estatal ejerció las facultades de terminación unilateral del contrato y de declaratoria de los siniestros de incumplimiento fueron expedidos por la entidad como actos administrativos, la sentencia aclaró que son actos privados, derivados del ejercicio de la autonomía privada de las partes y no de poderes excepcionales de la Administración. Sin embargo, la corporación termina por juzgar dichos actos como verdaderos actos administrativos, bajo la consideración que, cuando la Administración ha querido “darle visos y el ropaje de acto administrativo a sus actuaciones, el juez debe, en igual medida, aproximarse al análisis como un acto administrativo”, a efectos de garantizar su efectivo control judicial.

En consecuencia, la providencia concluye que al no contar la entidad demandada con la habilitación legal para expedir los actos administrativos de terminación del contrato y de declaratoria del siniestro por incumplimiento, pues estos no traían

causa en el ejercicio de una facultad excepcional originada en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, estas actuaciones se habían adelantado sin la habilitación legal correspondiente y en desviación de las atribuciones propias del funcionario o corporación que los profirió y, en consecuencia, declaró su nulidad.

En esta misma línea jurisprudencial se ubica la Sentencia del 28 de febrero de 2020⁸³, en la cual la Sección Tercera del Consejo de Estado se pronunció sobre la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho incoada en contra del ISS, por la adjudicación y celebración de un contrato para la instalación de cableado lógico en los centros de atención ambulatoria a la que, a juicio del demandante, no era la mejor propuesta.

En consideración al régimen de derecho privado que gobierna las actuaciones de las EPS en la prestación de sus servicios⁸⁴, la referida sentencia reiteró que la aplicación del derecho privado en la fase de formación del contrato, “[...] implica que la entidad estatal se encontrará en la misma posición que el particular, es decir, que tiene la posibilidad de escoger un contratista mediante un concurso público, sin que ello signifique que emita actos administrativos”, salvo aquellos casos en los cuales la ley disponga expresamente lo contrario.

En consecuencia, advirtió que los actos precontractuales de estas entidades no están sujetas a los medios de control de los actos administrativos, sino que deben ser enjuiciados

⁸³ Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección B. Sentencia del 28 de febrero de 2020. Rad., n.º. 05001-23-31-000-1996-00657-01[31628].

⁸⁴ El artículo 275 de la Ley 100 de 1993 estableció que el Instituto de Seguros Sociales es una empresa industrial y comercial del Estado y agregó que, respecto de los servicios de salud que presta, actuaría como una entidad promotora -EPS- y prestadora de servicios de salud -IPS- con jurisdicción nacional. Por su parte, el artículo 195, estableció que el régimen jurídico de las empresas sociales del Estado, en materia contractual, al igual que las del EPS privadas, sería el derecho privado pero que podrían pactar, discrecionalmente, las cláusulas exorbitantes reguladas en la Ley 80 de 1993.

⁸² Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 19 de junio de 2019. Rad. n.º. 85001-23-31-001-2008-00076-01[39800]. Op., cit.



por la observancia o no de los deberes genéricos que se derivan de la buena fe y el respeto a las reglas que de forma unilateral establecen dichas entidades para la selección de sus contratistas, a la luz de la responsabilidad por *culpa in contrahendo*, conforme a los artículos 90 de la CN y 863 del C.Co.

En consonancia con lo anterior, el mismo proveído da un giro importante a la calificación de los manuales de contratación expedidos por las entidades estatales para la regulación de los procesos de selección a sus contratistas, al señalar que:

[...] esas reglas, aunque no constituyen actos administrativos por no ser expresión del poder de imperio del Estado, son actos de gestión contractual que se convierten en el derrotero de la negociación y, por ende, no pueden ser desconocidos o desatendidos, so pena de que ese comportamiento afecte los deberes de corrección y probidad con los que debe comportarse durante la fase de negociaciones".

Resaltado fuera de texto.

Finalmente, mediante Sentencia del 3 de septiembre de 2020⁸⁵, antes citada, la Sección Tercera del Consejo de Estado unificó su posición en relación con la naturaleza jurídica de los actos emitidos por las entidades que tienen regímenes de contratación exceptuados de la Ley 80 de 1993, especialmente de aquellos actos precontractuales proferidos por prestadores de servicios públicos domiciliarios.

La providencia unifica la jurisprudencia alrededor de las siguientes tesis:

"Salvo las excepciones expresamente establecidas en la ley vigente, los actos precontractuales de los prestadores de servicios públicos

domiciliarios no son actos administrativos y se rigen por la normatividad civil y comercial, así como, de resultar aplicables, por los principios que orientan la función administrativa. Salvo las excepciones expresamente establecidas en la ley vigente, las controversias relativas a actos precontractuales de prestadores de servicios públicos domiciliarios de conocimiento de esta jurisdicción, que no correspondan a actos administrativos, deberán tramitarse a través de la acción [medio de control en el CPACA] de reparación directa."

Bajo estos criterios y para el caso concreto, la Sala concluye que la decisión proferida por la EAAB, a través de la cual "aceptó una oferta" no es un acto administrativo y, por consiguiente, debe comprenderse como una decisión que se enmarca en la lógica del derecho privado.

En tal virtud, en razón a que el daño alegado por el actor no tuvo origen en la presunta ilegalidad de un acto administrativo, sino en un acto jurídico de carácter privado, la acción idónea era la de reparación directa, la cual, agrega el alto tribunal, "no se circunscribe a controversias que encuentren causa en hechos, omisiones y operaciones administrativas, sino que se extiende a "cualquier otra causa" lo que refuerza desde el derecho positivo nacional el carácter integrador de esta acción".

Asimismo, advierte la providencia que esta posición se encuentra en consonancia con la tesis adoptada, de tiempo atrás, por la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, según la cual la pretensión declarativa de responsabilidad por *culpa in contrahendo*, propia de los actos precontractuales, tiene fundamento en la responsabilidad extracontractual.

En relación con el alcance indemnizatorio de esta responsabilidad, vale la pena reiterar lo señalado

⁸⁵ Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia de Unificación del 3 de septiembre de 2020. Rad. nº. 25000-23-26-000-2009-00131-01 [42003]. Op., cit.



en la Sentencia del Consejo de Estado del 20 de febrero de 2020⁸⁶, en la que se cita a la Corte Suprema de Justicia en los siguientes términos:

"La Corte Suprema de Justicia ha dicho que el fundamento de la respectiva obligación resarcitoria por las conductas asumidas en la etapa de formación del contrato dependerá, según las reglas de la oferta y la demanda, de si el lazo contractual se ha perfeccionado o no⁸⁷. Cuando el contrato alcanza a perfeccionarse, existirá un derecho subjetivo al cumplimiento del contrato, lo que habilita la reclamación del interés positivo, ya sea mediante la ejecución de la obligación o el pago del valor del objeto del contrato y, en ambos casos, con la indemnización de perjuicios [art. 1546 del CC.]. En este caso, el medio de control procedente será el de controversias contractuales⁸⁸."

Por su parte, si el contrato no se perfeccionó, pero las negociaciones estaban lo suficientemente avanzadas para que el oferente confiara fundadamente en que así sucedería, o porque las reglas del proceso de negociación suponían que con él debía celebrarse el contrato, el demandante tendrá derecho al "interés negativo o de confianza"⁸⁹ y, en consecuencia, el medio de control procedente será el de reparación directa⁹⁰.

Sin duda, la tesis acogida en la sentencia de unificación de la Sección Tercera trata de ser coherente con el régimen de derecho privado al cual han sido sometidas estas entidades del Estado y la finalidad que este persigue para alguna de ellas. Esto es, permitir que actúen en condiciones de la libre iniciativa privada y con más agilidad en sus

actuaciones, de tal manera que puedan competir en el mercado, en beneficio de sus usuarios y del interés general que persiguen con el desarrollo de su actividad.

No obstante, esta tesis también plantea varias problemáticas a la luz de los principios de la función administrativa al que están sujetas las entidades estatales con régimen preponderante de derecho privado.

En relación con las actuaciones precontractuales, por ejemplo, uno de los salvamentos de voto presentados a la Sentencia de Unificación del 3 de septiembre de 2020 advierte como, a pesar de que el proveído determina que la invitación a presentar ofertas y del respectivo acto de adjudicación transgredieron el principio de buena fe y varios de los principios de la función administrativa, al considerar que la decisión de adjudicación no constituyó un acto administrativo, dicha ilegalidad no tuvo consecuencia alguna y, por lo tanto, no se protegió ni al demandante ni al ordenamiento jurídico frente a la conducta irregular de la Administración⁹¹.

En efecto, de acuerdo con la tesis planteada en la sentencia de unificación, cuando las actuaciones precontractuales de las entidades estatales con régimen especial transgreden los principios del derecho privado de los contratos [especialmente el principio de buena fe] o de la función administrativa [tales como la igualdad, la

⁸⁶ Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección B. Sentencia del 28 de febrero de 2020. Rad., n.º. 05001-23-31-000-1996-00657-01[31628]. Op., cit.

⁸⁷ Cita de la sentencia: Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de 23 de noviembre de 1989, en G.J. 2435, p.114.

⁸⁸ Cita de la sentencia: Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección B. Sentencia del 28 de febrero de 2020. Op. cit.

⁸⁹ Cita de la sentencia: Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de 27 de junio de 1990, Rad. 239.

⁹⁰ Cita de la sentencia: Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección B. Sentencia del 28 de febrero de 2020. Op. cit.

⁹¹ Agrega el salvamento de voto lo siguiente: "De haber admitido que se trató de un verdadero acto administrativo, cabría, en primer lugar, la posibilidad de suspenderlo y así evitar la ejecución de una decisión eventualmente ilegal; así mismo, en el presente proceso, habría procedido la declaratoria de su nulidad y, por ende, de la nulidad absoluta del contrato resultante de la decisión viciada, lo cual, independientemente de las consecuencias indemnizatorias que se hubieran podido derivar o no, constituiría el exacto cumplimiento de la función encomendada a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, consistente en efectuar el control de la legalidad de las actuaciones de la Administración Pública [...]". Salvamento de voto de María Adriana Marín a la Sentencia del 3 de septiembre de 2020. Rad. n.º. 25000-23-26-000-2009-00131-01 [42003]. C.P. Alberto Montaña.



imparcialidad y la moralidad pública], en principio pareciera que las consecuencias se limitan a las indemnizatorias propias de la responsabilidad extracontractual de las entidades públicas. De esta manera, no existiría una suspensión provisional de los efectos de los referidos actos o su declaratoria de nulidad, ni la declaratoria de nulidad absoluta del contrato celebrado con transgresión de los principios de la función administrativa.

Surge nuevamente la preocupación para que, a la par de reconocer el régimen de derecho privado de estas actuaciones precontractuales, no queden incólumes los efectos jurídicos de actuaciones contrarias a derecho, como los principios de buena fe y de libre competencia que permiten una selección objetiva.

No obstante, a nuestro juicio, en estos casos debería ser procedente la posibilidad de declarar la nulidad del contrato celebrado, de oficio o a petición de parte, a efectos de corregir la conducta irregular de la entidad estatal por violación directa de los principios de la función administrativa o de aquellos que rigen el derecho privado de los contratos [como la buena fe]⁹². Lo anterior, con el fin de garantizar la sujeción de estas entidades al ordenamiento jurídico, así como proteger el interés general que se persigue con su sometimiento a los principios de la función administrativa.

A la luz de la regulación del Código Civil dicha nulidad estaría fundamentada en la existencia de un objeto ilícito, a términos de lo dispuesto en los artículos 1519, 1523, 6 y 1602 y, en la legislación comercial, por la violación de normas imperativas,

de conformidad con lo dispuesto en el art. 899.

Este planteamiento sería el punto concordante y complementario de la tesis planteada en la sentencia de unificación.

Reflexiones finales

- A pesar de la finalidad plausible de la Ley 1150 de 2007, para someter los contratos estatales con régimen prevalente del derecho privado a los principios de la función administrativa propios de la actividad de la administración pública, la norma del artículo 13 ha creado más dificultades que soluciones, de tal forma que no es acorde con la necesaria seguridad jurídica que se requiere, para que los operadores sepan con certeza cuáles son las reglas aplicables a estos contratos, tanto en su proceso de selección como en la ejecución de los mismos.
- Por ello, el contenido y alcance que pueden adquirir los principios de la función administrativa en los contratos de las entidades estatales sujetas al derecho privado son muy variados y de muy difícil precisión.
- Esto conduce a un margen de discrecionalidad muy amplio del juez del contrato al momento de realizar un control judicial de las actuaciones realizadas por las entidades estatales en la etapa de formación de los contratos, lo que disminuye de manera significativa la certeza y claridad de cuando se está desconociendo el ordenamiento jurídico de estos contratos. Asimismo, preservar la finalidad de otorgar a determinadas entidades estatales las herramientas necesarias para actuar en el mercado en condiciones de libre iniciativa privada y libre competencia en el mercado.

⁹² Una problemática adicional que debería analizarse es determinar la posibilidad de que el particular afectado, con la actuación precontractual irregular de la entidad pueda solicitar la nulidad absoluta del contrato en los términos citados y, a su vez la indemnización de perjuicios, en la medida que lo acredite.



- En este contexto, se observa la necesidad de analizar el alcance de la aplicación y aún de la prevalencia de los diferentes principios de la función administrativa, dependiendo de la naturaleza de la actividad desarrollada por la empresa, en particular si se trata de una entidad que actúa en un mercado de libre competencia, caso en el cual la observancia de los principios de libre concurrencia e igualdad de trato deben adquirir una mayor prevalencia en los procesos de selección, frente a principios como los de eficacia, economía y celeridad.
- La aplicación jurisprudencial de los principios de la función administrativa a las actuaciones de las entidades estatales exceptuadas de la Ley 80 de 1993 y su reglamento, ha adquirido un grado de intensidad distinto en la etapa precontractual y contractual. Así, mientras en la definición del contenido del contrato y en su ejecución la jurisprudencia parece orientada a afirmar la prevalencia de la autonomía contractual, es evidente que en los actos precontractuales existe una aplicación más intensa de los principios de la función administrativa.
- De la misma manera, en relación con la calificación jurídica de las actuaciones realizadas por estas entidades, parece existir una dicotomía en relación con los actos de naturaleza contractual y extracontractual. Mientras los primeros son calificados prevalentemente como actos privados de naturaleza contractual, frente a los segundos existen dos tesis claramente diferenciables: la que los consideran actos administrativos susceptibles de ser controlados a través de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, y aquella que los califica como actos privados de naturaleza contractual, que al desconocer los principios del derecho privado o de la función administrativa a los cuales están sujetos, generan consecuencias indemnizatorias en el marco de la acción de reparación directa.
- Aunque la segunda tesis parece ser la más consistente con el régimen de derecho privado al cual han sido sometidas varias entidades públicas, con la finalidad que puedan operar en condiciones de igualdad y competitividad, esto es, sin ningún tipo de privilegios, pero también sin cargas injustificadas que le impidan su subsistencia en el mercado, esta comporta, entre otros, el problema de limitar las consecuencias de la violación de los principios de la función administrativa a las indemnizatorias.
- Sin embargo, a nuestro juicio, para conjurar esta problemática resulta procedente que el juez pueda realizar un control necesario de legalidad sobre el contrato realizado, dado su sometimiento al deber de selección objetiva y a la protección de los principios constitucionales y legales a los que están sometidos estas entidades y para que el juez cumpla con el control necesario de legalidad sobre el contrato, dado su sometimiento al deber de selección objetiva. Lo anterior, teniendo en cuenta el carácter imperativo de estos principios y las causales de nulidad contractual previstas en el Código Civil y en el Código de Comercio.
- En cuanto al contenido y alcance de la aplicación de los principios de la función administrativa a las entidades estatales exceptuadas del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, la jurisprudencia los ha concretado en la exigencia de observar los principios de selección objetiva de sus contratistas, en especial los principios de libre concurrencia, igualdad y transparencia.
- En principio, se podría argumentar que la sujeción a estos principios contraría lo dispuesto en el art.

13 de la Ley 1150 de 2007, el cual hace referencia a los principios de la función administrativa y no a los principios de la selección objetiva.

- No obstante, la aplicación de estos principios a estas entidades estatales, como lo viene planteando en forma reiterada la jurisprudencia del Consejo de Estado, se deriva, en primer lugar, de la consagración constitucional de los principios de igualdad [art. 13 C.P.] y libre competencia [art. 335 C.P.], que por lo tanto gobiernan las actividades de los particulares en un régimen de mercado y, en consecuencia, con mayor razón para la actividad de las entidades estatales que actúan en este mismo régimen.
- De manera adicional, es evidente que estos principios guardan una estrecha relación, y en algunos casos coinciden, con los principios de la función administrativa señalados en el art. 209 C.P. y con los principios a los cuales están sometidos las actuaciones administrativas de todas las entidades del Estado, de conformidad con lo previsto en el art. 3 de la Ley 489 de 1998.
- Aunque la jurisprudencia puede establecer estos lineamientos, como viene sucediendo, resulta aconsejable una reforma legal que establezca la exigencia para estas entidades, de expedir manuales de contratación que regulen los procedimientos de selección de sus contratistas, con reglas mínimas que desarrollen los principios de selección objetiva, en específico, los principio de igualdad de oportunidades y no discriminación, de transparencia y de libre competencia.

Se trata, en últimas, en forma similar a las reglas del derecho privado, de garantizar una libre competencia, para que la entidad estatal pueda en este marco obtener la mejor prestación requerida.

De esta forma se garantizaría que, en los procesos de selección adelantados por las entidades estatales regidas por el derecho privado se presenten ofertas en igualdad de condiciones y de tratamiento, sin discriminación, en un marco de transparencia, con toda la publicidad necesaria, que permita la libre competencia de todos los interesados que cumplan los requisitos exigidos para satisfacer las necesidades de la entidad estatal.



¿LOS CONTRATISTAS DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS PROFESIONALES DE APOYO A LA SUPERVISIÓN SON RESPONSABLES ANTE EL DERECHO DISCIPLINARIO?



MAURICIO FERNANDO RODRÍGUEZ TAMAYO
Magistrado de la Comisión de Disciplina Judicial.

segundo, sustentado en el contrato estatal como fuente de transferencia de esas tareas oficiales en una lectura literal y exegética del precitado artículo 53.

Desde un primer análisis, quienes concluyen dicha responsabilidad para tales contratistas de apoyo entienden que el derecho disciplinario no puede verse limitado por las prescripciones legales de carácter contractual que restringen el ejercicio de las labores de supervisión por parte de dichos particulares; menos aun cuando en la práctica son precisamente ellos quienes requieren a los contratistas vigilados, elaboran informes, proyectan aprobaciones de pago y, en general, cuando en realidad despliegan actividades propias de la supervisión.

En segundo aspecto, soportan su tesis positiva amparados en el inciso segundo del artículo 53 de la Ley 734 de 2002, que prevé lo siguiente: «Se entiende que ejerce función pública aquel particular que, por disposición legal, acto administrativo, convenio o contrato, realice funciones administrativas o actividades propias de los órganos del Estado, que permiten el cumplimiento de los cometidos estatales». Para ellos, el contrato estatal de por sí es título válido para transferir funciones públicas.

Por otro lado, me permito indicar que en el

Introducción

En los últimos días se ha generalizado una enorme discusión por redes sociales en torno a la eventual responsabilidad disciplinaria que le cabría a los contratistas de prestación de servicios profesionales de apoyo a la supervisión al incumplir con sus obligaciones. En este sentido, considero pertinente referirme a aquellos argumentos de quienes sostienen que sí responden, tesis a la que denominaré positiva. Luego haré un pronunciamiento que controvierte esa postura, tesis que se denominaría negativa.

Así, varios colegas expertos en las lides del derecho disciplinario sostienen que a la luz de la normatividad que regenta dicha ciencia, concretamente, el artículo 53 de la Ley 734 de 2002, sí resulta posible predicar tal responsabilidad. Lo hacen, entiendo, fundado en dos argumentos: el primero que atañe con la materialidad de la función pública que desempeñan, supervisar; y el



presente artículo no rebatiré argumentos dirigidos a sostener que hay responsabilidad disciplinaria porque en la práctica el contratista ejerce funciones de supervisión o porque, si no ello no se considera así, se generaría impunidad. Al respecto, pretendo discutir la tesis positiva solo con fundamentos jurídicos.

Conforme a lo expuesto, a continuación estructuraré los argumentos que sostienen la tesis negativa en los siguientes acápites: i) El régimen disciplinario de los particulares que ejercen funciones públicas: relación especial de sujeción; ii) El contrato de prestación de servicios en materia disciplinaria; iii) Fundamento legal de los supervisores del contrato estatal: aplicación del régimen disciplinario; iv) El alcance del contrato de prestación de servicios y de apoyo a la supervisión; v) El contratista que apoya la supervisión no es responsable disciplinariamente; y vi) Conclusión.

1. El régimen disciplinario de los particulares que ejercen funciones públicas: la relación especial de sujeción

En Colombia, a partir de la entrada en vigencia de la Constitución Política, en el artículo 123 se determinó que es posible que un particular ejerza funciones públicas, esto en consonancia con el inciso tercero ibidem, que prevé: «[...] La ley determinará el régimen aplicable a los particulares que temporalmente desempeñen funciones públicas y regulará su ejercicio».

Así mismo, la Corte Constitucional, en la sentencia C-286 de 1996, dentro del estudio de constitucionalidad del artículo 20 de la Ley 200 de 1995 —antiguo Código Disciplinario Único—, sobre

los destinatarios de la ley disciplinaria, precisó que, desde la lectura del artículo 6.º constitucional, existe claridad de que el particular puede ejercer funciones que en principio le corresponderían a organismos y funcionarios estatales, «pero siempre que el orden jurídico faculte dicha situación». En palabras de la Corte:

[...] a la luz del conjunto de principios y preceptos constitucionales, el particular que se halla en cualquiera de las situaciones en las que el orden jurídico lo faculta para cumplir papeles que en principio corresponderían a organismos y funcionarios estatales, no puede ser mirado de modo absoluto bajo la óptica de una responsabilidad igual a la de los demás particulares, circunstancia apenas a su condición privada, que por razón de la tarea que efectivamente desarrolla, en la medida de ésta y en cuanto toca con el interés colectivo, es públicamente responsable por su actividad, sin que llegue por eso a convertirse —se repite— en servidor del Estado desde el punto de vista subjetivo¹.

De la misma forma, y a contrario sensu de lo que ocurre con los servidores públicos, dentro del régimen disciplinario, el fundamento de la responsabilidad del particular es material, ya que el sujeto no es responsable por su condición de tal, sino en razón de la función que le ha sido encomendada, pues ella trae consigo la naturaleza e interés público. En palabras de la alta corporación: «[...] el fundamento de la responsabilidad del particular es **material** y la aplicación del régimen disciplinario **objetiva**, ya que ni una ni otra atienden al estado o condición de quien actúa sino a la función pública que le ha sido encomendada [...]»².

Igualmente, es necesario destacar lo expuesto

¹ Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia C-286 del 27 de junio de 1996. M.P. JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO. Rad. D-1116.

² Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia C-286 del 27 de junio de 1996. M.P. JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO. Rad. D-1116.



por la academia, que ha insistido en que, si bien es factible la participación de los particulares en las tareas públicas, también lo es que no todas las funciones pueden ser asignadas a particulares. Sobre ello, se ha precisado lo siguiente:

«En el modelo de Estado Social de Derecho es factible la participación de los particulares en las tareas públicas; sin embargo, es preciso resaltar que no todas las funciones públicas son susceptibles de ser asignadas a particulares, si bien en algunos casos, el propio constituyente las concedió en forma directa o en otros, admite que el legislador lo haga en virtud de la cláusula general de competencia instituida constitucionalmente, no por ello, puede colegirse que su otorgamiento procede de manera indiscriminada y sin cortapisa alguna, pues, precisamente a esa conclusión llegó la Corte Constitucional a partir del análisis detallado de las funciones que tienen vocación de asignarse a tales sujeto y los principios que las rigen, en la sentencia C-866 de 1999³ [Subrayado fuera de texto].

Ahora bien, en la sentencia C-866 de 1999, se destacan como funciones que no pueden ser atribuibles a particulares, acorde con la Carta, las siguientes:

- a. Las que cumple el Presidente de la República como jefe de Estado y de Gobierno.
- b. Las constitucionalmente asignadas a autoridades en forma exclusiva y excluyente.
- c. Las que legalmente no son atribuibles a particulares.
- d. Las no asignadas a la autoridad administrativa que decide descentralizarlas por colaboración.
- e. Las que si se entregan a un particular vacían las de una autoridad administrativa⁴. [Subrayado y negrillas por fuera del texto].

Sobre los literales subrayados, que tienen trascendencia para sostener la tesis negativa,

en la citada sentencia C-866 de 1999, la Corte textualmente indicó que:

[...] En efecto, si el constituyente dejó en manos del legislador el señalar las condiciones para el ejercicio de funciones administrativas por parte de los particulares, debe entenderse que el mismo legislador tiene atribuciones para restringir dicho ejercicio dentro de ciertos ámbitos. [...] La atribución de funciones administrativas tiene otro límite: La imposibilidad de vaciar de contenido la competencia de la autoridad que las otorga. En efecto, la atribución conferida al particular no puede llegar al extremo de que éste remplace totalmente a la autoridad pública en el ejercicio de las funciones que le son propias⁵.

De igual manera, y en vigencia de la Ley 489 de 1998, la Corte Constitucional consideró que:

La previsión legal, por vía general, de autorización a las entidades o autoridades públicas titulares de las funciones administrativas para atribuir a particulares [personas jurídicas o personas naturales] mediante convenio, precedido de acto administrativo el directo ejercicio de aquellas; debe tenerse en cuenta como lo ha señalado la Corte que la mencionada atribución tiene como límite "la imposibilidad de vaciar de contenido la competencia de la autoridad que las otorga". Este supuesto aparece regulado, primordialmente, por la Ley 489 de 1998, artículos 110 a 114 tal como ellos rigen hoy luego del correspondiente examen de constitucionalidad por la Corte⁶.

Con base en lo expuesto, no hay duda de que el particular tiene la facultad de ejercer funciones públicas y que le pueden ser transferidas, **pero no de manera amplia sino restrictiva, y que por lo tanto, la administración, a voluntad propia, no puede otorgar funciones que el marco legal y/o constitucional no le ha permitido o que por su naturaleza son intransferibles.** Igualmente, que es responsable disciplinariamente por las funciones

³ TORRES BARAJAS, Claudia Rocío. La Función Pública como Criterio Determinante de la Responsabilidad de los Particulares; Tesis de Maestría en Derecho Administrativo de la Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2009, Pg. 111.

⁴ TORRES BARAJAS, Claudia Rocío. Bogotá, 2009, Pg. 112.

⁵ Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia C-866 del 3 de noviembre de 1999. M.P. VLADIMIRO NARANJO MESA. Rad. D-2369.

⁶ Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia C-037 del 28 de enero de 2003. M.P. ALVARO TAFUR GALVIS. Rad. D-3982.



válidamente transferidas, pues es desde esa situación o acto que surge esa carga superior frente al Estado, que un particular común no tiene por qué soportar, toda vez que este no está sometido a una **Relación Especial de Sujeción**. Por último, si se pretende mediante convenio o contrato transferir funciones públicas a un particular, deben aplicarse las reglas imperativas de la Ley 489 de 1998, esto es, la exigencia de un acto administrativo previo que preceda las atribuciones que serán designadas, sin que la entidad pública olvide las funciones indelegables por mandato legal y constitucional, pues, de lo contrario, no habrá una efectiva y válida transferencia de tales funciones, sino una usurpación por parte del particular.

De las conclusiones obtenidas, se advierte que estas no han sido modificadas, sino desarrolladas en la actualidad, como se evidencia en el artículo 53 de la Ley 734 de 2002, modificado por el artículo 44 de la Ley 1474 de 2011. En el título de Régimen de Particulares, se dispuso que serán sujetos disciplinarios:

[...] los particulares que cumplan labores de interventoría o supervisión en los contratos; también a quienes ejerzan funciones públicas de manera permanente o transitoria, en lo que tienen que ver con estas, y a quienes administren recursos públicos u oficiales.

Se entiende que ejerce función pública aquel particular que, por disposición legal, acto administrativo, convenio o contrato, realice funciones administrativas o actividades propias de los órganos del Estado, que permiten el cumplimiento de los cometidos estatales, así como el que ejerce la facultad sancionadora del Estado; lo que se acreditará, entre otras manifestaciones, cada vez que ordene o señale conductas, expida actos unilaterales o ejerza poderes coercitivos.

Frente a la interpretación literal del articulado, podría pensarse inicialmente que con relación al

vínculo contractual -tema de nuestro interés en el escrito-, un particular -contratista- que celebre un contrato con el Estado estaría ejerciendo una función pública, si así está consagrado en el contrato o negocio jurídico, conforme al artículo 44 de la Ley 1474 de 2011, con lo cual, sería destinatario del régimen disciplinario. Sin embargo, esta lectura sería inadecuada, incluso si se hace de forma aislada⁷, pues el Legislador condicionó dicha potestad a que se traten de «funciones administrativas o actividades propias de los órganos del Estado, que permiten el cumplimiento de los cometidos estatales». Adicionalmente, y como se advirtió en líneas anteriores, tanto el Legislador como la administración, no pueden ignorar los criterios jurisprudenciales con efectos erga omnes, respecto a la prohibición e imposibilidad de transferir ciertas funciones públicas, las cuales ya fueron descritas anteriormente.

Aunado a ello, desde una perspectiva contractualista, surgiría la siguiente pregunta: ¿Quién celebra un contrato estatal es destinatario del régimen disciplinario?

Para responder la pregunta, podemos señalar que, en principio, no todo particular que celebre un contrato estatal es destinatario del régimen disciplinario. Así, en la sentencia C-280 de 1996, se previó que el criterio determinante para establecer si un particular podía ser sujeto o no de responsabilidad disciplinaria en materia contractual lo imponía el tipo de relación con el Estado; si **de dicha relación no se derivaba una especial subordinación del particular frente al Estado** -Relación Especial de Sujeción-, no cabía la aplicación del régimen disciplinario. En palabras de

⁷ Es decir, haciendo una lectura del artículo sin tener en consideración las demás fuentes del derecho dentro del marco jurídico, en este caso teniendo en cuenta los otros articulados de la misma disposición normativa.



la Corte y refiriéndose específicamente al contrato de prestación de servicios, el cual era estudiado, dijo lo siguiente:

"No son destinatarios del régimen disciplinario las personas que están relacionadas con el Estado por medio de un contrato de prestación de servicios personales, por cuanto de [sic] trata de particulares contratistas y no de servidores públicos, por lo cual son contrarias a la Carta las referencias a los contratos de prestación de servicios contenidas en las expresiones acusadas de los artículos 29 y 32 del CDU. Lo anterior no significa que frente a estos contratistas la Administración esté desprovista de instrumentos jurídicos para garantizar el cumplimiento de los objetivos estatales, pues para ello cuenta con las posibilidades que le brinda la ley de contratación administrativa, pero lo que no se ajusta a la Carta es que a estos contratistas se les aplique la ley disciplinaria, que la Constitución ha reservado a los servidores públicos, por cuanto el fundamento de las obligaciones es distinto⁸".

Además, como lo he expresado en otro texto⁹, mediante sentencia C-185 de 2019¹⁰, se indicó que «la responsabilidad disciplinaria del particular tiene su razón de ser en la función que el Estado le permite excepcionalmente desempeñar, lo cual lo coloca en una súper posición respecto de los demás»¹¹. Cabe destacar que no todo contratista podrá ser destinatario y ejercerá funciones públicas, por el simple hecho de celebrar un contrato con el Estado, pues para el efecto será menester establecer si las obligaciones acordadas le permiten al particular desempeñar atribuciones excepcionales —elemento material—, entregadas para ejercer dichas funciones en principio reservadas para los servidores públicos. La Corte, además de identificar que existen

funciones administrativas intransferibles, también ha precisado los supuestos en los que procede la transferencia a particulares, y en ese sentido, indicó:

"En el mismo sentido la Corte ha explicado que constitucionalmente es posible encauzar la atribución de funciones administrativas a particulares a través de variados supuestos, entre los que pueden enunciarse:

a) La atribución directa por la ley de funciones administrativas a una organización de origen privado. En este supuesto el legislador para cada caso señala las condiciones de ejercicio de la función, lo relativo a los recursos económicos, la necesidad o no de un contrato con la entidad respectiva y el contenido del mismo, su duración, las características y destino de los recursos y bienes que con aquellos se adquieran al final del contrato, los mecanismos de control específico, etc.

[...]

b) La previsión legal, por vía general, de autorización a las entidades o autoridades públicas titulares de las funciones administrativas para atribuir a particulares [personas Jurídicas o personas naturales] mediante convenio, precedido de acto administrativo el directo ejercicio de aquellas;

[...]

c) Finalmente en otros supuestos para lograr la colaboración de los particulares en el ejercicio de funciones y actividades propias de las entidades estatales se acude a la constitución de entidades en cuyo seno concurren aquellos y éstas. Se trata, especialmente de las llamadas asociaciones y fundaciones de participación mixta acerca de cuya constitucionalidad se ha pronunciado igualmente esta Corporación en varias oportunidades¹²".

Actualmente, a la luz de las normas constitucionales y legales vigentes, **sólo existen dos instrumentos jurídicos para habilitar a un particular para**

⁸ Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia C-280 del 25 de junio de 1996. M.P. ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO. Rad. D-1067 y D-1076.

⁹ Mauricio Fernando Rodríguez Tamayo. Derecho disciplinario de la contratación estatal. Legis. 2020.

¹⁰ Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia C-185 del 8 de mayo de 2019. M.P. LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ. Rad. D-12890.

¹¹ RODRÍGUEZ TAMAYO, Mauricio Fernando. Derecho Disciplinario de la Contratación Estatal, Bogotá, 2020, Pg. 165.

¹² Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia C-037 del 28 de enero de 2003. M.P. ALVARO TAFUR GALVIS. Rad. D-3982.



desarrollar tales funciones oficiales, esto es, o la normativa -constitucional, legal o reglamentaria- o el convenio en los términos de la Ley 489 de 1998. Fuera de esas dos eventualidades, resulta imposible predicar el ejercicio de tales funciones en manos de los particulares, **porque corresponde a una materia reservada a la ley**, como lo precisó la jurisprudencia de la Corte Constitucional, **cuando con claridad aseguró:**

*"La atribución de funciones administrativas a particulares hecha por las autoridades, no conlleva, en modo alguno, cambio en la titularidad del patrimonio estatal. Significa simplemente la posibilidad dada a aquellos de participar en la gestión de los asuntos administrativos, en las condiciones y bajo los parámetros señalados por la Constitución, la ley y los reglamentos"*¹³.

En consecuencia, esa atribución funcional a los particulares, debe estar precedida necesariamente de un título habilitante que surgirá **exclusivamente** de la Constitución, la ley o el reglamento.

En esa medida, se reitera que, para poder transferirse una función pública a un particular, no basta con que este cumpla funciones atribuibles comúnmente el Estado o a un determinado servidor público, sino que ello solo será factible siempre que así expresamente la Constitución o en su defecto la Ley lo prevea¹⁴.

2. El contrato de prestación de servicios en materia disciplinaria

¹³ Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia C-866 del 3 de noviembre de 1999. M.P. VLADIMIRO NARANJO MESA. Rad. D-2369.

¹⁴ En este punto, precisamente, la Sala de Consulta y Servicio Civil, recientemente, indicó que: "En un sentido más amplio y acorde con nuestra realidad institucional por función administrativa se entiende aquella que se ejerce por parte de los agentes del Estado y los particulares expresamente autorizados por la ley, y que, excepto para las supremas autoridades administrativas, se caracteriza por la presencia de un poder de instrucción" [Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 30 de julio de 2019. Radicado: 11001-03-06-000-2019-00051-00 [2416]. C.P. GERMÁN ALBERTO BULA ESCOBAR].

Respecto al contrato de prestación de servicios personales o de servicios simplemente, la jurisprudencia constitucional ha sido enfática en advertir que **el contratista que celebre este tipo de contrato no puede ser sujeto disciplinable**, pues de él no surge ningún tipo de subordinación con el Estado. Así mediante sentencia C-280 de 1996, la Corte expresó que:

*"La situación es diferente en el caso de la persona que realiza una determinada actividad para el Estado a través de un contrato de prestación de servicios personales o de servicio simplemente, pues allí no se presenta la subordinación de una parte frente a la otra, que es un elemento determinante de la calidad de disciplinable como se señaló anteriormente. En efecto, entre el contratista y la administración no hay subordinación jerárquica, sino que éste presta un servicio, de manera autónoma, por lo cual sus obligaciones son aquellas que se derivan del contrato y de la ley contractual"*¹⁵ **(Negrilla fuera de texto)**.

Posteriormente, la misma Corporación reiteraría dicha posición en la sentencia C-037 de 2003, esgrimiendo argumentos similares que habían sido expuestos en torno a los servicios personales que se prestan al Estado. No obstante, y como ya se indicó, la Corte explicaría que este criterio no basta por sí sólo para determinar si un particular está o no ejerciendo funciones públicas, pues, conforme al criterio material, también debe estudiarse si esa función le otorga al particular prerrogativas inherentes al Estado y/o una superposición de funciones, como se estudió frente a la función de interventoría en tal providencia.

Sin embargo, con relación al contrato de prestación de servicios personales y de servicios simplemente, se aclara que hasta el día de hoy, lo precisado por

¹⁵ Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia C-280 del 25 de junio de 1996. M.P. ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO. Rad. D-1067 y D-1076.



la Corte Constitucional en Sentencia C-280 de 1996 es **vinculante**, toda vez que, aunque la Ley 200 de 1995 fue derogada por la Ley 734 de 2002, lo expuesto en dicha providencia debe ser acatado por el legislador frente a la posible expedición de nuevas disposiciones normativas con relación a esta temática, pues de lo contrario operaría plenamente el fenómeno de la cosa juzgada material. En el caso de la sentencia C-037 de 2003, no se configuró dicho fenómeno, porque las labores de interventoría, en los contratos estatales, corresponde a una tipología contractual distinta de la de prestación de servicios personales, siendo procedente el estudio de constitucionalidad con base en el criterio material, que actualmente es el prevalente.

De este modo, se aclara que el criterio material no puede ser un razonamiento que haga tanto la administración como el intérprete de la norma para determinar si se puede o no transferir dicha función pública, o que igualmente son estos quienes pueden determinar qué actividades ejecutadas por el contratista son función pública -caso del operador disciplinario-, dado que dicha tarea quedó reservada para la Constitución y la Ley, siendo estos los únicos medios válidos que podrán determinar si una función pública puede ser transferida a un particular. En ese sentido, en la sentencia C-037 de 2003 se expuso que:

[...] "Por lo demás ha de tenerse en cuenta el evento de aquellas personas que contratan con el Estado pero sin asumir el ejercicio de funciones públicas, dado que solamente en determinados casos la ejecución de un contrato implica su ejercicio en cuanto se asuman prerrogativas propias del poder público.

Teniendo en cuenta las precisiones anteriores, es pertinente afirmar que es solamente en relación con el ejercicio de funciones

públicas por particulares en aquellos casos que establezca y autorice la Constitución y la ley que se predica el grado especial de responsabilidad a que se ha hecho referencia, circunstancia que como se verá más adelante, es necesario tener en cuenta para el cabal análisis de las disposiciones acusadas en el presente proceso¹⁶".
[Negrilla y Subrayado fuera de texto].

El Consejo de Estado también ha reiterado, desde la entrada en vigencia de la Ley 734 de 2002, que en atención a lo expuesto en la sentencia C-280 de 1996, los contratistas de prestación de servicios no son responsables disciplinariamente. Para ello señaló que:

2. "El contratista de prestación de servicios no es sujeto disciplinable, de forma tal que aún cuando la administración tenga instrumentos para exigir responsabilidades derivadas de su incumplimiento, escapa a un mecanismo de control propio de aquellos particulares que cumplen funciones administrativas de acuerdo con el tenor literal del artículo 53 de la Ley 734 de 2002, o como mínimo dificulta su aplicación. En primer lugar, porque las normas sancionatorias al implicar ejercicio de ius puniendi del Estado no admite interpretaciones análogas extensivas, y en la disposición citada se cobija a los interventores en los contratos estatales, a quienes ejerzan funciones públicas de conformidad con la ley y quienes presten los servicios a cargo del Estado contemplado en el artículo 366 de la Constitución y, porque como de tiempo atrás ha puesto de presente la Corte Constitucional: tampoco son servidores públicos¹⁷".

Desde otra **óptica**, debo precisar que no se puede reducir la argumentación de este acápite a la afirmación de que el contratista de prestación de servicios no se entiende como particular que ejerce funciones públicas porque así lo determinó la Corte Constitucional, pues se incurriría en una falacia de autoridad; sin embargo, sí es

¹⁶ Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia C-037 del 28 de enero de 2003. M.P. ALVARO TAFUR GALVIS. Rad. D-3982.

¹⁷ Sección Tercera, Subsección "C", Sentencia de 8 de junio de 2011, Expediente 41001-23-31-000-2004-00540-01[AP], C.P. Enrique Gil Botero.



procedente señalar, en cambio, que el elemento de la subordinación, a diferencia de otros contratos estatales es más determinante que incluso el material, para aseverar que dicho contratista no está sometido a una relación especial de sujeción y que la vocación u objeto del contrato no permite transferir funciones más allá de la colaboración y ayuda que requiere el personal de una entidad pública, cuando nos referimos específicamente a la **prestación de servicios personales o de servicio simplemente**.

De todo lo anterior se colige que, respecto al contrato de prestación de servicios, no es posible, bajo ninguna circunstancia, entender que las funciones y/u obligaciones que sean determinadas en este negocio jurídico para el contratista puedan entenderse como funciones públicas, dado que no existe disposición legal y constitucional que así lo establezca, salvo el caso de aquel que integra un Comité de Evaluación en los términos del Decreto 1082 de 2015, por ejemplo.

De la misma forma, a menos que sea modificada la Constitución, el legislador no podría disponer, dentro de esta tipología contractual, que el contratista sea destinatario del régimen disciplinario, porque operaría sin lugar a dudas el fenómeno de cosa juzgada material. Adicionalmente, resulta inocuo e inane poder prever en este tipo de contrato la posibilidad de transferir prerrogativas inherentes al Estado, pues desabordaría su objeto, que, por regla general, está ligado a colaborar y a apoyar a la administración.

3. Fundamento legal de los supervisores del contrato estatal: aplicación del régimen disciplinario

Para determinar si el particular que celebra un contrato de prestación de servicios profesionales de apoyo a la supervisión es responsable ante el Derecho Disciplinario, es imprescindible establecer los fundamentos legales de la supervisión, como sus elementos de existencia, pues consideramos que su noción delimita y determina si podrían consecuentemente transferirse funciones públicas a este contratista.

Así y con fundamento en el artículo 14 numeral 1º de la Ley 80 de 1993, las entidades públicas «tendrán la dirección general y la responsabilidad de ejercer el control y vigilancia de la ejecución del contrato». De dicha previsión emerge uno de los fundamentos que estructuran la función de la supervisión e interventoría en los contratos, como herramienta que contribuye al cumplimiento de los fines estatales.

Por su parte, frente a la función de supervisión, del artículo 83 inciso segundo de la Ley 1474 de 2011, el Legislador precisó que consiste en: «el seguimiento técnico, administrativo, financiero, contable y jurídico que sobre el cumplimiento del objeto del contrato, es ejercido por la misma entidad estatal cuando no se requieren conocimientos especializados» De tal precepto legal surge la siguiente duda: ¿Cuál es la diferencia sustancial entre la función de interventoría y de supervisión?

La pregunta surge, porque el mismo artículo 83 define la interventoría con base en especificaciones casi idénticas a las de la supervisión, al preceptuar en el inciso tercero que, mediante el contrato de interventoría, la entidad «acorde a la naturaleza del contrato principal podrá contratar el seguimiento administrativo,



técnico, financiero, contable, jurídico del objeto o contrato dentro de la interventoría». Sin embargo, a grandes rasgos y desde una lectura literal, la distinción podría inclinarse a que la función de interventoría a diferencia de la de supervisión exige mayores conocimientos especializados en la materia, o cuando la complejidad o la extensión del objeto contractual así lo requiera. También, que la interventoría debe ser ejercida por una persona particular contratada para tal fin por la entidad.

La interpretación descrita proviene del inciso segundo del artículo 83 ibidem, que preceptúa: «La interventoría consistirá en el seguimiento técnico que sobre el cumplimiento del contrato suponga conocimiento especializado en la materia, o cuando la complejidad o la extensión del mismo lo justifiquen». Sin embargo, no podemos quedarnos tan solo con lo que precisó el legislador de manera textual, toda vez que, para hacer un análisis jurídico serio, se debe recurrir al alcance que a ese precepto normativo le ha dado tanto el juez constitucional como el administrativo, dada la especialidad de la materia.

Y respecto a la pregunta formulada, tenemos que la misma será resuelta frente al tipo de sujeto que ejerce la función de interventoría y supervisión. En este punto, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha sido clara en diferenciar la figura del supervisor y del interventor, para señalar lo siguiente: «La primera de ellas radica en el sujeto que las ejerce pues mientras que la supervisión corresponde, por regla general, a la entidad pública contratante a través de uno o varios de sus funcionarios, la interventoría es desarrollada por un tercero ajeno al negocio jurídico, contratado para tal fin¹⁸».

¹⁸ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección "A", Sentencia de 24 de enero de 2019, Expe-

Igualmente, la Corte Constitucional adoptó la misma posición, como se estableció en la sentencia C-434 de 2013, en la que precisó que a partir de la vigencia de la Ley 1474 de 2011 «el interventor de un contrato sometido al régimen de la ley 80 de 1993 siempre será un particular externo a la entidad, contratado específicamente para realizar labores de interventoría. Cuando sean los propios empleados de la entidad contratante los que vigilen los aspectos técnicos del proceso de ejecución del contrato, se estará ante la labor de supervisión»¹⁹. [Subrayado y negrillas fuera de texto].

Según las consideraciones expuestas, y para no desorientarnos de la finalidad esencial del escrito, pasamos a resolver entonces las siguientes preguntas: ¿El supervisor del contrato estatal es un servidor público o un particular que ejerce función pública? ¿Los supervisores son destinatarios del régimen disciplinario?

En relación a ello, tal como lo indico en la obra Derecho Disciplinario de la Contratación Estatal, los supervisores del contrato estatal:

"[Son] una categoría especial de servidores públicos a quienes se les confía la delicada labor de vigilar la ejecución y cumplimiento del contrato estatal. Son sujetos calificados para el Derecho Disciplinario, hasta el punto que la legislación prevé un régimen especial de responsabilidad y faltas gravísimas para ellos. De este modo, es importante precisar, desde el punto de vista jurídico, que el supervisor es un servidor público de la entidad estatal respectiva que tiene un vínculo de derecho laboral administrativo con la respectiva entidad estatal y por razón de sus funciones, la ley, le encomienda la delicada tarea de efectuar el seguimiento contractual²⁰. En ningún caso el

diente 11001-03-25-000-2012-00340-00[1338-2012], C.P. William Hernández Gómez.

¹⁹ Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia C-037 del 28 de enero de 2003. M.P. ALVARO TAFUR GALVIS. Rad. D-3982.

²⁰ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección "B", Sentencia de 30 de mayo de 2019, Expediente 2012-00479, C.P. Cesar Palomino Cortés.



contratista podrá ser tenido y tratado como supervisor, pese a que el contrato así lo prevea o lo incluya en su objeto" (Negrilla fuera de texto)²¹.

Ahora bien, frente al supervisor del contrato estatal, no existe duda de que es un sujeto disciplinable con base en el criterio material, pues, al ostentar la facultad y prerrogativa de efectuar el seguimiento de la ejecución de un contrato público, se advierte de paso que lo hace en razón a la relación especial de sujeción que tiene con el Estado. De la misma forma, incluso también es aplicable el criterio subjetivo, pues recordemos que quién ejerce la función de la supervisión no sólo está intrínsecamente ejerciendo potestades y prerrogativas propias del Estado, sino que, en atención a lo dispuesto en el artículo 83 de la Ley 1474 de 2011, es aquel que tiene un vínculo laboral con la administración. Por último, de cara al criterio legalista, creemos que también es indiscutible que la función de supervisión implica el ejercicio de una función pública, a tal punto que quien la ejerce responderá disciplinariamente, a la luz del artículo 44 ibidem.

4. El alcance del contrato de prestación de servicios profesionales de apoyo a la supervisión

Como se ha expuesto, dentro del proceso de contratación, la participación del supervisor se torna en obligatoria, porque así lo dispone con carácter general el artículo 83 de la Ley 1474 de 2011. De la misma forma, el legislador limitó dicha función a los servidores públicos pertenecientes a la planta de personal de la entidad pública que ostenta la calidad de contratante, como así lo sostiene tanto la jurisprudencia de la Corte

Constitucional como la del Consejo de Estado; sin embargo, el precitado artículo 83, «autoriza la contratación de personal para que apoye a la supervisión, sin que ello pueda entenderse como una habilitación para desplazar en dichos contratistas, la responsabilidad que jurídicamente le concierne exclusivamente al servidor público que detenta la condición de supervisor»²² [Subrayado fuera de texto].

De la misma forma, como ha sido generalmente aceptado por la doctrina nacional, el instrumento válido para celebrar el contrato de apoyo a la supervisión no es otro que el contrato de prestación de servicios profesionales, pues, en relación al vehículo idóneo para la existencia del contrato de apoyo a la supervisión, el Consejo de Estado ha destacado que «[...] Se considera supervisor al funcionario de la Entidad Pública que desarrolle la vigilancia de los contratos de esta última sin perjuicio de que esa laborar se pueda apoyar a través de contratos de prestación de servicios, pero no para asumir la supervisión»²³ (Negrilla y Subrayado fuera de texto).

Por su parte, la Agencia Colombia Compra Eficiente, en concepto del 16 de abril de 2018, concluyó sobre este mismo punto que:

[...] el Estatuto Anticorrupción habilita expresamente la participación del contratista de prestación de servicios para apoyar la supervisión adelantada por la misma Entidad Estatal a través de sus funcionarios, pero no para ejercerla.

Se concluye entonces que, de conformidad con el artículo 4º de la Ley 80 de 1993, el seguimiento de los contratos es un deber de las entidades públicas que pueden llevarlo a cabo a través de supervisores

²¹ RODRÍGUEZ TAMAYO, Mauricio Fernando. Derecho Disciplinario de la Contratación Estatal, Bogotá, 2020, Pg. 161.

²² RODRÍGUEZ TAMAYO, Mauricio Fernando. Derecho Disciplinario de la Contratación Estatal, Bogotá, 2020, Pg. 161.

²³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 12 de diciembre de 2014, Radicado: 25000-23-26-000-1996-13019-01 [27426], C.P. RAMIRO PAZOS GUERRERO.



o interventores para que verifiquen la ejecución y cumplimiento los trabajos y actividades del contratista de la Entidad Estatal. [...]

El alcance del apoyo dependerá de las obligaciones determinadas en el contrato, en el marco del cual el contratista desarrollará las actividades tendientes a soportar el seguimiento del contrato, a verificar el cumplimiento en las condiciones establecidas en el contrato vigilado, sin que ello implique que asuma directamente la supervisión. Así, por ejemplo, el contratista de prestación de servicios podrá revisar los entregables, productos, en general los requisitos para el pago y darle su concepto al supervisor, pero quien autorizará el pago ante la Entidad Estatal será el funcionario público sobre quien recae la supervisión²⁴ [Negrilla fuera de texto].

En este orden de ideas, y de acuerdo con el deber previsto en el artículo 4 de la Ley 80 de 1993, las entidades públicas no pueden abusar del contrato de apoyo a la supervisión para desentenderse o transferir la función de supervisión a un particular, pues se trata de una obligación indelegable e intransferible, conforme al artículo 83 de la Ley 1474 de 2011. Incluso, la doctrina ha reiterado que la supervisión no puede transferirse, y es por ello que el Legislador no permitió que esta labor la pudiera ejercer un particular, pues sólo habilitó que aquél apoyara dichas labores. Al respecto, la doctrina ha sido enfática en exponer que:

"[...] El Estado sigue garantizando la ejecución del servicio frente a la universalidad de los ciudadanos. Continúa siendo responsable de la seguridad pública que una ejecución inhábil del servicio puede comprometer²⁵. Por ende, una entidad pública no puede desprenderse de dicha función y asignarla a un particular, por mera liberalidad de su voluntad, pues sus actuaciones y actos administrativos están sometidos al imperio de la Constitución y la Ley".

²⁴ Colombia Compra Eficiente, Concepto del 16 de abril de 2018, Rad. 4201713000006309, "Supervisión – Contrato de Prestación de Servicios", Bogotá.

²⁵ BERCAITZ, Miguel Ángel. Teoría general de los contratos administrativos, Segunda Edición, Editorial De Palma, Buenos Aires, 1980, p. 367.

5. El contratista que apoya la supervisión no es responsable disciplinariamente

El contratista que apoya la supervisión no puede ser destinatario del régimen disciplinario, toda vez que no ejerce funciones públicas. Esto es así debido a que, desde el criterio **subjetivo** expuesto inicialmente por la Corte Constitucional en la sentencia C-280 de 1996, para que un particular las ejerza, debe estar de algún modo **subordinado** al Estado.

A este respecto, debo precisar que la aplicación de este criterio jurisprudencial en la actualidad solo es procedente en el contrato de prestación de servicios por ser la temática estudiada en la citada providencia; además de mencionar que la ratio decidendi de este pronunciamiento no ha perdido vigencia a la fecha, pues, tal como se indicó en la sentencia C-037 de 2003, las consideraciones no pierden vinculatoriedad por la simple derogación normativa, sino cuando ocurre un verdadero cambio sustancial del ordenamiento jurídico o en su defecto por argumentos distintos, situación que no se ha dado, pese a las modificaciones normativas de la ley disciplinaria.

Así, pues, desde la perspectiva subjetiva, en el contrato de prestación de servicios profesionales de apoyo a la supervisión, no puede predicarse el ejercicio de una función pública, pues el contratista no está subordinado al Estado, y, tanto del objeto contractual como de las obligaciones suscritas, desde el punto de vista técnico el servicio prestado está supeditado a la autonomía e independencia del contratista, siendo un elemento esencial del mismo.

Igualmente, tampoco puede predicarse que



quien suscribe y ejecuta el contrato de apoyo a la supervisión ejerce funciones públicas desde el aspecto material. Bajo este criterio, se deben revisar si las obligaciones y objeto del contrato o convención le permiten al particular desempeñar prerrogativas inherentes al Estado o atribuciones excepcionales que un particular común no podría ejercer, como resulta en el caso de la supervisión.

Para este análisis, resulta pertinente, en primer lugar, remitirnos a la definición de la palabra apoyar de la Real Academia Española, la cual se entiende como «*Favorecer, patrocinar, ayudar*»²⁶. En el mismo sentido, resulta acertado considerar lo esgrimido por la jurisprudencia de lo contencioso administrativo en cuanto a que el contratista que apoya la supervisión se encarga de ayudar al supervisor, pero no de asumir las actividades directas de supervisión. En este punto es importante señalar que las labores de apoyo a la supervisión, aunque pueden ser objeto de pacto, no pueden llegar al punto de sustituir o desplazar a aquellas que deben desplegar sólo los servidores públicos que fungen como supervisores.

Conforme a lo expuesto, se concluye entonces que, dada la naturaleza del contrato de prestación de servicios, como de las obligaciones que pueden ser pactadas, el contratista no detenta el ejercicio de poder de imperio o de decisión, pues, aunque emite opiniones y conceptos, al final será el servidor público designado para tales efectos quien ejerce privativamente la vigilancia y control de la ejecución contractual, siendo él quien tomará las decisiones propias de su encargo. Se enfatiza que esta decisión es la

vinculante y definitiva. Además, del concepto de la RAE, no cabe dudas que apoyar no es sinónimo de adoptar / tomar, sino de ayudar o favorecer. En atención a lo anterior, en el caso sub examine, el contratista no ejerce funciones públicas, sino que presta auxilio o ayuda a quien sí las ejerce —el supervisor—, porque, de lo contrario, el objeto y la naturaleza del contrato no sería «apoyar la supervisión», sino la de supervisar, evento que no está amparado por la ley ni por la jurisprudencia constitucional y de lo contencioso administrativo.

Por otro lado, tampoco puede llegarse a la conclusión de que el contratista que apoya la supervisión es un particular que ejerce funciones públicas desde una visión **legalista** —otro criterio que siempre es usado cuando se pasa el estadio material—, pues la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, han expuesto que, para transferir una función pública a un particular, la Constitución y la Ley deben así disponerlo.

Así y desde un criterio legalista, quienes adoptan la posición positiva, han precisado sobre el artículo 44 de la Ley 1474 de 2011, que modificó el artículo 53 de la Ley 734 de 2002, en cuanto a los sujetos disciplinables, la norma es clara en disponer que será aplicable «a los particulares que cumplan labores de interventoría o supervisión [...]» [Negrilla fuera de texto]. De igual forma y echando mano a este artículo, interpretan que es permisible la transferencia de **labores de supervisión** a quien la apoya, cuando «[...] por disposición legal, acto administrativo, convenio o contrato, realice funciones administrativas o actividades propias de los órganos del Estado, que permiten el cumplimiento de los cometidos estatales».

²⁶ Real Academia Española, Consultada la palabra Apoyar, recuperado de: <https://dle.rae.es/apoyar#3HswNlg> el día 12 de mayo de 2020.



Bajo la lectura formalista de la norma, quienes propugnan por incluir a este contratista como sujeto disciplinable, manifiestan que la norma es lo suficientemente clara para determinar que efectivamente este sujeto, por ejercer labores relacionadas con la supervisión, es destinatario y está ejerciendo funciones públicas; adicionalmente, indican que el legislador, en uso de sus facultades constitucionales, precisó que la ejerce todo aquel que, **por acto administrativo, convenio o contrato realice funciones administrativas**. Y, con base en esos fundamentos, concluyen que en este caso el contratista las ejerce cuando dentro del contrato de prestación de servicios se le asignan funciones propias de la supervisión, pues es un medio idóneo para así preverlo.

La tesis anterior, que respetamos, por supuesto, se sustenta en una interpretación gramatical fuera del contexto aquí expuesto, que de esta manera ofrece espacios de incertidumbre. En efecto, sobre dicho método de interpretación, la Corte Constitucional advirtió que el «problema central que ofrece la interpretación gramatical [...] consiste en una visión formalista y errónea del mismo podría llevar a comprensiones insulares de las normas jurídicas, que negarían la función jerárquica e integradora»²⁷.

La tesis positiva también parte de una interpretación descontextualizada, debido a que el discurso argumentativo es edificado a partir del desconocimiento de la prohibición que consagra el artículo 83 de la Ley 1474 de 2011, consistente en que la supervisión no puede ser encomendada o contratada con los particulares.

De este modo, si sostenemos que los particulares pueden desempeñar labores de supervisión y luego esa premisa es ajustada al contenido del artículo 53 de la Ley 734 de 2002, modificado a su vez por el artículo 44 de la Ley 1474 de 2011, entonces la conclusión es que sí podrían ser responsables ante el derecho disciplinario. Por el contrario, si se aplica la regla del derecho administrativo — artículo 83 de la Ley 1474 de 2011— que señala que no es procedente entregar esas tareas a los particulares, lógicamente, tampoco será posible predicar que puedan ser responsables en materia disciplinaria. Y aquí es importante señalar que es esta última interpretación la que se ajusta completamente a la regla jurisprudencial incluida en la sentencia C-866 de 1999 en la que se precisó que no es procedente transferir funciones no autorizadas por la ley, tal y como ocurre con la entrega de labores de supervisión —no de apoyo— a particulares.

Por otro lado, tomamos distancia del argumento consistente en señalar que como el artículo 44 de la Ley 1474 de 2011 preceptúa que se entenderá como particular que cumple funciones aquel que, por convenio o contrato, realice funciones administrativas o actividades propias de los órganos del Estado, entonces en el caso de ser pactadas obligaciones de vigilancia y control por las partes en el contrato de prestación de servicios de apoyo a la supervisión, este ya está ejerciendo funciones públicas. Las razones para oponernos son las siguientes:

En primer lugar, como lo precisamos, para que en virtud de un contrato estatal se puedan transferir funciones administrativas a los particulares, es menester que se cumplan con unas condiciones que son: i) el objeto y elementos del contrato

²⁷ Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia C-054 del 10 de febrero de 2016. M.P. LUIS ERNESTO VARGAS SILVA. Rad. D-10888.



estatal lo deben permitir, ii) la Constitución o ley lo deben autorizar de forma expresa y iii) el contrato debe estar respaldado con un acto administrativo de delegación de funciones conforme lo prevé la Ley 489 de 1998.

Ahora revisemos si esas tres condiciones se cumplen en el caso del contrato de prestación de servicios de apoyo a la supervisión y encontramos que [i] el único título que tiene el contratista para apoyar la supervisión es precisamente el mismo contrato de prestación de servicios; [ii] ni la Constitución ni la ley lo autorizan, es más el artículo 83 de la Ley 1474 de 2011 prohíbe que esas labores de supervisión sean desplegadas por particulares y [iii] no puede existir acto administrativo previo de delegación de funciones al contratista que ejerce supervisión en los términos de la Ley 489 de 1998, precisamente porque dicha función es privativa de los servidores públicos, tal y como al unísono lo sostiene la jurisprudencia de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado.

Por otro lado, aunque una lectura integral del artículo de la Ley 1474 de 2011, evidencia que quien ejerce labores de supervisión es responsable disciplinariamente, también lo es que ese análisis debe hacerse en el contexto autorizado por la legislación y la jurisprudencia y no por fuera de sus cauces, como en la práctica lo pregonan quienes defienden la tesis positiva. De tal forma que cuando el precitado artículo 44 se refiere a dichas labores de supervisión lo hace, necesariamente, en el escenario de que dicha labor sea desplegada por servidores públicos y no por los particulares a quienes sí les está vedada esa tarea.

Por otro lado, conforme con los artículos 110 a 114 de la Ley 489 de 1998, por regla general, para

transferir funciones públicas a un particular, como sería en este caso las de supervisión, **se requiere de la expedición previa de acto administrativo que delegue esas funciones.** De este modo, la jurisprudencia de lo contencioso administrativo lo ha recalcado hasta el punto de anular por objeto ilícito aquellos contratos estatales en los que se deleguen funciones administrativas a particulares que no cuenten con dicha autorización previa²⁸.

El Consejo de Estado, categóricamente sobre esta ineludible exigencia tratándose de contratos estatales, afirmó: «Respecto de la eventual delegación de funciones públicas, en el contrato suscrito [...] brilla por su ausencia la referencia al acto expreso exigido para este supuesto, en los términos de los artículos 110 Y 111 de la Ley 489 de 1998, lo cual, por razones adicionales a las aducidas en la sentencia de primera instancia, también llevaría a declarar la nulidad absoluta del contrato²⁹».

Por otro lado, tampoco podría aceptarse la tesis positiva basados en el respeto al principio de legalidad de las actuaciones del Estado, en la medida en que tolerar que se discipline a un particular por ejercer actividades que por ley está prohibido que él ejecute, como es aquella que despliega el particular en materia de supervisión de contratos, sería tanto como pasar por alto la frontera de la legalidad para derivar una responsabilidad disciplinaria con base en un hecho ilegal que surge en contra del sistema de competencias expresas dispuesto en el artículo 121 de la Constitución de 1991.

Tampoco consideramos procedente la posibilidad

²⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección "A", Sentencia de 6 de febrero de 2020, Expediente 61.720, C.P. Marta Nubia Velásquez Rico.

²⁹ Ibidem.



de que al contratista de apoyo a la supervisión le sean atribuibles funciones públicas, pues el aceptarlo implicaría, de paso, ir en contra de la Ley 489 de 1998 y de la jurisprudencia constitucional sobre la materia, vertida en providencias que tienen efectos erga omnes, que se han referido a la posibilidad de transferir funciones públicas a un particular.

Así y como se anotó, en las sentencias C-866 de 1999 y C-037 de 2003, la Corte Constitucional dejó muy claro que existen funciones que no pueden ser atribuibles a particulares, dentro de las cuales se destacan aquellas que **si se entregan a un particular vacían las de una autoridad administrativa**. En el caso sub examine, estimo desde una visión constitucionalista que, si se admite la tesis positiva, es decir, que el contratista que apoye la supervisión pueda ejercer funciones propias de vigilancia y control de la ejecución contractual, se estarían entonces vaciando las competencias del servidor público que fue designado como supervisor, lo cual también va en contra de la jurisprudencia constitucional.

La afirmación anterior tiene asidero factico y jurídico, toda vez que, como resulta apenas lógico, si se contrató a un particular para que apoye a la supervisión, es porque previamente también se designó a un servidor público como supervisor, por lo que, en caso de otorgarle funciones propias de la vigilancia y control de la ejecución de un contrato a dicho contratista, sería ineludible que se están restando/vaciando ya sea parcial o totalmente las funciones que ya habían sido previamente asignadas mediante acto administrativo al supervisor, situación que desde la óptica del juez constitucional, la cual comparto, es improcedente y desacertado.

Recordemos que la función de supervisión es bastante limitada y determinada, pues es sobre un contrato en específico que se hará la vigilancia y control de su ejecución, por lo que la norma no contempló la posibilidad de contar con dos, tres o más supervisores, sino que, en caso de requerir ayudar a quien supervisa, se habilitó que pueda estar acompañado de un particular que le brindará apoyo. Nada más.

Por último, si se acepta la tesis positiva tendríamos que validar que el acto administrativo de designación de un supervisor, que lo emite el jefe u ordenador del gasto, resultaría en la práctica modificado e incluso dejado sin efectos, en virtud de la verificación material de que las labores del supervisor fueron ejecutadas por un particular, en cuyo caso, serían dos y no uno los destinatarios de la ley disciplinaria.

Puestas así las cosas, con base en la tesis positiva, podrían entonces coexistir respecto del ejercicio de la función administrativa de supervisión dos sujetos disciplinables —en contra de lo dispuesto en el artículo 83 de la Ley 1474 de 2011— esto es, tanto el servidor público designado para esos efectos mediante acto administrativo, como un particular que cumpliría ese mismo rol, pero en virtud de un contrato estatal.

6. Conclusión

Atendiendo al objeto y elementos del contrato de prestación de servicios profesionales de quien apoya la supervisión, así como a lo dispuesto en la Constitución Política y la ley, no existe duda de que este tipo de contrato no tiene la virtualidad de transferir funciones de vigilancia y control a un particular dentro de un proceso de contratación.



Además, pese a lo dispuesto en el artículo 44 de la Ley 1474 de 2011, el contrato no es el móvil para hacer dicha transferencia, pues para ello se requiere de un acto administrativo de delegación previo en los términos de los artículos 110 y siguientes de la Ley 489 de 1998.

También concluimos que no hay lugar a considerar que el contratista que apoya la supervisión de un contrato es un sujeto disciplinable porque ejerce funciones públicas, pues, como lo estudiamos, ni desde el criterio subjetivo, material o legalista se puede llegar a esta conclusión.

Por todo lo anterior afirmamos que los contratistas de prestación de servicios profesionales de apoyo a la supervisión no son sujetos disciplinables y, por lo tanto, tampoco son responsables en dichas materias.



PRINCIPALES RETOS EN LA CONTRATACIÓN EFICIENTE DE PROYECTOS DE ASOCIACIÓN PÚBLICO PRIVADA DE INICIATIVA PRIVADA EN COLOMBIA

1. Contexto General

Los contratos de asociación público privada de iniciativa privada (las “*iniciativas privadas*”) se han convertido en una de las herramientas más utilizadas en los últimos años para la contratación de proyectos de infraestructura con financiación privada; en particular, en aquellos que se refieren a infraestructura carretera. En efecto, desde la expedición de la Ley 1508 de 2012 y su decreto reglamentario¹, 15 proyectos, con una inversión estimada cercana a 16 billones de pesos², han sido contratados utilizando esta figura.

Sin embargo, en la contratación y ejecución de dichos proyectos se ha evidenciado que la aplicación del régimen introducido por la Ley 1508 [o la interpretación que del mismo se ha hecho por parte de las entidades relacionadas con la estructuración y aprobación de los proyectos] ha generado distorsiones que afectan el cumplimiento



ÁLVARO DURÁN LEAL

Socio de la firma Durán & Osorio
Abogados Asociados.



FELIPE HERRERA CARDOZO

Asociado Senior de la firma Durán & Osorio Abogados Asociados.

de los fines públicos para los cuales se suscriben las iniciativas privadas.

Ciertamente, aún cuando el régimen de la Ley 1508 buscó fortalecer la dinámica de la participación privada en infraestructura en Colombia³ con el propósito de alinear incentivos en la ejecución de los mismos⁴, esas distorsiones, por el contrario, han desincentivado la competencia en la contratación de este tipo de proyectos u obstruido la aplicación efectiva del principio de asignación eficiente de riesgos en los mismos, conllevando, en algunos casos, a que los contratos respectivos se paralicen o deban terminarse de manera anticipada. En cualquier caso, la ausencia de competencia y la ineficiente asignación de riesgos conduce al encarecimiento injustificado de los proyectos para el Estado y para la sociedad en general.

El presente artículo analiza dos de los principales elementos que, a juicio de los autores, han contribuido de manera sustancial a las distorsiones

¹ Decreto 1467 de 2012, modificado por los Decretos 100 de 2013, 301 de 2014, 1553 de 2014, 2043 de 2014 y compilado en el Decreto 1082 de 2015.

² De acuerdo con información publicada por la Agencia Nacional de Infraestructura y el Departamento Nacional de Planeación en <https://www.ani.gov.co/carreteras-0> y <https://ruapp.dnp.gov.co>:

i) 13 de esos proyectos corresponden a infraestructura carretera y 2 corresponden a infraestructura de recreación y deporte [i.e. Coliseo Cubierto El Campín y Nuevo Parque Salitre Mágico]; ii) 11 fueron contratados por entidades nacionales [i.e. la Agencia Nacional de Infraestructura], 1 por Departamentos [i.e. Departamento de Antioquia] y 3 por entidades municipales o distritales [i.e. Instituto Distrital de Recreación y Deporte de Bogotá y el Municipio de El Retén, Magdalena]; y iii) la totalidad de los proyectos correspondieron a iniciativas privadas “sin desembolso de recursos públicos”.

³ Exposición de motivos del Proyecto de Ley No.160 de 2011 del Senado de la República [que originó la Ley 1508 de 2012]. Gaceta del Congreso No. 823. Pág. 9: “Con el objetivo de continuar y robustecer la dinámica de participación privada en el desarrollo de infraestructura, el Plan Nacional de Desarrollo propone fortalecer los programas de participación privada, entre otras, mediante acciones tendientes a: [...] -Fomentar las iniciativas privadas para la ejecución de proyectos de infraestructura con participación privada, a través del fortalecimiento del marco que reglamenta tales iniciativas” [Negrilla fuera de texto]

⁴ *Ibíd.* “Para desarrollar los contratos de concesión, las asociaciones público-privadas y las iniciativas privadas, es necesaria la expedición de disposiciones legales para la generación de condiciones adecuadas para desarrollar proyectos que vinculen capital privado, de manera que se generen los incentivos correctos para todos los actores en el desarrollo de infraestructura del país.” [Negrilla fuera de texto]



mencionadas: i) el manejo de las ventajas dadas al originador en los procesos de selección de las iniciativas privadas sin desembolso de recursos públicos, y ii) la interpretación que las entidades asociadas con la contratación de estos proyectos han derivado del concepto de “*desembolso de recursos públicos*”, específicamente, en relación con los recursos que deben destinarse a la atención de las obligaciones contingentes asumidas por la entidad contratante en los proyectos.

2. Las Iniciativas Privadas

A pesar de lo que señala el imaginario de buena parte de la comunidad interesada en proyectos de asociaciones público privadas (las “APP”) en Colombia, el mecanismo de las iniciativas privadas [o *unsolicited proposals*, como suelen denominarse en inglés⁵] no fue adoptado por primera vez en la Ley 1508 de 2012⁶.

Desde la Ley 80 de 1993 se previó la posibilidad de que los particulares interesados en la ejecución de un proyecto presentaran a las entidades competentes ofertas no solicitadas para celebrar contratos de concesión para la construcción de una obra pública, encargándose de adelantar los estudios requeridos para madurar el proyecto e iniciar su contratación⁷. Esta norma fue

reglamentada por el Decreto 4533 de 2008, el cual fue posteriormente derogado por el Decreto 734 de 2012.

La reforma adoptada en la Ley 1508 para la contratación de iniciativas privadas, evidentemente sirvió de catalizador para la presentación y contratación generalizada de este tipo de proyectos de participación privada en el país⁸. Esto se debió, en parte⁹, a que dichas disposiciones de la Ley 1508 y sus decretos reglamentarios permitieron precisar el panorama normativo respecto de: i) los proyectos que pueden ser objeto de iniciativas privadas; ii) las etapas del proceso de evaluación de las mismas; iii) las características generales de la información mínima que debe presentar el originador; iv) los plazos aplicables para cada uno de los actores en el procedimiento administrativo correspondiente; v) los tipos de proceso de selección que se deben implementar para la contratación del proyecto en el caso en que éste sea viable; vi) qué costos se le reconocen a dicho originador si un tercero es el adjudicatario del proceso respectivo; y, sobretodo, vii) las ventajas del originador como parte de los

meses y si encuentra que el proyecto no es viable así se lo comunicará por escrito al interesado. En caso contrario, expedirá una resolución mediante la cual ordenará la apertura de la licitación, previo cumplimiento de lo previsto en los numerales 2°. y 3°. del artículo 30 de esta ley.

Cuando además de la propuesta del oferente inicial, se presente como mínimo una propuesta alternativa, la entidad estatal dará cumplimiento al procedimiento de selección objetiva previsto en el citado artículo 30.

Si dentro del plazo de la licitación no se presenta otra propuesta, la entidad estatal adjudicará el contrato al oferente inicial en el término señalado en el respectivo pliego, siempre que cumpla plenamente con los requisitos exigidos en el mismo.[...](Negrilla fuera de texto)

8 Efectivamente, aún cuando se presentaron diversas propuestas de Iniciativa Privada bajo el régimen contenido en la Ley 80 de 1993 en relación con proyectos de infraestructura de transporte (como aquellas referidas a la concesión del dragado del canal de acceso al Puerto de Buenaventura y la concesión del aeropuerto Ernesto Cortissoz), ninguna de ellas fueron contratadas por las entidades correspondientes.

9 Lo cual también fue acompañado de una intensa campaña de promoción por parte del Gobierno Nacional del régimen general de APP que trajo la Ley 1508, incluyendo un énfasis importante en las iniciativas privadas reglamentadas en la misma. De hecho, tal énfasis ha generado que erróneamente se tienda a confundir la figura de las APP [que se refiere al género que comprende todos los proyectos contratados bajo el régimen establecido por la Ley 1508, sin importar si se originó con ocasión de una iniciativa pública o de una iniciativa privada] con las iniciativas privadas.

En tal confusión ha caldo, incluso, la Corte Constitucional en su Sentencia C-050 de 2015.

⁵ “An unsolicited proposal [USP] is a proposal made by a private party to undertake a public-private partnership [PPP] project, submitted at the initiative of the private firm, rather than in response to a request from the government.” The World Bank. PUBLIC-PRIVATE-PARTNERSHIP LEGAL RESOURCE CENTER. <https://ppp.worldbank.org/public-private-partnership/ppp-overview/ppp-procurement-bidding/unsolicited-proposals/unsolicited-proposals>

⁶ Ley 1508 de 2012. Artículo 14. “Estructuración de proyectos por agentes privados. Los particulares podrán estructurar proyectos de infraestructura pública o para la prestación de sus servicios asociados, por su propia cuenta y riesgo, asumiendo la totalidad de los costos de la estructuración, y presentarlos de forma confidencial y bajo reserva a consideración de las entidades estatales competentes. El proceso de estructuración del proyecto por agentes privados estará dividido en dos [2] etapas, una de prefactibilidad y otra de factibilidad.[...]”

⁷ Ley 80 de 93. Artículo 32. Parágrafo 2 (derogado por la Ley 1508 de 2012): “Las personas interesadas en celebrar contratos de concesión para la construcción de una obra pública, podrán presentar oferta en tal sentido a la respectiva entidad estatal en la que se incluirá, como mínimo, la descripción de la obra, su prefactibilidad técnica y financiera y la evaluación de su impacto ambiental. Presentada la oferta, la entidad estatal destinataria de la misma la estudiará en el término máximo de tres [3]

procesos de selección correspondientes.

Como resume la siguiente ilustración, se dividió el proceso de presentación, evaluación y contratación de iniciativas privadas en 4 etapas: i) prefactibilidad; ii) factibilidad; iii) negociación; y iv) contratación del proyecto.



Ilustración 1 – Procedimiento de evaluación de una Iniciativa Privada según la Ley 1508 de 2012 y el Decreto 1082 de 2015

Fuente: Elaboración propia

Como parte de la primera etapa, el originador debe presentarle a la entidad pública competente los documentos de prefactibilidad señalados en la Ley 1508 y el Decreto 1082 para que ésta verifique dentro de los 3 meses siguientes si el proyecto es de interés público y si contiene los elementos que permiten inferir que el mismo puede llegar a ser viable. De cumplirse tal verificación, la entidad autoriza al originador para que adelante los estudios de factibilidad del proyecto.

Lo anterior da inicio a la segunda etapa, en la cual el originador debe elaborar y presentar a la entidad los estudios de factibilidad solicitados en un plazo máximo de 2 años¹⁰. Una vez éstos son entregados, la entidad cuenta con 6 meses, prorrogables por otros 3, para, entre otros, determinar si el proyecto es viable y obtener todas las autorizaciones requeridas por el ordenamiento respecto de la valoración de obligaciones contingentes y la justificación de utilizar el mecanismo de APP en la Iniciativa Privada. Si se obtienen tales autorizaciones

y se verifica que el proyecto es viable y acorde con los intereses públicos, la entidad debe hacérselo saber al originador junto con las condiciones bajo las cuales aceptaría la iniciativa privada. De lo contrario, se debe rechazar.

La tercera etapa inicia con la notificación de viabilidad al originador y transcurre por un plazo máximo de 2 meses, con el propósito de que la entidad y el originador negocien las condiciones bajo las que se ejecutará el proyecto. Si se ponen de acuerdo en ese plazo, se debe iniciar el proceso de selección correspondiente; de lo contrario, se entiende rechazada la iniciativa privada.

Siempre que la negociación descrita arriba haya sido exitosa, en la cuarta y última etapa, la entidad pública debe dar apertura al proceso de selección aplicable para la contratación de la iniciativa privada correspondiente. La naturaleza y estructura de dicho proceso de selección, así como el tipo de ventajas que el originador contará en el mismo, varía si el proyecto respectivo incorpora o no el desembolso de recursos públicos.

3. Ventajas del originador y competencia

Bajo el régimen anterior a la Ley 1508 de 2012 [i.e. Ley 80 de 1993], los originadores no tenían ventajas frente a los terceros en el proceso de selección – que debía corresponder a una licitación pública–. Solo tenían derecho al reembolso de los estudios que hubiesen desarrollado para la estructuración del proyecto de no resultar adjudicatarios.

Dado que no hubo ningún proyecto aprobado [aunque sí presentado] de iniciativa privada bajo el régimen de la Ley 80 de 1993, el consenso se

¹⁰ Artículo 2.2.2.1.5.4 del Decreto 1082.



orientó a un diagnóstico de acuerdo con el cual la regulación prevista en la Ley 80 y su reglamento carecía de incentivos suficientes para que esta herramienta tuviese un amplio desarrollo¹¹.

Con base en ese diagnóstico, el legislador, al expedir la Ley 1508 de 2012, optó por otorgar ventajas concretas a los originadores de iniciativas privadas al momento de seleccionar el contratista que ejecutará el proyecto. En el caso de iniciativas privadas *“que requieren desembolsos de recursos públicos”* la ventaja consiste en otorgarle una bonificación de entre el 3 y el 10% en el puntaje que obtenga su propuesta en la licitación pública correspondiente¹². En iniciativas privadas que no requieren desembolso de recursos públicos, el originador tiene derecho a ser contratado de manera directa, si no se presentan otros interesados en la ejecución del proyecto¹³. O, en el caso en

que efectivamente haya al menos un interesado adicional, el originador tiene derecho a mejorar la propuesta del tercero mejor calificado¹⁴.

Dado el importante número de iniciativas privadas presentadas en Colombia con posterioridad a la expedición de la Ley 1508 y el hecho de que la totalidad de las efectivamente contratadas corresponden a aquellas que no requieren desembolsos de recursos públicos, podría decirse que la ventaja para el originador de mejorar la propuesta del tercero ha producido el resultado buscado.

Sin embargo, esto ha venido acompañado de un efecto colateral que vale la pena considerar: la práctica desaparición de la competencia para ser adjudicatario de los contratos correspondientes.

En efecto, con las únicas excepciones de la iniciativa privada para la ampliación a tercer carril de la doble calzada Bogotá - Girardot¹⁵, la iniciativa privada para el proyecto denominado accesos

¹¹ Op.cit. Exposición de Motivos del Proyecto de Ley No.160 de 2011 del Senado de la República. Pág.14: “[...] Cuando se trate de iniciativas privadas que no requieren desembolsos de recursos públicos, con el propósito de fomentar procesos competitivos, se realizará una publicación del proyecto en la cual se señalarán las condiciones que deben cumplir eventuales interesados en participar en la ejecución del proyecto y se anunciará su intención de adjudicar un contrato al proponente originador. Sin perjuicio de lo anterior, con la finalidad de crear condiciones que posibiliten y constituyan un aliciente a la presentación de iniciativas privadas, se prevé la posibilidad de otorgarle el derecho al originador de la propuesta de mejorar el ofrecimiento considerado mejor calificado, lo que permitirá a la Administración contar con la mejor propuesta posible, y al originador ver reconocido su esfuerzo en la presentación, estructuración y análisis de un proyecto de iniciativa privada.” [Negrilla fuera de texto] También ver la Sentencia C-595 de 2014 de la Corte Constitucional.

¹² Ley 1508 de 2012. Artículo 17. [Modificado por la Ley 1753 de 2015, artículo 38]. “Iniciativas privadas que requieren desembolsos de recursos públicos. Logrado el acuerdo entre la entidad estatal competente y el originador de la iniciativa, pero requiriendo la ejecución del proyecto desembolsos de recursos públicos, se abrirá una licitación pública para seleccionar el contratista que adelante el proyecto que el originador ha propuesto, proceso de selección en el cual quien presentó la iniciativa tendrá una bonificación en su calificación entre el 3 y el 10% sobre su calificación inicial, dependiendo del tamaño y complejidad del proyecto, para compensar su actividad previa, en los términos que señale el reglamento.[...]”

Si el originador no resulta seleccionado para la ejecución del contrato, deberá recibir del adjudicatario el valor que la entidad pública competente haya determinado, antes de la licitación, como costos de los estudios realizados para la estructuración del proyecto.” [Negrilla fuera de texto]

¹³ Ley 1508 de 2012. Artículo 19. “Iniciativas privadas que no requieren desembolsos de recursos públicos. Logrado el acuerdo entre la entidad estatal competente y el originador del proyecto, manteniendo el originador la condición de no requerir recursos del Presupuesto General de la Nación, de las entidades territoriales o de otros fondos públicos para la ejecución del proyecto, la entidad competente publicará el acuerdo, los estudios y la minuta del contrato y sus anexos por un término no inferior a un (1) mes ni superior a seis (6) meses, en los términos que establezca el reglamento, dependiendo de la complejidad del proyecto, en la página web del Sistema Electrónico para la Contratación Pública “SECOP”.

En esta publicación la entidad estatal competente señalará las condiciones que deben cumplir even-

tuales interesados en participar en la ejecución del proyecto y anunciará su intención de adjudicar un contrato al proponente originador, en las condiciones acordadas, si no existieren otros interesados en la ejecución del proyecto.

Transcurrido el plazo de la publicación anteriormente referida, sin que ningún interesado distinto al originador del proyecto manifieste a la entidad estatal competente, su interés de ejecutarlo o cumpla las condiciones para participar en su ejecución, se podrá contratar con el originador, de manera directa en las condiciones pactadas.” [Subrayado fuera de texto]

¹⁴ Ibid. Artículo 20. “Terceros interesados y selección. Si un tercero manifiesta su interés en ejecutar el proyecto, en las condiciones pactadas entre la entidad estatal competente y el originador del proyecto, manteniendo la condición de no requerir recursos del Presupuesto General de la Nación, de las entidades territoriales o de otros fondos públicos para la ejecución del proyecto, deberá manifestarlo y garantizar la presentación de la iniciativa mediante una póliza de seguros, un aval bancario u otros medios autorizados por la ley, acreditando su capacidad jurídica, financiera o de potencial financiación, la experiencia en inversión o en estructuración de proyectos, para desarrollar el proyecto acordado.

¹⁵ Proceso de selección de la Agencia Nacional de Infraestructura No. VJ-VE-APP-IPV-007-2015/VJ-VE- APP-IPV-SA-004-2015, en el que, además del originador, se presentaron 3 ofertas por parte de las siguientes estructuras plurales o proponentes individuales: i) Concesionaria Vías del Desarrollo [integrada por Benton S.A.S y China Gezhouba Group Company Limited Sucursal Colombia]; ii) OHL Concesiones Colombia S.A.S; y iii) Estructura Plural Vías a Girardot [integrada por Industrial Concreto S.A.S y Concreto Internacional].

norte 1¹⁶ y la correspondiente al proyecto Aló Sur¹⁷, en los procesos de selección llevados a cabo para la contratación de iniciativas privadas en Colombia no se presentaron terceros interesados en competirle al originador¹⁸ y, salvo el caso de la ampliación a tercer carril de la doble calzada Bogotá - Girardot¹⁹, todos los proyectos de iniciativa privada adelantados hasta ahora han sido adjudicados, precisamente, a dicho originador.

Somos testigos pues de un desbalance entre 2 herramientas que deberían articularse mejor para ampliar la oferta eficiente de infraestructura pública de buena calidad.

Por una parte, el incentivo a presentar nuevas iniciativas para el desarrollo de proyectos – lo que debería aumentar la provisión de infraestructura pública en Colombia–. Y, por otra, la necesidad de promover la competencia en el proceso de selección del contratista –lo que debería conducir a que el Estado obtenga propuestas más eficientes en la adjudicación–.

Aunque es valioso que los actores privados perciban un aumento en su chance de obtener un contrato, como premio a haber tomado la iniciativa de proponer al gobierno un nuevo

proyecto de infraestructura y –sobre todo– por haber dedicado tiempo, esfuerzo y recursos a la elaboración de estudios necesarios para la estructuración de ese proyecto, ello no debería afectar desproporcionadamente el principio esencial de una sana y abierta competencia en la adjudicación de los contratos, máxime cuando, como en la gran mayoría de los proyectos de APP, no habrá competencia “*en el mercado*”²⁰ en tanto se trata de monopolios naturales [carreteras y aeropuertos tienden a ser monopolios naturales²¹, sobre todo en Colombia en donde los usuarios no suelen tener alternativas comparables].

Cuando no hay posibilidad de competencia “*en el mercado*” es esencial que haya competencia “*por el mercado*”, es decir, al momento de acceder al derecho de desarrollar un proyecto, que no es otro que cuando se selecciona el contratista de APP. De otro modo, se estaría renunciando al elemento esencial de toda economía de mercado como es la colombiana, en donde rige el principio de libre competencia²².

¹⁶ Proceso de selección de la Agencia Nacional de Infraestructura No. VJ-VE-APP-IPV-002-2016/VJ-VE-APP-IPV-SA-008-2016 en el que, además del originador, sólo se presentó 1 oferta por COPASA S.A.

¹⁷ Proceso de selección de la Agencia Nacional de Infraestructura No. VJ-VE-APP-IPV-001-2021/ VJ-VE-APP-IPV-SA-001-2021. Aun cuando, para el cierre de este artículo, aun no se han presentado propuestas, además del originador resultó precalificada la sociedad PRODEORIENTE.

¹⁸ En la anterior categoría no se incluye al proceso de selección del proyecto de APP para la renovación arquitectónica del Coliseo Cubierto El Campín, en el que, a pesar de presentarse una manifestación de interés por un tercero interesado en ser precalificado, el Instituto Urbano de Recreación y Deporte consideró que éste no cumplía con las características establecidas en los documentos pertinentes para participar en el proceso.

¹⁹ De acuerdo con lo establecido en la parte resolutive de la resolución de la Agencia Nacional de Infraestructura No.1234 del 12 de agosto de 2016, en este proceso la Estructura Plural Vías a Girardot logró un puntaje superior al del originador, con una diferencia tal que le impedía a dicho originador mejorar la oferta de dicho tercero. En el proceso de accesos norte 1, si bien Copasa S.A. logró un mejor puntaje que el del originador, éste utilizó su potestad para mejorar la oferta y, en tal virtud, terminó siendo el adjudicatario del proceso.

²⁰ SERRANO PINILLA, Felipe. El derecho de la competencia como mecanismo para garantizar rivalidad en las licitaciones públicas e impulsar el crecimiento económico. 19 International Law. Revista Colombiana de Derecho Internacional. 2011. Págs. 147-182: “Por regla general, los Estados utilizan la licitación pública como herramienta para generar competencia entre quienes pretenden ser adjudicatarios de un contrato estatal. Esto debido a que la contratación pública ordinariamente pretende que una empresa privada provea al Estado un producto o servicio en condiciones de monopolio, de tal forma que no haya competencia en el mercado. Las licitaciones permiten eliminar este inconveniente al generar competencia por el mercado, es decir, por ser el monopolista, de tal forma que la empresa más eficiente y la que otorgue los mejores términos, se convertirá en el único proveedor del bien o servicio. Por la vía de la licitación pública, el Estado garantiza la obtención de bienes o servicios de alta calidad a precios bajos, y libera recursos económicos para la satisfacción de otras necesidades públicas.” [Negrilla fuera de texto]

²¹ Ver “Unsolicited Infrastructure Proposals. How Some Countries Introduce Competition and Transparency” John T. Hodges y Georgina Dellacha. Public-Private Infrastructure Advisory Facility -PPIAF. 2007.

²² Constitución Política. Artículo 88: “La ley regulará las acciones populares para la protección de los derechos e intereses colectivos, relacionados con (...) la libre competencia económica y otros de similar naturaleza que se definen en ella. [...]”; y artículo 333: “La actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común. Para su ejercicio, nadie podrá exigir permisos previos ni requisitos, sin autorización de la ley. La libre competencia económica es un derecho de todos que supone responsabilidades.[...] El Estado, por mandato de la ley, impedirá que se obstruya o se restrinja la libertad económica y evitará o controlará cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional.

La ley delimitará el alcance de la libertad económica cuando así lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación.” [Negrilla fuera de texto]

La falta de competencia para ser adjudicatario de un proyecto de APP en el caso de iniciativas privadas no es un problema exclusivamente colombiano. Ello ha conducido a algunos a desaconsejar el uso del mecanismo del derecho a igualar o mejorar la oferta de un tercero [*“reto suizo”* o *“swiss challenge”*], mecanismo que, como vimos, Colombia adoptó para el caso de iniciativas privadas sin desembolso de recursos públicos, siguiendo la práctica de algunos otros países²³.

En efecto, el Banco Mundial ha señalado que el *“right to match”* o *“swiss challenge”* limita de manera significativa la presión competitiva en tanto posibles competidores tendrán muy pocos incentivos para dedicar recursos y esfuerzo a un propuesta que puede ser mejorada en cualquier caso por el originador, por lo que fuertemente recomienda abstenerse de usar este mecanismo²⁴.

Quizá bajo estas consideraciones, y con el fin de mitigar sus efectos anticompetitivos, el Gobierno Nacional reglamentó²⁵ el derecho del originador a mejorar la oferta del tercero previendo que si el tercero mejor calificado supera en un determinado porcentaje el puntaje de la oferta del originador, éste pierde el derecho de mejorar. El porcentaje se estableció inicialmente en el 20% que es el que se ha aplicado hasta el momento.

La evidencia indica, sin embargo, que esta medida

no ha tenido el efecto buscado²⁶.

Ello se puede explicar por una sencilla razón: el 20% de diferencia podría ser un número excesivamente alto que hace muy improbable que un tercero venza al originador por ese margen tan significativo, con lo cual no se logra incentivar suficientemente la competencia.

Reducir ese margen probablemente contribuirá a que más terceros se interesen en presentar propuestas alternativas, aumentando la tensión competitiva. Es lo que hizo, en buena hora, el Decreto 438 de 2021 recientemente expedido, que redujo el margen del 20% al 10%. Sin embargo, no es descartable que esta disminución sea insuficiente, por lo que será necesario observar la respuesta del mercado a este incentivo, para evaluar si se hace o no necesario reducir el porcentaje aún más.

Otro aspecto relacionado con el mecanismo de “Swiss Challenge” acogido por el legislador colombiano, tiene que ver con la interpretación adoptada por la Agencia Nacional de Infraestructura –ANI– en el sentido de que el originador no puede presentar oferta en el mismo momento en que lo hacen sus eventuales competidores. Esto implica que la única “oferta” del originador corresponde a la que se deriva de las condiciones aprobadas por la entidad pública como resultado

²³ India [Andhra Pradesh, Madhya Pradesh y Rajasthan], Filipinas, Perú, Jamaica e Italia. Tornado de “LINEAMIENTOS PARA EL DESARROLLO DE UNA POLÍTICA DE GESTIÓN DE INICIATIVAS PRIVADAS EN PROYECTOS DE INFRAESTRUCTURA. VOLUMEN III REVISIÓN DE EXPERIENCIAS CON INICIATIVAS PRIVADAS EN PROYECTOS DE INFRAESTRUCTURA”. Grupo Banco Mundial. 2017.

²⁴ “Right to match: Also known as Swiss challenge, an incentive mechanism whereby the USP proponent has the right to match the bid submitted by the preferred bidder. These Guidelines strongly discourage the use of this mechanism”. [Negrilla fuera de texto] Policy Guidelines for Managing Unsolicited Proposals in Infrastructure Projects. Vol. 2 Grupo Banco Mundial. 2017.

²⁵ Ver Decreto 1467 de 2012, artículo 30, modificado por los Decretos 1553 y 2043 de 2014, compilado en el Decreto 1082 de 2015, artículo 2.2.2.15.12. Este último modificado por el Decreto 438 de 2021.

²⁶ GRUPO BANCO MUNDIAL. Lineamientos para el Desarrollo de una Política de Gestión de Iniciativas Privadas en Proyectos de Infraestructura. Volumen III. Revisión de Experiencias con Iniciativas Privadas en Proyectos de Infraestructura. 2017: “Los países que permiten el derecho a igualar la oferta [incluyendo Italia, Filipinas, Colombia y Perú] se han esforzado por crear competencia durante la contratación. Los proyectos de IP que permiten el derecho a igualar la oferta usualmente no han logrado atraer a suficientes postores. En Italia, los funcionarios públicos estiman que se le otorga el contrato al proponente de la IP en aproximadamente el 85 por ciento de los casos. En Filipinas, solo uno de los 10 proyectos de IP fue adjudicado a un postor que no era el proponente de la IP [ver Tabla 3]. En Perú, se otorgó el contrato al proponente de la IP en todos los proyectos de IP, a excepción de uno, la Planta de Tratamiento de Aguas Residuales de Taboada [ver Recuadro 14]. En Colombia, los siete proyectos de IP aprobados en 2015 fueron adjudicados al proponente de la IP [ver Tabla 4]”. Como se ha señalado anteriormente, después del 2015, se han adjudicado 7 iniciativas privadas, de las cuales, como vimos, solo una a alguien distinto del originador.



de los acuerdos a los que se llegue dentro de los 2 meses siguientes a la declaratoria de viabilidad del proyecto de iniciativa privada presentado.

Esta práctica conlleva a que la “propuesta” del originador sea pública y conocida por sus eventuales competidores mucho antes de que estos últimos tengan la posibilidad de presentar sus propias ofertas.

Dado que en Colombia, como ya señalamos, el reglamento adoptó una estrategia para incentivar la participación de terceros, consistente en que, si su propuesta mejora en un determinado porcentaje el puntaje de la oferta del originador, este último pierde el “*derecho a mejorar*” la propuesta del tercero, las consecuencias prácticas de no permitir al originador –cuando haya competencia– presentar una oferta en igualdad de condiciones con el tercero, saltan a la vista: este tercero, no originador, conocerá –de antemano– exactamente cuál es el precio y demás condiciones que harán que su propuesta sea ganadora, venciendo al originador, en tanto éste habrá perdido el “*right to match*”.

Con una diferencia tan grande como la del 20% a la que atrás nos referimos para que la oferta del tercero resulte adjudicatario sin la posibilidad del originador de mejorarla, esta distorsión no se ha evidenciado, en tanto no suele haber terceros que presenten otras propuestas.

Pero, al reducirse este porcentaje [lo que es positivo para incentivar la competencia, como ya expresamos], la prohibición de que el originador presente una oferta en igualdad de condiciones producirá, con alta probabilidad, una serie de efectos perniciosos en contra del principio de

libre y leal competencia y atentará directamente contra la necesidad de obtener eficiencias para el Estado y la sociedad en general, en la contratación de las APP de iniciativa privada.

Esto es así por varias razones:

En primer lugar, los competidores [sobre todo si es uno solo] no tendrán que hacer un cálculo eficiente del costo mínimo de su oferta, pues bastará con mejorar la “oferta” [conocida] del originador en exactamente el monto justo para superar el límite dentro del cual éste puede mejorar la oferta del tercero. Es decir, el Estado perderá la posibilidad de obtener una propuesta más eficiente por parte del tercero.

En segundo lugar, el originador no tendrá la posibilidad de presentar una oferta más eficiente que la que resulte de las condiciones originalmente aprobadas, perdiéndose el beneficio de la “*tensión competitiva*” creada por la manifestación de terceros de participar en el proceso de selección. En efecto, es bien conocido el hecho que las condiciones económicas de un ofrecimiento son completamente distintas si se trata de un único oferente a si hay varios postores. De nuevo, el Estado está renunciando a importantes eficiencias en cuanto al costo del proyecto para la sociedad.

Finalmente, la práctica adoptada por la ANI conlleva a un tratamiento desigual injustificado entre el originador y los terceros haciendo que sus diversas propuestas no puedan ser legítimamente comparables. Esto es así pues, desde el momento en que se definen las condiciones de la “oferta” del originador, hasta el momento en que los terceros pueden presentar sus propuestas, las condiciones fácticas pueden [suelen] haber cambiado de



manera sensible [indicadores económicos, hechos nuevos que afecten la demanda de usuarios del proyecto, afectaciones físicas sobrevinientes, etc.].

Así que la “oferta” del originador se basará en condiciones distintas que las que sustentan la propuesta de los terceros, teniendo estos la ventaja de conocer [e incorporar en lo pertinente en su propuesta] una serie de hechos y circunstancias objetivas que el originador no tuvo oportunidad de valorar.

Además de la clara violación del principio de igualdad, esta práctica, una vez más, conducirá a la eventual pérdida de eficiencias para el Estado, pues le impedirá al originador mejorar su oferta en los casos [nada inusuales] que la evolución de los diversos factores –relacionados con las obligaciones y riesgos del contrato– entre los 2 momentos, permitan la posibilidad de presentar una oferta más eficiente por parte del originador.

Cabe agregar que no encontramos sustento legal para la práctica adoptada por la ANI. Por el contrario, la redacción de las normas pertinentes sugiere que, de haber terceros interesados, debe haber un proceso de selección competitivo y abierto para todos los precalificados, dentro de los cuales se incluye al originador. No se advierte texto ni razón alguna que apoye la exclusión del originador quien, en ese escenario, es un competidor más²⁷.

²⁷ Ley 1508 de 2012. Artículo 20. “Terceros interesados y selección.[...] En ese caso, la entidad deberá abrir un proceso haciendo uso de la metodología establecida para los procesos de selección abreviada de menor cuantía con precalificación, para la selección del contratista entre el originador del proyecto y los oferentes que hayan anexado garantía para la presentación de sus ofertas y cumplan las condiciones para su ejecución.

Si como resultado del proceso de selección el proponente originador del proyecto no presenta la mejor oferta, de acuerdo con los criterios de evaluación establecidos.[...]” [Negrilla fuera de texto] Decreto 1082 de 2015. Artículo 2.2.2.15.12. Manifestación de interés por terceros. [...]. Si se recibieren manifestaciones de interés dentro del término señalado en el artículo anterior y se cumple con los requisitos previstos en la publicación, la entidad estatal competente, sin consideración al presupuesto estimado de inversión, deberá proceder a conformar la lista de precalificados con quien o quienes

Algunos han esgrimido el argumento de acuerdo con el cual permitir que el originador presente una propuesta en condiciones de igualdad con sus competidores conllevaría a que las condiciones originalmente aprobadas sean muy onerosas para el Estado, al desincentivar al originador a acordar condiciones eficientes, pues si se presenta un competidor, podrá mejorarlas, pero si no se presenta competencia el Estado tendrá que contratar en las condiciones ineficientes acordadas.

Este razonamiento no luce suficiente, en nuestra opinión, para renunciar a las evidentes ventajas para el cumplimiento de los fines públicos, que se derivan de permitir al originador presentar una propuesta en el marco del proceso de selección cuando se presenten terceros, ventajas a las que arriba ya nos referimos.

Por una parte, desconoce el hecho de que las condiciones originales han debido ser suficientemente evaluadas y aceptadas por la entidad pública contratante. Por otra, y más importante, debe considerarse que, de corregirse las distorsiones a las que nos hemos referido, no hay razón alguna para que no haya competencia con terceros en la gran mayoría de los casos, como suele suceder en las licitaciones para adjudicar APPs de iniciativa pública.

manifestaron interés y cumplieron los requisitos establecidos por la entidad en la publicación de la iniciativa y el originador de la iniciativa privada, y con esta lista procederá a adelantar la selección del contratista a través del procedimiento de selección abreviada de menor cuantía con precalificación. En caso contrario, procederá a contratar con el originador de manera directa en las condiciones publicadas.

En caso de que se adelante el proceso de selección abreviada de menor cuantía, una vez conformada la lista de precalificados, se tendrán en cuenta las reglas previstas para la selección abreviada de menor cuantía establecidas en la Ley 1150 de 2007 y sus reglamentos, con las siguientes particularidades, sin perjuicio de otras que se señalen en el presente decreto:[...]

3. Si como resultado de la evaluación, el originador no queda en primer orden de elegibilidad [...]” [Negrilla fuera de texto]



4. Desembolsos de recursos públicos y plan de aportes al fondo de contingencias

El determinar que un proyecto de iniciativa privada incorpora o no “*desembolsos de recursos públicos*” tiene un impacto central no sólo sobre el tipo de proceso de selección que se debe llevar a cabo para su contratación y la naturaleza de las ventajas a las que su originador tiene derecho como parte de tal proceso, sino, incluso, sobre la posibilidad misma de que un proyecto de APP pueda ser estructurado y contratado como una iniciativa privada.

El régimen de iniciativas privadas introducido por la Ley 1508 de 2012 incentiva a los originadores para que presenten iniciativas privadas que no incorporen tales desembolsos —abriendo, en tales eventos, la posibilidad de que el proyecto le sea adjudicado directamente al originador [de no haber terceros que manifiesten su interés] o [de haberlos] facultándolo para ejercer el “*swiss challenge*” ya descrito— y, además, prohíbe que se presenten iniciativas privadas que incorporen más de un porcentaje determinado de esta clase de aportes frente a su presupuesto estimado de inversión.

El artículo 5 de la Ley 1508 de 2012 señala que los “*desembolsos de recursos públicos*”²⁸ están supeditados a la disponibilidad de la infraestructura y al cumplimiento de estándares de calidad y niveles de servicio²⁹. Teniendo en cuenta que ese requisito es el mismo que la Ley 1508 exige

para el pago de cualquier remuneración a favor del contratista por la ejecución de un contrato de APP, es evidente que tales “*desembolsos*” se refieren exclusivamente a flujos que hacen parte del esquema de retribución del contrato [de hecho, el mismo artículo 5 de la Ley señala que el desembolso de recursos públicos para los propósitos de dicha norma es una de las varias formas de retribución].

La Corte Constitucional, al describir los elementos principales de las APPs, también parte de la base de que el desembolso de recursos públicos al que se refiere la Ley 1508 se limita a una fuente de la remuneración³⁰.

Así, el régimen legal de las iniciativas privadas impide que recursos que no hagan parte de la retribución del contratista, sean considerados como “*desembolsos de recursos públicos*” para los precisos efectos de determinar la naturaleza de la iniciativa privada correspondiente, aún cuando estén vinculados al proyecto y tengan como fuente un presupuesto público. Es decir, el legislador precisa que el único elemento determinante para identificar que una iniciativa privada cuenta con un “*desembolso de recursos públicos*” es que la misma prevea como parte de su retribución fuentes del erario público.

No obstante, en la práctica y aun antes de la expedición del Decreto 438 de 2021 [cuyas modificaciones en este punto más adelante comentaremos], varias entidades del orden

²⁸ “...desembolsos de recursos del Presupuesto General de la Nación, las entidades territoriales o de otros fondos públicos...”, en los términos del artículo 14, entre otros de la Ley 1508 de 2012.

²⁹ Op.cit. Artículo 5 de la Ley: “Derecho a retribuciones. El derecho al recaudo de recursos por la explotación económica del proyecto, a recibir desembolsos de recursos públicos o a cualquier otra retribución, en proyectos de asociación público-privada, estará condicionado a la disponibilidad de la infraestructura, al cumplimiento de niveles de servicio, y estándares de calidad en las distintas unidades funcionales o etapas del proyecto, y los demás requisitos que determine el reglamento. [...]” [Negrilla fuera de texto]

³⁰ CORTE CONSTITUCIONAL. Sala plena. M.P.Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. Sentencia C-595 de 2014: “Las APP se caracterizan por: [i] tener una larga duración; [ii] definir sus objetos alrededor de proyectos, lo que conlleva la previsión de actividades como el diseño, construcción y mantenimiento de la infraestructura pública sobre la que verse el contrato y/o los servicios asociados; [iii] contar con financiación privada o público-privada; [iv] establecer como forma de remuneración el otorgamiento del derecho a la explotación de la infraestructura o servicio, aunque en algunos casos es posible pactar el desembolso de recursos públicos; [...]” [Negrilla fuera de texto]



nacional encargadas de emitir las autorizaciones necesarias para la contratación de proyectos de iniciativa privada incluyeron como parte de tal concepto rubros que no satisfacen el requisito descrito anteriormente.

En particular, tales entidades interpretaron que los recursos que una entidad contratante tenga que incluir, en aplicación de lo señalado en la Ley 448 de 1998 y el Decreto 1068 de 2015, en el plan de aportes del proyecto al fondo de contingencias, deben contabilizarse como desembolsos de recursos públicos para los propósitos descritos.

Siguiendo lo señalado en el Decreto 1068 de 2015³¹, el plan de aportes al fondo de contingencias corresponde a un cronograma obligatorio de los montos que ciertas entidades estatales deben consignar al fondo constituido para el efecto en cumplimiento de la Ley 448³², con el fin de generar un ahorro programado que les permita contar con caja para asumir los efectos más probables de la configuración de las obligaciones contingentes más representativas a su cargo en virtud de la suscripción de cierto tipo de contratos. Dentro de dichos contratos se encuentran todos los de APP³³.

31 Artículo 2.4.1.1.8: "El Plan de Aportes es el cronograma obligatorio de los montos que deben transferir las entidades estatales sometidas al presente régimen, al Fondo de Contingencias Contractuales de las Entidades Estatales, con destino al cumplimiento de las obligaciones contingentes que asuman en los contratos a que se refiere el artículo anterior, el cual es resultado de la aplicación de las metodologías fijadas por la Dirección General de Crédito Público del Ministerio de Hacienda y Crédito Público para el respectivo sector administrativo."

32 Artículos 2 y 6: "Artículo 2. Fondo de Contingencias de las Entidades Estatales. El Fondo de Contingencias de las Entidades Estatales es una cuenta especial sin personería jurídica administrada por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público. Los recursos, así como los asuntos relacionados con pasivos del Fondo, serán administrados por la Dirección General de Crédito Público y Tesoro Nacional. [...] Artículo 6. Aprobación y seguimiento de la valoración de las contingencias. La Dirección General de Crédito Público del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, aprobará las valoraciones de las obligaciones contingentes que realicen las Entidades Estatales que efectúen aportes al Fondo. Igualmente, esta Dirección realizará un seguimiento periódico a la evolución de los riesgos cubiertos por el Fondo y determinará el incremento o la disminución de los aportes que fueren necesarios, de conformidad con las disposiciones presupuestales.

Parágrafo. Adicionado por la Ley 1955 de 2019, artículo 90. Las entidades territoriales y sus descentralizadas deberán crear su propio fondo de contingencias; [...]."[Negrilla fuera de texto]

33 Ver artículos 2.2.2.1.6.1 y 2.2.2.1.7.3 del Decreto 1082.

Teniendo en cuenta que la Ley 448 de 1998³⁴ y el Decreto 1068 de 2015³⁵ definen las obligaciones contingentes como toda obligación asumida por una entidad estatal por medio de la cual ésta se compromete al pago de una suma de dinero a un contratista por la ocurrencia de un hecho futuro e incierto, en el marco de una APP, dichas obligaciones no son otras que las derivadas de la asunción de un riesgo contractual por parte de la entidad contratante cuya ocurrencia la obligue al pago de una suma de dinero a su contraparte.

En ese contexto, ni la entrega al fondo de contingencias de dichos aportes por parte de la entidad contratante ni su transferencia eventual al contratista, está supeditada al cumplimiento de la disponibilidad de la infraestructura del proyecto ni al cumplimiento de niveles de servicio y estándares de calidad exigibles respecto de la misma (como requiere el ordenamiento legal aplicable para los "desembolsos de recursos públicos"). Por el contrario, la primera depende de las fechas y montos aprobados en el plan de aportes³⁶ y, la segunda, como todo mecanismo dirigido a facilitar el pago de un riesgo contractual (figura conceptualmente distinta a la de la remuneración del contratista), está sujeta exclusivamente a la ocurrencia efectiva del riesgo asumido por

34 Parágrafo del artículo 1: "Para efectos de la presente ley se entiende por obligaciones contingentes las obligaciones pecuniarias sometidas a condición."

35 Artículo 2.4.1.4: "De las Obligaciones Contingentes. En los términos del parágrafo del artículo primero de la Ley 448 de 1998, son obligaciones contingentes aquellas en virtud de las cuales alguna de las entidades señaladas en el artículo 8 del presente decreto estipula contractualmente a favor de su contratista, el pago de una suma de dinero, determinada o determinable a partir de factores identificados, por la ocurrencia de un hecho futuro e incierto."

36 Artículo 2.4.1.1.3 del Decreto 1068 de 2015: "Transferencia de los aportes. Las entidades estatales sometidas al presente régimen, deberán girar al Fondo de Contingencias Contractuales de las Entidades Estatales, los aportes que les correspondan para atender las obligaciones por ellas asumidas en las cuantías, oportunidades y forma prevista en el Plan de Aportes, aprobado por la Dirección General de Crédito Público y registrado ante la Fiduciaria La Previsora S. A. Efectuada la transferencia de los recursos que constituyen cada aporte en ejecución de la respectiva partida presupuestal, la Fiduciaria La Previsora S. A. expedirá a favor de la aportante, un documento en el que conste el monto del mismo, su fecha, el contrato en relación con el cual se ha efectuado y el contratista que eventualmente será el beneficiario del pago por la obligación contingente amparada."

la entidad contratante [i.e. contingencia]³⁷. Por consiguiente, considerar que los montos del plan de aportes son “desembolsos de recursos públicos” va en contravía directa de lo previsto por las normas legales aplicables para la definición de tal concepto en lo que se refiere a APPs.

Una cosa pues, es pagar la retribución al contratista, la cual se sujeta al cumplimiento de la disponibilidad, niveles de servicios y estándares de calidad y otra, bien distinta, es honrar los riesgos que la entidad contratante ha retenido, lo que, por supuesto no depende en absoluto de la disponibilidad, niveles de servicio o estándares de calidad sino de la mera verificación de la condición de la que depende la obligación contingente [la ocurrencia del riesgo]. Considerar que el pago de las obligaciones contingentes es un “*desembolso de recursos públicos*” en los términos definidos por la Ley 1508 de 2012, desconoce palmariamente esta distinción. En consecuencia, la restricción de “*desembolso de recursos públicos*” para efectos de calificar las iniciativas privadas solo debería aplicar, por que así lo dijo con total claridad el legislador, al primer caso [la “*retribución*”]. No al segundo [el pago de las “*obligaciones contingentes*”].

Es de advertir, no obstante, que la posición de las entidades mencionadas tuvo apoyo en lo que el Consejo Nacional de Política Económica y Social afirmó a mediados del 2013 en el documento CONPES 3760, al establecer parte de la política de manejo de riesgo contractual del Estado

³⁷ Ibid. Artículo 2.4.1.1.21: “Desembolsos. La Fiduciaria La Previsora S.A. efectuará el pago debido por una entidad aportante a su contratista, por concepto de una obligación contingente, cuando sea requerida para ello, con los recursos que haya aportado la entidad al Fondo de Contingencias Contractuales de las Entidades Estatales en relación con el contrato que dio origen a la obligación y hasta concurrencia de la suma aportada con tal objeto. Con la finalidad anotada, la Fiduciaria La Previsora S. A. deberá verificar que el requerimiento de desembolso proviene del funcionario o funcionarios competentes de la entidad estatal aportante, así como la autenticidad del acto debidamente motivado que declara la ocurrencia de la contingencia y la de los documentos que acompañen la solicitud de desembolso. [...]” [Negrilla fuera de texto]

aplicable al programa de la cuarta generación de concesiones viales³⁸. Hoy, desafortunadamente, también tiene apoyo en el recientemente expedido Decreto 438 de 2021. Tanto el CONPES 3760 como este decreto desconocen, en nuestra opinión, lo establecido expresamente en la Ley 1508 de 2012.

Es muy importante considerar que la discusión no se circunscribe a un detalle interpretativo de técnica presupuestal. De hecho, afecta elementos centrales de viabilidad de los proyectos o su capacidad de cumplir su finalidad estatal. La experiencia colombiana ha demostrado que la implementación de la posición contenida en el documento CONPES 3760 [ahora respaldada por el Decreto 438 de 2021] ha alterado la correcta aplicación de uno de los puntos centrales del éxito de cualquier proyecto de APP: su adecuada asignación de riesgos; lo cual, en la respetuosa opinión de los autores, es una de las principales causas para i) el fracaso definitivo o temporal de varios proyectos de iniciativa privada en Colombia, y ii) el innecesario encarecimiento – para el patrimonio público y para los usuarios– de los proyectos que se contratan como resultado de iniciativas privadas.

Efectivamente, al exigirse que los aportes al fondo de contingencias sean contabilizados como “*desembolsos de recursos públicos*”, en últimas, se incentiva a que los originadores no sigan el principio de asignación eficiente de riesgos en los proyectos que presenten [según el cual debe

³⁸ “[...]Con base en lo establecido en el artículo 17 de la Ley 1508 de 2012, cuando se presenten iniciativas privadas que requieran desembolsos de recursos públicos, los recursos del Presupuesto General de la Nación, de las entidades territoriales o de otros fondos públicos, no podrán ser superiores al 20% del presupuesto estimado de inversión del proyecto. En ese sentido, los riesgos podrán ser asumidos por la ANI realizando los aportes correspondientes al Fondo de Contingencias, aportes que se entienden como recursos públicos y computarán dentro de los límites impuestos legalmente. [...]” [Negrilla fuera de texto]



asignarse cada riesgo a la parte contractual con mejor capacidad de administrarlo], sino que tal asignación esté sobretodo dirigida a evitar que la entidad contratante asuma riesgos que puedan generar la necesidad de un plan de aportes para el proyecto [aún cuando sea ésta la que esté en mejor capacidad de gestionarlos]. De lo contrario, los originadores podrían perder las valiosas ventajas en el proceso de selección descritas anteriormente.

Y, aún cuando, bajo una visión miope de la estructuración de proyectos que siga el prejuicio de que la asignación de riesgos debe ser el resultado de una “negociación de suma cero”, dicho incentivo pareciera ser beneficioso para la entidad contratante en tanto disminuye su exposición formal en la asignación de riesgos, reduciendo o eliminando la necesidad de vincular recursos de presupuesto a la iniciativa privada, éste termina teniendo efectos opuestos; toda vez que el desconocimiento de la regla de asignación eficiente en un proyecto de APP [podría decirse que en cualquier contrato], por definición, genera dos potenciales efectos: i) que el proyecto como un todo cueste más al patrimonio público y a la sociedad en su conjunto de lo que habría costado de haberse seguido dicha regla; y ii) que la ejecución del contrato fracase por la falta de herramientas del contratista para gestionar riesgos que debieron haber sido asignados a la entidad contratante.

Lo anterior se debe a que tal principio de asignación [establecido como un elemento esencial de todo contrato de APP por el artículo 4 de la Ley 1508³⁹]

³⁹ * Artículo 4°. Principios generales. A los esquemas de asociación público privada les son aplicables los principios de la función administrativa, de contratación y los criterios de sostenibilidad fiscal. Los esquemas de Asociación Público Privada se podrán utilizar cuando en la etapa de estructuración, los estudios económicos o de análisis de costo beneficio o los dictámenes comparativos, demues-

busca que en el manejo de los riesgos de los proyectos se logre, en la medida de lo posible, un óptimo de Pareto. Es decir, el ideal en la asignación de riesgos de una APP es que cada riesgo lo asuma la parte contractual que cobre menos por su gestión [en tanto tiene mejores herramientas relativas para administrarlo] y, por ende, no existan ineficiencias en la administración de los mismos. Ir en contra de dicha máxima, asignando riesgos al privado que no le permitan cumplir la premisa anterior, implicará que éste cobre al proyecto [a través de su estructura de retribución] un valor mayor al que le habría implicado a la entidad pública retener el riesgo respectivo [incluso considerando los valores asociados con el plan de aportes] y, en algunos casos, dicha ineficiencia relativa puede hacer incluso que tal privado no esté en capacidad de gestionar el riesgo correspondiente al no tener herramientas efectivas para hacerlo.

Es relevante resaltar que, incluso en proyectos que se retribuyen exclusivamente con la explotación económica del activo, esa circunstancia tiene un efecto directo no sólo en los usuarios de la infraestructura vinculada al proyecto [quienes pagan las tasas, precios públicos o, en general, los ingresos correspondientes a tal explotación] sino especialmente en la entidad contratante. Efectivamente, al ser tal explotación económica la generadora de recursos que, de no existir el contrato de APP respectivo, recibiría la entidad contratante, tal ineficiencia termina requiriendo la vinculación de recursos de la explotación que, de haberse cumplido el principio de asignación

tren que son una modalidad eficiente o necesaria para su ejecución.

Estos instrumentos deberán contar con una eficiente asignación de riesgos, atribuyendo cada uno de ellos a la parte que esté en mejor capacidad de administrarlos, buscando mitigar el impacto que la ocurrencia de los mismos pueda generar sobre la disponibilidad de la infraestructura y la calidad del servicio.” [Negrilla fuera de texto]



eficiente, podrían haber sido utilizados por la entidad para la ejecución de inversiones adicionales.

Y, aún cuando algunas afirmaciones aisladas de la Corte Constitucional⁴⁰ y el Consejo de Estado⁴¹ han sido interpretadas erróneamente⁴² para señalar lo contrario, la aplicación del principio de asignación eficiente no se ve afectado por el tipo de iniciativa que haya originado el proyecto respectivo. Como se deriva del artículo 4 de la Ley 1508 y de la lógica misma de la asignación de riesgos, tal ejercicio es indiferente a si la APP correspondiente es de iniciativa privada o pública. Ciertamente, las capacidades de administrar un riesgo por parte de cada parte contractual respecto de un proyecto específico no varían dependiendo de si tal proyecto se originó por el privado o por la entidad pública. Entonces, asumir una posición contraria [e.g. incentivando que en las iniciativas privadas los contratistas asuman más riesgos que en las públicas], sólo genera un incremento del costo de los proyectos de iniciativa privada a las entidades contratantes sin beneficios correlativos.

Unos ejemplos particularmente dicentes de los efectos que tal aproximación ha tenido sobre las iniciativas privadas en Colombia son las experiencias de los proyectos Malla Vial del Meta y Cesar – Guajira.

⁴⁰ Ver: Op.cit. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-595 de 2014: “Las APP se caracterizan por: [...] [vi] trasladar parte importante de los riesgos al contratista –por ejemplo, los asociados al diseño, niveles de demanda, deterioro y mantenimiento de la infraestructura- según su capacidad y experiencia; [...]”

⁴¹ Ver: CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Sentencia del 29 de enero de 2018. Rad No.57.421: “El elemento particular en la estructuración bajo el esquema de APP es el de la determinación y valoración de los riesgos que entraña la iniciativa privada formulada por el originador del proyecto. De acuerdo con el artículo 14 de la Ley 1508 de 2012 el particular que estructura un proyecto de infraestructura pública o para la prestación de los servicios asociados a aquella, lo hace por su propia cuenta y asumiendo los riesgos.”

⁴² En todos los anteriores pronunciamientos, dichas altas cortes resaltan que el criterio primordial para la asignación de riesgos de contratos de APP es el principio de asignación eficiente. Siguiendo lo establecido en el Decreto 100 de 2013, compilado en el Decreto 1082.

En el primero, estructurado de manera coetánea con los proyectos de primera ola de la Cuarta Generación de Concesiones Viales, el originador propuso asumir el riesgo de demanda en el proyecto, probablemente para evitar que se considerara que el proyecto comprendía “*desembolsos de recursos públicos*” y para favorecer la iniciativa privada en la comparación que debía hacerse con la estructuración de iniciativa pública que la entidad había contratado para el mismo proyecto⁴³.

Dicha asignación evidentemente no se derivaba de la aplicación del principio de asignación eficiente, en tanto, en todos los proyectos carreteros de iniciativa pública estructurados en ese momento [incluyendo la estructuración que sobre ese mismo proyecto estaba adelantando directamente la ANI] se había identificado que los privados no contaban con herramientas suficientes para gestionar de manera eficiente la variación de la demanda, por lo que tal riesgo estaba siendo retenido por la Agencia Nacional de Infraestructura. No obstante, en virtud de lo establecido en el documento CONPES 3760, el proyecto fue contratado con dicha asignación, obteniendo las autorizaciones de todas las entidades vinculadas con tales procedimientos.

Lo que siguió como parte de la ejecución del proyecto⁴⁴ evidenció de manera clara las distorsiones derivadas de no seguir el principio de asignación eficiente. Ante una caída dramática de tráfico del proyecto con ocasión de ciertos comportamientos macroeconómicos a los que el corredor correspondiente era particularmente sensible, el concesionario inició un proceso arbitral

⁴³ Siguiendo lo establecido en el Decreto 100 de 2013, compilado en el Decreto 1082 de 2015.

⁴⁴ Que, como se señaló en el numeral 3 anterior, fue adjudicado al originador como parte de un proceso de selección de una iniciativa privada sin desembolso de recursos públicos.

para que, entre otros propósitos, se declarara que, aún cuando el contrato señalaba expresamente que el concesionario había asumido todos los efectos favorables y desfavorables de la variación del tráfico⁴⁵, éste no estaba en capacidad –ni debía entenderse que asumía la obligación– de asumir los efectos que superaran los supuestos de variación de tráfico previstos en sus documentos de factibilidad⁴⁶. Como resultado de dicho proceso arbitral, entre otras decisiones, el laudo determinó que, aunque era obligación contractual del concesionario asumir el riesgo de tráfico en los términos señalado en el contrato⁴⁷, era

⁴⁵ Sección 13.2[a][xviii] de la parte general del contrato de concesión del 4 de mayo de 2015: “Salvo que la Parte Especial prevea otra cosa, los siguientes son los riesgos asignados al Concesionario, además de los que sean asignados en otras partes del Contrato [incluyendo sus Apéndices] o de los que por su naturaleza deban ser asumidos por el Concesionario: [...] [xviii] los efectos favorables o desfavorables de la variación del tráfico durante la vida del proyecto.”

⁴⁶ Pretensiones de la demanda arbitral del concesionario: “PRETENSIÓN DÉCIMA SÉPTIMA.- Que se declare que en el Modelo Financiero del Proyecto objeto del Contrato de Concesión No. 004 del 5 de mayo de 2015, el Concesionario estimó variaciones del tráfico respecto del inicialmente previsto en un 5%, según la Matriz de Riesgos evaluada en la Etapa de Factibilidad del Proyecto en Concesión, todo lo cual fue revisado y evaluado por Departamento Nacional de Planeación, el Ministerio de Hacienda, la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI y la firma evaluadora de la iniciativa privada. PRETENSIÓN DÉCIMA OCTAVA.- Que se declare que las estimaciones de incremento de tráfico realizadas por el Concesionario en el Modelo Financiero del Proyecto entregado en factibilidad del año 2013, son razonables e idóneas de acuerdo con el estudio histórico de la evolución del tráfico en la región en general y en la zona del Proyecto en particular, realizada por el Originador del Proyecto y base del modelo financiero del mismo. [...] PRETENSIÓN VIGÉSIMA QUINTA.- Que se declare que las variaciones estructurales del tráfico del Proyecto y la no aplicación del esquema tarifario contractual, en tanto premisa esencial del Caso Base del Contrato de Concesión No. 004 del 5 de mayo de 2015, más allá del 45% de fluctuación respecto de lo previsto en el Modelo Financiero de la Estructuración del Proyecto, afectan sustancialmente el esquema financiero del Proyecto en concesión y hacen inviable su ejecución, en las condiciones inicialmente propuestas por el Originador, toda vez que como pre-requisito de inicio de la fase de construcción se debe acreditar el cierre financiero del Proyecto.[...]” [Negrilla fuera de texto]

⁴⁷ Tribunal de Arbitramento de la Concesión Vial de los Llanos S.A.S contra Agencia Nacional de Infraestructura. Parte resolutive del laudo del 28 de febrero de 2019: “Quincuagésimo noveno: Como consecuencia de lo anterior, declarar que cualquier circunstancia que haya tenido incidencia alguna en la ejecución del Contrato de concesión bajo el Esquema de APP 004 de 2015, particularmente frente a la obligación de obtención de cierre financiero, corresponde a la concreción de un riesgo razonablemente previsible y resistible para el originador, hoy CONCESIÓN VIAL DE LOS LLANOS S.A.S. En este sentido prospera la pretensión décima cuarta subsidiaria particular consecencial de la Demanda de Reconversión Reformada. Sexagésimo: Declarar que no procede la revisión, ni mucho menos la terminación del Contrato de concesión bajo el Esquema de APP 004 de 2015 al no haberse configurado la teoría de la imprevisión. En este sentido prospera la pretensión décima sexta de la Demanda de Reconversión Reformada. Sexagésimo primero: Declarar que la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI no se encuentra obligada a asumir ninguno de los riesgos legal y contractualmente asignados al contratista, particularmente los riesgos de tráfico y los riesgos financieros del proyecto. En este sentido prospera la pretensión décima séptima de la Demanda de Reconversión Reformada. Sexagésimo segundo: Declarar que el Contrato de Concesión bajo el Esquema de APP 004 de 2015 no contempla la obligación de garantía de ingreso mínimo por parte de la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI, o un valor estimado que genere prestación alguna en favor de CONCESIÓN VIAL DE LOS LLANOS S.A.S. En este sentido prospera la pretensión décima octava de

“financieramente inviable” ejecutar el contrato bajo las condiciones iniciales⁴⁸, por lo que, bajo el mejor entendimiento de los autores del texto del laudo, las partes debían definir las condiciones que permitieran viabilizar tal ejecución.

Sin perjuicio de las particularidades del pleito y del laudo, lo anterior demuestra que el incentivo contenido en el documento CONPES 3760 llevó a que el originador asumiera un riesgo que claramente no podía administrar y que afectó directamente su capacidad de ejecutar el proyecto [paralizando las obras y postergando, aún hasta ahora, la ejecución de sus obligaciones⁴⁹]. En comparación, los proyectos carreteros de iniciativa pública de la Cuarta Generación de Concesiones Viales que asignaron el riesgo de tráfico en cabeza de la entidad contratante, si bien han enfrentado diversos retos, no se han visto afectados por un impacto de esta naturaleza derivado del comportamiento del tráfico del proyecto [ni siquiera ante eventos tan dramáticos como los desencadenados por la pandemia del virus SARS-CoV-2].

En el proyecto Cesar- Guajira, también coetáneo a la Cuarta Generación de Concesiones Viales, la asignación de ciertos riesgos asociados con el riesgo de tráfico del proyecto [como la no instalación de casetas de peaje nuevas y la modificación de la estructura tarifaria] tomó un

la Demanda de Reconversión Reformada. [...]” [Negrilla fuera de texto]

⁴⁸ Ibid.: “Vigésimo primero: Declarar que la ejecución del proyecto en las condiciones actuales resulta financieramente inviable para el Contratista - Concesionario. En este sentido prospera la pretensión vigésima octava de la Demanda Principal Reformada. [...] Trigésimo: Declarar que CONCESIÓN VIAL DE LOS LLANOS S.A.S. en tanto contratista estatal, no está obligada en las condiciones actuales del Proyecto, ni por la Ley ni por el Contrato de Concesión No. 004 del 5 de mayo de 2015, a ejecutar el Contrato de Concesión a pérdida y contra su propio patrimonio. Lo anterior sin perjuicio de la responsabilidad que le corresponde en los términos indicados en este laudo. En este sentido prospera la pretensión cuadragésima primera de la Demanda Principal Reformada. [...]” [Negrilla fuera de texto]

⁴⁹ Lo que, de acuerdo con información de la Agencia Nacional de Infraestructura, ha llevado a que, transcurrido casi 6 años después de sus suscripción, ninguna de las unidades funcionales del proyecto tengan avance alguno.

camino intermedio, señalando que los mismos sí eran asumidos por la ANI, pero exclusivamente a través de mecanismos de compensación que no implicaran una obligación contingente.

Así, tales riesgos se asumieron a través de: i) el uso de los recursos excedentarios de subcuentas del patrimonio autónomo de las cuales era beneficiaria la ANI [que debían ser nutridas por una parte del recaudo del proyecto]; ii) la ampliación del plazo inicial del contrato [y del valor presente del ingreso esperado de peajes]; iii) el aumento de las tarifas de peaje; iv) y la reducción del alcance del proyecto. Sin embargo, tal contrato no contó con los mecanismos de asunción de riesgo líquidos pactados respecto de tales riesgos en los proyectos carreteros de APP de iniciativa pública que contrató la ANI en ese momento [i.e. pago de recursos líquidos ante la configuración del riesgo].

Por supuesto, contar con un mecanismo intermedio de cubrimiento es mejor que no contar con cubrimiento alguno; pero, la aplicación del principio de asignación eficiente no sólo determina la asignación del riesgo, sino la forma más eficiente de que el mismo sea cubierto por la parte contractual correspondiente. Por ende, generar una asimetría entre proyectos de iniciativa pública y de iniciativa privada respecto de los mecanismos de cubrimiento del riesgo, sin haber una razón de fondo distinta de que en éstos últimos no se quiere que tales mecanismos contabilicen como “*deseMBOLSO DE RECURSOS PÚBLICOS*”⁵⁰, también genera la ineficiencia y contingencias descritas anteriormente para cuando se asigna un riesgo en contravía a dicho principio.

⁵⁰ De la revisión de las características técnicas de este proyecto, no se evidenció que éste se diferenciara de aquellos que fueron contratados por iniciativa pública de la ANI. De hecho, sobre buena parte del alcance de este proyecto, la ANI también adelantó una estructuración de iniciativa pública y que fue eventualmente descartada para contratar la iniciativa privada.

Lo anterior llevó a que, ante la limitación de los mecanismos intermedios pactados para absorber los efectos de la configuración de los riesgos mencionados⁵¹, la ANI y el concesionario del proyecto optaran por terminar de manera anticipada el contrato respectivo. Este escenario es paradójico, toda vez que por evitar la vinculación de recursos de presupuesto a la asunción de riesgos a cargo de la ANI, se terminó causando la liquidación del proyecto que, por definición, obliga a la entidad a vincular justamente dicho tipo de recursos de presupuesto para repagarle al concesionario los costos incurridos en la ejecución de sus obligaciones hasta el momento.

Considerando los anteriores efectos y experiencias, a nuestro juicio, es evidente la necesidad urgente de que se cumpla a cabalidad lo señalado en la Ley 1508 de 2012, y se deseche cualquier interpretación según la cual los planes de aportes y, en general, los recursos necesarios para atender los riesgos retenidos por la entidad contratante, son considerados “*deseMBOLSOS DE RECURSOS PÚBLICOS*”. Lo anterior permitirá eliminar el principal obstáculo a que el mandato establecido en el artículo 4 de la Ley 1508 (imprescindible para el éxito de los proyectos de APP) sea cumplido en las APP de iniciativa privada. Como ha quedado claro, ello no tiene como propósito mejorar las condiciones de los contratistas en detrimento de los

⁵¹ Acta de ocurrencia de una causal de terminación anticipada e inicio de etapa de reversión del contrato de concesión No.6 de 2015 celebrado entre la Agencia Nacional de Infraestructura y Concesión Cesar – Guajira S.A.S.: “En consideración a la materialización del riesgo de no recaudo en la Estación de Peaje de Río Seco, habiendo transcurrido más de noventa [90] Días desde el día 16 de febrero de 2017 sin que se operara dicha Estación, en los términos de la Sección 3.4 [g] [i] de la Parte General, el Acta de Entendimiento de 9 de marzo de 2017, con un VPRP superior al 30% sobre el VPIP original regulado en la Sección 3.4 [h] [iv] y [v], y considerando los escenarios evaluados en la presente Acta, se concluye que los Mecanismos para la Compensación por Riesgo establecidos en la Sección 3.2 de la Parte General son insuficientes para compensar los riesgos activados en el Proyecto, de manera que en el marco de los tiempos regulados en las Secciones 17.1, 1.129, 1.146 y 9.7[a] y [e] de la Parte General, y dando aplicación a la Sección 17.2 [b] [iii] y [iv] de la misma Parte, es procedente la declaratoria de ocurrencia de una causal de Terminación Anticipada del Contrato y consecuentemente el inicio de la Etapa de Reversión.[...]” [Negrilla fuera de texto]

intereses públicos, sino, por el contrario, garantizar que las entidades públicas contraten proyectos en las condiciones más eficientes, aumentando su capacidad de inversión y reduciendo los factores de potencial fracaso de los mismos.

Por lo anterior, resulta preocupante que –en vez de corregirse la distorsión– el Decreto 438 de 2021 optó por ir en la dirección contraria. Efectivamente, en dicha norma reglamentaria, en contravía de lo señalado en el artículo 5 de la Ley 1508, se incluyó una mención expresa a que el plan de aportes sí es un *“desembolso de recursos públicos”*, junto a otras disposiciones que parecen atribuirle tal calidad a cualquier pago que tenga la aptitud de ser entregado por parte de la entidad contratante al privado durante la ejecución del proyecto, pareciendo desincentivar todo pago líquido de recursos de presupuesto por la ocurrencia de un riesgo [incluso respecto de aquellos que no aportaron al fondo de contingencias] e incluso pagos como los derivados de la liquidación.

Dado el hecho de que la iniciativa de una APP, sea pública o privada, en nada cambia la naturaleza de los proyectos de APP (en ambos casos se trata de activos públicos necesarios para la prestación de servicios a cargo del Estado y en ambos casos la fuente de su repago son recursos que o son públicos o lo serían de no haberse cedido al contratista), nos enfrentamos a un contrasentido: exactamente el mismo proyecto costará más para el Estado y el conjunto de la sociedad y tendrá un mayor riesgo de fracaso (lo que implica el mayor costo concebible) si es contratado como resultado de una iniciativa privada que si es la culminación de una iniciativa pública.

No es necesaria demasiada perspicacia para advertir dos posibles soluciones a ese diagnóstico: derogar la posibilidad de las iniciativas privadas, renunciando a la capacidad del sector privado de proponer más proyectos supliendo al Estado al invertir a riesgo sus propios recursos en los costosos estudios y diseños propios de una estructuración, o corregir las distorsiones anotadas para hacer de las iniciativas privadas una mucho mejor herramienta para la provisión de la infraestructura que tanto necesita nuestro país.



COMPETENCIA Y COLUSIÓN EN LAS COMPRAS PÚBLICAS



ANDRÉS BARRETO GONZÁLEZ
Superintendente de Industria y Comercio.

I. Introducción

La colusión es una conducta que consiste en que los oferentes, que deben competir entre sí, conspiran para aumentar los precios, reducir la calidad de los bienes o servicios y/o repartirse los mercados dentro de los procesos de licitación contractuales. En definitiva, se trata de realizar cualquier actividad contraria a la libre competencia dentro de los procesos licitatorios que afecte la decisión de la entidad estatal para adjudicar un contrato.

La colusión es especialmente grave en Colombia, ya que existen escasos recursos públicos, existen poco competidores por sector, se busca que haya un impacto efectivo de las compras públicas y este tipo de actos desvían los recursos de las entidades contratantes, disminuyen la confianza de la ciudadanía y minimiza los beneficios de los mercados competidos para el Estado.¹

El ordenamiento jurídico colombiano condena la colusión, tanto en el ámbito de las normas del derecho de la competencia, el derecho penal y el régimen de contratación estatal. Las normas que regulan la materia son el inciso 2 del numeral 5º del artículo 5º de la Ley 80 de 1993, el numeral 9º del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 y Artículo 27 Ley 1474 de 2011.

Debido a que los actos colusorios son en general

secretos o simulados, las pruebas para detectar una colusión son indiciarias. Para ello la Superintendencia de Industria y Comercio ha publicado una cartilla denominada “*Guía Práctica para Combatir la colusión en las licitaciones*”, donde se exponen algunos elementos de juicio. En este sentido, la práctica ha ido señalando que estos son los indicios más fuertes en este tipo de casos:

- i) Propuestas recibidas con los mismos errores de ortografía y el mismo diseño.
- ii) Propuesta que en su aspecto técnico tiene el mismo concepto.
- iii) Las propuestas hacen referencia expresa a las ofertas de otros competidores.
- iv) Propuestas muy altas que no tienen justificación técnica dentro del mercado.
- v) Procesos licitatorios en donde los plazos para la presentación de la oferta son muy corto, a pesar de las características del objeto a contratar y del mercado pertinente.
- vi) Sospechas de que los oferentes han trabajado conjuntamente en la elaboración de las propuestas.²

En caso de que se presenten indicios de colusión, los funcionarios tienen varias actuaciones que pueden realizar: a) denunciar ante las autoridades pertinentes lo que está ocurriendo en el proceso licitatorio; b) suspender la audiencia de

¹ Torres, Juan Sebastián. La colusión en las licitaciones. La República, 2016.

² Superintendencia de Industria y Comercio. Guía práctica para combatir la colusión en licitaciones, 2013.



adjudicación en virtud del numeral 1º del artículo 2.2.1.2.1.1.2; c) en caso de que sea probada la colusión de un oferente descalificarlo en virtud del compromiso anticorrupción firmado.

Los oferentes o la ciudadanía en general pueden: a) denunciar ante la entidad contratante y la SIC los presuntos hechos presentados. Las empresas pueden adoptar políticas internas y manuales de buenas prácticas corporativas en estas materias. Así mismo, pueden establecer campañas educativas para los altos directivos y el personal que elabora las propuestas en las licitaciones, que muestre la importancia y riesgos de las actividades colusorias.

En términos generales, la colusión es cualquier pacto ilícito que perjudica a un tercero. En materia de competencia, y particularmente en lo que, relacionado con contratación pública, el objeto de dicho pacto es eliminar la competencia. La colusión en licitaciones públicas busca eliminar la competencia en el proceso licitatorio. El efecto de la colusión en licitaciones es especialmente nocivo, si se tiene en cuenta que el proceso licitatorio tiene como propósito precisamente promover la competencia en la compra de bienes y servicios por parte del Estado.³

La colusión en licitaciones públicas nos afecta a todos. En primera instancia, pierden la ciudadanía y el Estado pues la colusión impide que los recursos públicos se usen de forma transparente y eficiente. Se afecta también el mercado, pues lejos de operar libremente, se elimina la competencia necesaria para su crecimiento y desarrollo, y como resultado se reduce la calidad y se aumentan los precios de los bienes y servicios ofrecidos. Y, finalmente, la

colusión en licitaciones afecta a los empresarios que no pueden competir en condiciones de igualdad.⁴

No es necesario lograr la adjudicación del contrato para que la conducta sea sancionada. Cualquier acuerdo colusorio entre dos o más agentes en un proceso de selección es ilegal, sea que el efecto que se persigue se consolide o no. El acuerdo será ilegal aun cuando no se generen daños o así no haya una intención de causar daño a los demás licitantes.⁵

II. La colusión en compras públicas en el ámbito internacional.

En 2008, el Grupo de Trabajo No. 3 del Comité de Competencia de la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico [OCDE], emprendió la tarea de revisar el material existente sobre colusión entre oferentes en licitaciones (*bid rigging*) que en ese momento habían producido los países miembros y observadores, así como desarrollar una guía o lista corta de factores pro-competencia y anti-colusión que los funcionarios de las áreas de abastecimiento deberían considerar, con el objetivo de maximizar una efectiva competencia en una licitación pública.

Esta Guía de la OCDE tenía dos propósitos principales, el primero, brindar ayuda a los funcionarios de las áreas de abastecimiento para reducir los riesgos de colusión entre oferentes en las licitaciones por medio de una mayor atención en el diseño del proceso licitatorio y, el segundo, colaborar con dichos funcionarios en la detección de patrones de colusión entre oferentes durante dichos procesos.⁶

³ García de Brigard, Alejandro. La colusión en licitaciones públicas. Asuntos Legales, 24 de octubre de 2016.

⁴ Ibid.

⁵ Ibid.

⁶ Aprobada por el Comité de Competencia de la OCDE como "Guidelines for Fighting Bid Rigging in



La colusión entre oferentes en licitaciones [*"bid rigging"* o *"collusive tendering"*] se produce cuando empresas, - que en ausencia de dicha colusión habrían competido sin compartir información entre sí -, se ponen de acuerdo para elevar los precios o disminuir la calidad de los productos o servicios a ser proveídos a adquirentes interesados en obtener dichos productos o servicios mediante un proceso competitivo. Organismos públicos y privados frecuentemente recurren a procesos de licitación competitiva para alcanzar la mejor relación precio/calidad atendido el presupuesto disponible [*best value for money*].

Alcanzar precios menores y/o mejores productos resulta deseable ya que permitirá el ahorro de recursos o su liberación para ser usados en la adquisición de otros bienes o servicios. El proceso competitivo permite lograr precios menores o mejoras en la calidad e innovación, sólo cuando las empresas compiten efectivamente, es decir, cuando fijan sus precios y demás condiciones de manera honesta y en forma independiente entre competidoras.

La colusión entre oferentes puede causar mucho daño cuando ella se produce en licitaciones para el abastecimiento público. En estos casos, los acuerdos colusorios extraen recursos de manera ilegítima de los compradores y, en último término, de los contribuyentes, hacen disminuir la confianza pública en el proceso competitivo, y socavan los beneficios de un mercado competitivo.

La colusión entre oferentes en licitaciones es una práctica ilegal en todos los países miembros de la OCDE, y puede ser investigada y sancionada

según sus respectivas normas de defensa de la competencia. En varios países OCDE esta práctica es constitutiva de un delito, sancionado con penas privativas de libertad.

A. Formas frecuentes de colusión entre oferentes en licitaciones.

La colusión entre oferentes en licitaciones puede ejecutarse de diversas formas; todas ellas obstaculizan o menoscaban los esfuerzos de los compradores – muchas veces entidades centrales y regionales de la administración pública –, orientados a obtener productos y servicios al menor precio posible.

Frecuentemente, las empresas competidoras se ponen de acuerdo anticipadamente sobre cuál de ellas presentará la oferta ganadora respecto de un contrato cuya adjudicación está sujeta a una licitación. El objetivo común de un acuerdo colusorio entre los oferentes de una licitación es elevar el monto de la oferta ganadora, incrementando consecuentemente el provecho ilegítimo que será luego distribuido entre los oferentes coludidos.

Los esquemas colusorios suelen incluir mecanismos de asignación y distribución del excedente ilegítimo que se obtiene como resultado del precio más elevado que se ha conseguido gracias al acuerdo colusorio. Por ejemplo, los competidores que consintieron en no presentar ofertas o bien en presentar ofertas destinadas al fracaso pueden ser beneficiarios de subcontratos de productos o servicios por parte del oferente adjudicatario, con el objeto de repartirse la utilidad adicional proveniente del precio más elevado determinado en forma concertada.

Public Procurement", documento DAF/COMP[2009]1, de 24.02.2009, descargable desde: <http://www.oecd.org/competition/bidrigging>.



Sin embargo, esquemas de acuerdos colusorios de larga duración pueden emplear métodos mucho más elaborados para determinar a los ganadores de las licitaciones, y para supervisar, asignar y distribuir las ganancias de los acuerdos colusorios, a lo largo de los meses o años que pueden llegar a mantenerse. Los acuerdos colusorios entre oferentes pueden también incluir pagos en dinero por parte del adjudicatario designado a uno o más de los miembros del pacto.⁷

Estos “pagos compensatorios” suelen estar asociados con empresas que presentan posturas encubiertas [más elevadas]. En la mayoría de los casos, estos “pagos compensatorios” serán encubiertos por el uso fraudulento de facturas por supuestos trabajos subcontratados. En los hechos, dichos trabajos no existieron y la factura es falsa. La utilización fraudulenta de contratos de consultoría puede también perseguir este propósito.⁸

Si bien individuos y empresas pueden acordar implementar diversos esquemas de acuerdos colusorios, generalmente desarrollan una o más estrategias comúnmente conocidas. Estas estrategias no son excluyentes entre sí. Por ejemplo, las posturas encubiertas pueden utilizarse conjuntamente con un esquema de rotación del ganador.

Estas estrategias, a su vez, se manifiestan en patrones o señas que los funcionarios de las áreas de abastecimiento pueden identificar y así ayudar a la detección de estos acuerdos colusorios. Posturas encubiertas. Las posturas

encubiertas [*cover bidding*], también conocidas como posturas de cortesía, simbólicas, simuladas o complementarias, constituyen la forma más frecuente en que los acuerdos colusorios entre oferentes se perfeccionan.

Se está frente a una postura encubierta cuando individuos o empresas han acordado presentar ofertas que contienen, por lo menos, alguna de las siguientes características: [1] un competidor acuerda presentar una oferta que es más elevada que la oferta del ganador previamente determinado por el acuerdo, [2] un competidor presenta una oferta que es conocida y manifiestamente demasiado elevada para ser aceptada, o [3] un competidor presenta una oferta que contiene entre sus condiciones generales términos conocida y claramente inaceptables para el comprador.

Los integrantes del acuerdo colusorio siguen este esquema para dar la apariencia de una competencia genuina:

- i) Supresión o retiro de posturas. El retiro o la supresión de posturas implica acuerdos entre los competidores en el sentido de que una o más empresas consienten en no presentar ofertas o bien en retirar la oferta previamente presentada, en ambos casos, con la finalidad de que el ganador previamente designado sea el escogido por el adquirente. En esencia, en esta figura la empresa no presenta una oferta a la evaluación final del adquirente.
- ii) Rotación del ganador. En los esquemas de rotación del ganador, las empresas del pacto presentan ofertas, pero han previamente acordado ir rotando en la posición de adjudicatario o ganador (es decir, la mejor

⁷ En los países OCDE, el abastecimiento público implica aproximadamente el 15% del PIB. En muchos países no miembros de la OCDE, dicha fracción es aún superior. Véase OECD, *Bribery in Procurement, Methods, Actors and Counter-Measures*, 2007.

⁸ Fiscalía Nacional Económica de Chile, http://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2011/08/guia_oecd_bidrigging_final.pdf



propuesta]. Son varias las maneras en que los acuerdos de rotación del ganador son implementados. Por ejemplo, los miembros del acuerdo pueden decidir asignar contratos por montos aproximadamente iguales a cada firma o bien asignar volúmenes de negocio que correspondan al tamaño de cada empresa.

- iii] Acuerdos de reparto de mercados o de clientes. Los competidores se reparten el mercado y acuerdan no competir por determinados clientes o en determinadas áreas geográficas. Empresas competidoras pueden, por ejemplo, repartirse clientes determinados o tipos de clientes entre diferentes empresas y así, empresas competidoras no presentarán ofertas [o sólo presentarán posturas simbólicas], respecto de aquellos contratos licitados por determinada clase de clientes potenciales que ha sido asignada a otra empresa en específico. Como contrapartida, dicho competidor no presentará una oferta competitiva respecto de un grupo determinado de clientes asignado a otras empresas del pacto.

B. Características de la industria, productos y servicios que contribuyen a que se produzcan acuerdos colusorios entre oferentes.

Para que las empresas puedan implementar un acuerdo colusorio exitoso, ellas deben convenir un curso de acción común para implementar dicho acuerdo, supervisar si las empresas se mantienen unidas en el cumplimiento del mismo, y establecer mecanismos de sanción para las empresas que lo incumplen. Si bien la colusión entre oferentes en licitaciones puede ocurrir en cualquier sector económico, en algunos sectores es más probable que ésta tenga lugar dadas ciertas características

de la industria o del producto en cuestión.⁹

Tales características pueden contribuir a facilitar los esfuerzos de manipulación de las licitaciones por las empresas. Los indicadores o señales de colusión entre oferentes en licitaciones que se enumeran a continuación, pueden adquirir mayor sentido cuando otros factores facilitadores se encuentran también presentes. En tales escenarios, los funcionarios de las áreas de abastecimiento deben prestar particular atención. Si bien varias características de industrias o de productos han sido identificadas como facilitadoras de la colusión, no todas ellas deben concurrir necesariamente para que las compañías manipulen licitaciones con éxito:

1. Pequeño número de empresas: La colusión entre oferentes en licitaciones será más probable cuando un pequeño número de empresas proveen el bien o servicio. Mientras más pequeño el número de empresas vendedoras, más fácil será para ellas juntarse y llegar a acuerdos sobre cómo manipular la licitación.
2. Escasa o nula entrada: Cuando en el tiempo reciente no ha existido y es poco probable que exista nueva entrada de empresas al mercado, por ser ella costosa, dificultosa o lenta, las empresas que ya están en ese mercado se encuentran protegidas de las presiones competitivas de potenciales nuevos entrantes. Las barreras que protegen de nuevos entrantes contribuyen a la colusión entre las empresas establecidas.
3. Condiciones de mercado estable: Cambios importantes en las condiciones de demanda

⁹ <http://www.oecd.org/competition/bidrigging>.



u oferta tienden a desestabilizar los acuerdos colusorios. En cambio, un flujo constante y predecible de demanda proviniendo del sector público tiende a incrementar los riesgos de colusión. Al mismo tiempo, en períodos de trastornos económicos o incertidumbre, los incentivos que los competidores tienen para manipular licitaciones se incrementan en la búsqueda por sustituir pérdidas de negocios por ganancias colusorias.

4. Asociaciones industriales: Las asociaciones industriales pueden propender a fines legítimos y al desarrollo de mecanismos pro-competitivos por los miembros de un sector del comercio, industria o servicios, para la promoción de estándares, innovación y competencia. Sin embargo, cuando se desvían de sus fines legítimos hacia propósitos ilegales y anticompetitivos, tales asociaciones han proveído el espacio ideal para que los ejecutivos de las empresas se junten y oculten sus discusiones sobre las formas en que un acuerdo colusorio podrá ser implementado.
5. Licitaciones repetidas: Las compras repetidas incrementan las posibilidades de colusión. Las licitaciones frecuentes ayudan a los miembros del pacto colusorio, a asignarse contratos entre ellos. Adicionalmente, los miembros del pacto ilícito pueden castigar a un incumplidor que se desvía del mismo privándolo de los contratos originalmente asignados a él. Por lo tanto, aquellos contratos por bienes o servicios que son regulares y periódicos pueden requerir herramientas especiales y supervisión para desincentivar la colusión entre oferentes.
6. Productos o servicios idénticos o simples: Cuando los productos o servicios que las

empresas venden son idénticos o muy similares, es más fácil para las empresas alcanzar un acuerdo sobre una estructura común de precios.

7. Pocos sustitutos, si es que los hay: Cuando son pocos los productos o servicios alternativos que pueden reemplazar a aquel que se está adquiriendo, los individuos o las compañías que desean manipular la licitación se sienten más seguras sabiendo que el comprador cuenta con pocas opciones y que, por ende, es más probable que sus esfuerzos para elevar precios prosperen.
8. Ausencia de cambios tecnológicos significativos: La ausencia de innovación en el producto o servicio ayuda a las empresas a alcanzar un acuerdo y a mantenerlo a través del tiempo.

III. Aspectos para tener en cuenta en las compras públicas.¹⁰

Para evitar el riesgo de colusión la OCDE recomienda dos listas de verificación, la primera sobre cómo diseñar el proceso de adquisición para reducir el riesgo de colusión, y la segunda sobre cómo detectar la colusión en las adquisiciones públicas.

Las listas de verificación sobre cómo diseñar mejor los procedimientos de adquisiciones contienen una serie de sugerencias a los funcionarios encargados de compras, que incluyen:

- Estar informados antes de iniciar un proceso de licitación [sobre las condiciones del mercado, proveedores potenciales y precios recientes].

¹⁰ Ibid.



- Diseñar la propuesta de licitación para maximizar la participación potencial de oferentes genuinamente competitivos [por ejemplo, evitando restricciones innecesarias y reduciendo las imposiciones a la participación extranjera].
- Definir los requisitos contractuales con claridad y evitar que sean predecibles, agregando o desagregando contratos con el fin de variar el tamaño y cronograma de oferentes, y trabajando junto con otras entidades públicas.
- Diseñar el proceso de licitación para reducir eficazmente la comunicación entre los oferentes, por ejemplo, exigiendo a los oferentes firmar un Certificado de Determinación de Oferta Independiente.
- Escoger con cuidado los criterios para evaluar y adjudicar la licitación, por ejemplo, para evitar que se favorezca a funcionarios y que se de cualquier tipo de trato preferencial a ciertos proveedores.
- Crear conciencia en el personal encargado de compras sobre el riesgo de colusión en las compras públicas, implementando programas regulares de capacitación sobre colusión y detección de cárteles o convenios entre oferentes y acumulando información sobre licitaciones anteriores.
- Señales de advertencia y patrones cuando los empresarios presentan propuestas, por ejemplo, que el mismo proveedor gane todas las licitaciones o que algunas compañías siempre presenten propuestas, pero nunca ganen.
- Señales de advertencia en todos los documentos presentados, por ejemplo, errores idénticos o caligrafía similar en documentos de licitación presentados por diferentes compañías.
- Señales de advertencia y patrones relacionados con la fijación de precios, por ejemplo, aumentos repentinos e idénticos de precio que no se pueden explicar por aumentos de costos o una amplia diferencia entre la propuesta ganadora y otras propuestas.
- Declaraciones sospechosas en todo momento, por ejemplo, referencias habladas o escritas a un acuerdo entre los oferentes o declaraciones de que los oferentes justifican sus precios con referencia a “los precios que sugiere la industria”, “los precios estándar del mercado” o “los precios catalogados de la industria”.
- Comportamiento sospechoso en todo momento, por ejemplo, proveedores que se reúnen en privado antes de presentar las propuestas o que regularmente hacen vida social juntos o que parece que celebran reuniones regulares.

La lista de referencia sobre cómo detectar la colusión durante el proceso de compras complementa estas sugerencias y recomienda a los funcionarios encargados de las adquisiciones que estén atentos a:

Esta lista de referencia concluye con una lista de medidas que deben tomar los funcionarios a cargo de adquisiciones, cuando hay sospecha de colusión:

- Obtener un entendimiento práctico de la ley



sobre colusiones aplicable en su jurisdicción.

- No discutir indicios de colusión con los participantes sospechosos.
- Guardar todos los documentos, incluidos los de la propuesta, correspondencia, sobres, etc.
- Mantener un registro detallado de todos los comportamientos y declaraciones sospechosas, incluidas fechas, quienes estuvieron involucrados y quién más estuvo presente y qué es lo que ocurrió o se dijo precisamente.
- Contactar a la autoridad de competencia.
- Después de consultar con personal legal interno, considerar si es adecuado proceder con la oferta de licitación.

IV. ¿Qué motiva la colusión en la compra pública?

La manipulación fraudulenta de la oferta o la colusión en compras públicas tiene lugar cuando las empresas conspiran en secreto para subir los precios, o bajar la calidad de los bienes y servicios que adquieren organizaciones privadas y públicas a través de un proceso de licitación, en vez de competir auténticamente unas con otras para ganar una licitación.

La colusión en compras públicas puede adoptar varias formas. Por ejemplo, oferentes deshonestos pueden acordar presentar propuestas de cortesía o ficticias más altas que la del ganador designado [o propuestas que no cumplen con todos los requisitos técnicos], creando así una apariencia

de competencia genuina [una práctica que se conoce como “propuesta encubierta”].

En otros casos, los coludidos simplemente pueden abstenerse de someter una propuesta o retirar una presentada previamente [“eliminación de propuesta”], dejando así que el ganador designado obtenga el contrato.

En los esquemas de rotación de propuestas los miembros del acuerdo continúan proponiendo, pero presentan por turnos la oferta más baja y así ganan la licitación, de acuerdo con planes más o menos sofisticados. Los oferentes deshonestos pueden también acordar no competir para ciertas categorías de clientes o en ciertas zonas geográficas, dividiéndose así todo el mercado entre ellos.

Además, aparte de quitarles recursos a terceros [y en definitiva a los contribuyentes en el caso de compras públicas], estas prácticas desalientan la entrada de rivales, disminuyen la confianza pública en el proceso competitivo y socavan los beneficios de un mercado competitivo.

La colusión es ilegal en todos los países miembros de la OCDE y puede ser perseguida y penalizada bajo la ley de competencia.

V. Mecanismos de selección y colusiones.

Las subastas inversas son mecanismos de selección en los cuales el único criterio es el precio y por esto es común que como resultado de las pujas competitivas estos procedimientos terminen en precios bajos. Estas ofertas no siempre deben ser interpretadas como artificialmente bajas. En caso de duda sobre una oferta, Colombia Compra



Eficiente recomienda¹¹:

1. Comparar el valor de cada oferta con el costo estimado de la provisión del bien o servicio de acuerdo con el Estudio del Sector elaborado por la Entidad Estatal. La verificación de las ofertas artificialmente bajas puede sustentarse en información adicional a la utilizada en el Estudio del Sector, como precios de fabricantes y otros factores económicos relevantes.
2. Solicitar explicaciones a los proponentes cuyas ofertas sean menores en un 20%, o un mayor porcentaje, al costo total estimado por la Entidad Estatal.
3. Analizar la información remitida por el proponente y considerar el rechazo de las ofertas que cumplan con alguna de las condiciones anotadas. Colombia Compra Eficiente recomienda tener especial cuidado en el desarrollo del análisis de sostenibilidad de las ofertas en subastas inversas, pues es común que ofertas competitivas puedan parecer artificialmente bajas durante el desarrollo de estos procedimientos.

Los precios artificialmente bajos también representan retos a la hora de identificar posibles colusiones en licitaciones públicas, es por ello que Colombia Compra Eficiente recomienda¹²:

1. Identificar las ofertas que pueden ser artificialmente bajas por medio de alguno de los métodos de investigación. La Entidad Estatal puede incluir desagregación de precios o

análisis de precio/costo con relación al objeto del contrato y las demás herramientas que le permitan identificar la estructura de costos del proponente o si la oferta artificialmente baja: (i) pone en riesgo la ejecución del contrato; o (ii) hace parte de una estrategia que afecte la competencia entre proponentes.

2. Solicitar aclaración al proponente de los precios ofrecidos que parecen bajos sin explicación.
3. Analizar aclaraciones para revisar si estas sustentan los valores ofrecidos y si estos son suficientes para ejecutar el contrato de acuerdo con los Documentos del Proceso.
4. Decidir si continúa con la evaluación de la oferta porque la explicación demuestra la habilidad del proponente para cumplir adecuadamente con el contrato con los precios ofrecidos o rechazar la oferta si la explicación no sustenta los valores ofrecidos.

El Decreto 1082 de 2015 establece que la Entidad Estatal debe solicitar aclaraciones al proponente que presenta una oferta que parece artificialmente baja. La Entidad Estatal debe solicitar al proponente explicar por escrito y en detalle su oferta indicando que hace la solicitud por considerar que la oferta puede ser artificialmente baja. La explicación del proponente debe ser completa para permitir el análisis completo de la oferta y su sostenibilidad durante la vigencia del contrato.

Adicionalmente, la Entidad Estatal puede indagar por el costo marginal de las unidades ofrecidas por el proponente. La Entidad Estatal debe analizar la desagregación de precio con base en el Estudio del Sector y la información del mercado disponible.

¹¹ Colombia Compra Eficiente, Guía para el manejo de ofertas artificialmente bajas en procesos de contratación. Disponible en: https://www.colombiacompra.gov.co/sites/cce_public/files/cce_documents/cce_guia_artificialmente_bajas.pdf

¹² Ibid.



De ser necesario debe pedir los mismos datos a los otros proponentes para poder contrastarlos.

La Entidad Estatal puede solicitar aclaraciones tantas veces como lo considere necesario y debe dejar tiempo suficiente a los proponentes para responder. Ese tiempo debe ser proporcional a la complejidad del objeto contratado en términos de administración del riesgo y las características de especificidad del objeto.

La Entidad Estatal debe revisar si la oferta es baja con ocasión de cualquiera de las siguientes circunstancias, caso en el cual debe rechazar la oferta:¹³

- El proponente omitió diligenciar algún ítem o componente de la oferta.
- El proponente cometió un error aritmético en la determinación del valor total de la oferta, por ejemplo, con la suma de los precios unitarios.
- El proponente ofreció por una unidad de medida diferente a la solicitada por la Entidad Estatal.
- El proponente ofrece condiciones técnicas o de ejecución del contrato que no se ajustan a las especificaciones requeridas por la Entidad Estatal.

Si la Entidad Estatal establece la ocurrencia de una de las situaciones anteriores bien sea con base en la aclaración del proponente o la revisión de la oferta, debe rechazar la oferta y explicar las razones de la decisión en la resolución de adjudicación. Si la oferta es baja por una razón distinta a la mencionada en los párrafos anteriores,

la Entidad Estatal debe estudiar con detalle la sostenibilidad de la oferta de acuerdo con las aclaraciones recibidas.

Colombia Compra Eficiente recomienda tener en cuenta los elementos que pueden influir en el valor bajo de una oferta como: i) técnicas diferenciadas de producción del bien o provisión del servicio; ii) cercanía al lugar de provisión o al lugar de abastecimiento de materias primas; iii) mejores condiciones contractuales con los proveedores de insumos; y iv) mayor diversificación de productos o servicios relacionados.

En caso de que un proponente cuente con economías de escala o economías de alcance, la Entidad Estatal debe tenerlo en cuenta en el análisis de las aclaraciones. Para verificar la sostenibilidad de una oferta, el Banco Mundial recomienda analizar los subtotales de cada componente de un contrato.

Para el efecto, la Entidad Estatal debe comparar el costo de cada componente del contrato de cada una de las ofertas recibidas para determinar los componentes que presentan mayor diferencia.

Si alguna oferta resulta estar muy por debajo de las demás en el análisis de subtotales, quiere decir que el proponente subestimó todos los costos asociados, o estableció un margen de utilidad excepcionalmente reducido. En este caso, la Entidad Estatal puede solicitar nuevamente aclaraciones, haciendo énfasis en el margen de utilidad estimado por el proponente.

Para el resto de las situaciones, la Entidad Estatal puede determinar los componentes en los que mayores diferencias presenta la oferta objeto

¹³ World Bank. Abnormally Low Bids and Proposals. Guide the identification and treatment of Abnormally Low Bids and Proposals. 2016.



de análisis respecto a las demás y determinar su sostenibilidad, incluyendo un análisis de si existe una práctica restrictiva de la competencia, de acuerdo con la naturaleza del objeto del contrato.¹⁴ La Entidad Estatal debe tener en cuenta que cada Proceso de Contratación es un mercado particular, con diferentes características de la competencia, cuyos elementos específicos son la base para realizar el análisis de ofertas artificialmente bajas.

La Entidad Estatal debe rechazar la oferta que puede tener precios artificialmente bajos en los siguientes casos: El proponente no presenta por escrito a la Entidad Estatal la aclaración de la oferta. El proponente no envía parte o la totalidad de la información solicitada por la Entidad Estatal. Las aclaraciones del proponente no son satisfactorias para garantizar la sostenibilidad de la oferta durante la ejecución del contrato.

VI. Prevención respecto de los indicadores de acuerdos colusorios en una licitación.

Las variables y elementos ya descritos sobre un posible acuerdo colusorio en una licitación identifican numerosos patrones de las ofertas y de los precios, así como declaraciones y comportamientos sospechosos. No obstante, éstos no necesariamente demuestran que las empresas están involucradas en acuerdos colusorios.

A modo de ejemplo, una empresa podría no presentarse a una determinada licitación pública porque está muy ocupada en otros negocios, o bien, posturas elevadas podrían sólo reflejar una evaluación distinta del costo de un proyecto.

Asimismo, cuando se detectan patrones en las ofertas y en los precios, o bien, cuando los funcionarios de abastecimiento escuchan extrañas declaraciones u observan comportamientos peculiares, se hace necesaria una investigación para determinar si el acuerdo colusorio se está o no produciendo.

Un patrón constante de conductas sospechosas a través de un período considerable es con frecuencia un mejor indicador de una posible colusión que la evidencia obtenida de una sola licitación. Se debe conservar un adecuado registro de toda la información, de tal manera de poder identificar un patrón de conducta a través del tiempo.¹⁵

VII. El *compliance* como herramienta de prevención del riesgo colusorio.

El Estado influye positiva o negativamente en la autonomía de la voluntad, la libertad de empresa y la economía de mercado.

El Estado de Derecho se transformó en 1991 en un Estado Social de Derecho, en donde el ciudadano se convierte en empresario, comerciante, consumidor y en protagonista del desarrollo económico de la nación.

La Constitución Política de Colombia, tras una construcción republicana y de siglo XX, recogió en 1991 la idea de que la ley regularía la libre competencia económica.¹⁶

En este sentido, el Artículo 333 constitucional

¹⁵ Comité de Competencia de la OCDE como "Guidelines for Fighting Bid Rigging in Public Procurement", documento DAF/COMP[2009]1, de 24.02.2009. Traducción [no oficial] de la Fiscalía Económica de Chile.

¹⁶ Artículo 88 de la Constitución Política.

¹⁴ Ibid.



señaló que:

"[...] La actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común. Para su ejercicio, nadie podrá exigir permisos previos ni requisitos, sin autorización de la ley. La libre competencia económica es un derecho de todos que supone responsabilidades. [...]"

En este orden de ideas y cimentado en el equilibrio que debe existir entre derechos y deberes, podemos identificar que en Colombia existen tres libertades íntimamente ligadas con la libre competencia: i) la libertad para escoger actividad, ii) la libertad para la entrada y salida de los mercados, y iii) la libertad de realizar las operaciones de la manera en que se considere que mejor se satisface a los clientes.

En esencia, la libre competencia procura: i) mejorar la eficiencia del aparato productivo; ii) lograr libre acceso a mercados de bienes y servicios; iii) que las empresas puedan participar libremente en los mercados; y iv) que exista variedad de precios y calidades de bienes y servicios.

Con antelación a la Constitución Política de 1991, precisamente desde 1959, se consagró en la legislación colombiana la prohibición general de celebrar acuerdos o convenios que directa o indirectamente tengan por objeto limitar la producción, abastecimiento, distribución o consumo de materias primas, productos o servicios nacionales o extranjeros.¹⁷

Para garantizar la libertad de empresa, el desarrollo de los mercados, el avance económico y un nivel adecuado de industrialización e innovación, requerimos de una libre competencia que

permita avanzar en la obtención de resultados ante estos desafíos.

Para ello, una de las instituciones transversales de mayor importancia es la Superintendencia de Industria y Comercio [en adelante SIC]. Esta entidad de la rama ejecutiva en su rol de policía administrativa ejerce funciones de inspección, vigilancia y sanción a las infracciones al régimen de libre competencia, pero también está llamada a alertar de manera temprana las posibles distorsiones que se generen en materia de libre competencia. Es por ello que también cuenta con facultades de control previo como lo son las funciones de abogacía de la competencia y las autorizaciones de integraciones empresariales.

Colombia como Estado miembro de pleno derecho a la OCDE cuenta con la SIC, que ejerce un rol técnico y jurídico de la mayor importancia, por lo que debe refinar sus herramientas de gestión e implementar mecanismos que estén a tono con las mejores prácticas internacionales, para que estas sirvan al doble propósito de prevenir y sancionar.

Es por ello que, consideramos que el cumplimiento [*Compliance*] no es una mera idea subjetiva de reputación o publicidad, sino que reviste un alto estándar de compromiso corporativo, normativo, conductual, social y económico, el cual a su vez deberá ser orientado, vigilado y exigido por el Estado.

La implementación de adecuados programas y políticas de cumplimiento darán garantía de observancia legal, pero además permitirá que la interacción sea más transparente entre los gobiernos y los privados, contribuyendo así en la construcción colectiva de normas e instituciones

¹⁷ Ley 155 de 1959.



que darán más garantía de formalidad, legalidad y cumplimiento, en un ejercicio de construcción de confianza colectiva.

Es en este contexto que esperamos, por el bien de la libre empresa y la libertad de competencia, i) que se pueda volver obligatoria la abogacía de la competencia, ii) fortalecer los programas de delación en el marco de los beneficios por colaboración, iii) que logremos una adecuada indemnización de perjuicios, pero, sobre todo, que [iv] podamos lograr la expansión de una cultura empresarial de cumplimiento de norma, buenas prácticas empresariales y vigilancia estatal a través de la figura del cumplimiento [*Compliance*].¹⁸

VIII. Recomendaciones

Para las entidades estatales que adelantan los procesos contractuales, Colombia Compra Eficiente recomienda¹⁹ seguir las siguientes estrategias para reducir el riesgo de obtener ofertas artificialmente bajas en sus procesos de contratación, y así mitigar el riesgo de un acuerdo colusorio:

- Elaborar Estudios del Sector adecuados y proporcionales.
- Contar con información robusta de costos y precios del mercado relevante.
- Establecer requisitos de calidad proporcionales a la necesidad que pretende satisfacer con el proceso de contratación.
- Determinar criterios de evaluación y calificación

acordes al mercado para poder seleccionar una oferta que permita un contrato eficaz.

- Establecer especificaciones técnicas verificables.
- Incorporar en los documentos del proceso información clara, pertinente y de calidad, para que los proponentes tengan datos suficientes para estructurar sus ofertas.
- Asegurar una comunicación efectiva y asertiva con el mercado y los proponentes en la etapa de planeación y en la etapa de selección del proceso de contratación.
- Contar con una estrategia para detectar prácticas colusorias y que afectan la competencia en sus procesos de selección.

De acuerdo con las guías y recomendaciones de la OCDE²⁰, también utilizadas por la Autoridad Única de Competencia de Colombia [la SIC], si usted sospecha que un acuerdo colusorio puede estarse produciendo, hay varios pasos que usted debe seguir en aras de contribuir a descubrir este ilícito y conseguir poner fin al mismo:

- Desarrolle una comprensión general sobre las normas legales vinculadas y vigentes a la colusión entre oferentes [contractuales, administrativas, sancionatorias y penales].
- No discuta sus inquietudes con las empresas sospechosas.
- Guarde en lugar seguro todos los documentos, incluidos los de las ofertas y demás documentación de la licitación, correspondencia, sobres, registros de comunicaciones, etc.

¹⁸ Beltrán Pardo, Ismael [Coord.], Competencia económica: reflexiones sobre los diez años de la Ley 1340 de 2009. Universidad Externado de Colombia. 2019.

¹⁹ https://www.colombiacompra.gov.co/sites/cce_public/files/cce_documents/cce_guia_artificialmente_bajas.pdf

²⁰ <http://www.oecd.org/daf/competition/cartels/42761715.pdf#pdf>



- Guarde un registro detallado de todas aquellas conductas y declaraciones sospechosas, indicando las fechas en que ellas se produjeron, quienes aparecen involucrados en ellos y quién más presencié la conducta o declaración, indicando con precisión qué fue lo ocurrido o lo que se dijo. Estos registros o notas deben hacerse en el momento mismo en que ocurre el evento o inmediatamente después mientras permanece fresco en la memoria del funcionario para así proveer una descripción adecuada de lo ocurrido.
- Contacte a la Delegatura de Protección de la Libre Competencia de la Superintendencia de Industria y Comercio, [www.sic.gov.co]. Luego de asesorarse con su equipo jurídico, decida frente a estos antecedentes, si seguir o no adelante con la licitación.

Son innumerables las estrategias que se pueden implementar para disminuir los riesgos de colusión en las adquisiciones públicas, entre ellas destacamos:

- Adopción de políticas internas de las empresas licitantes para evitar la colusión, como requisito previo para hacer parte del concurso o licitación.
- Establecimiento de campañas educativas por parte de las entidades contratantes, acerca de lo que se entiende por colusión, sus repercusiones en la competencia, así como de las sanciones por incurrir en la misma.
- La introducción de cláusulas en los pliegos de condiciones que permitan disminuir, por haber sido sancionado por violación de las normas de libre competencia, un porcentaje del total del puntaje obtenido por parte del proponente. [Salvo en casos de sanciones especiales como

inhabilidades o condenas penales].

- Que exista proporcionalidad entre los requisitos exigidos en el pliego de condiciones y el objeto a contratar, por ejemplo, es común observar pliegos en los que se producen excesos en los requisitos de experiencia, organización de la empresa, capacidad financiera, entre otros.
- Seguimiento especial a la contratación realizada por entidades territoriales, pues en ocasiones no cuentan con las herramientas ni el conocimiento necesario para detectar la presencia de conductas colusorias.
- Ejercer un control sobre la ejecución del contrato también podría ser una medida a tomar, evaluando en qué casos podría permitirse la subcontratación o cesión de contratos a otros oferentes.
- El control previo de determinados pliegos de condiciones por parte de la autoridad de competencia, para impedir el establecimiento de cláusulas que afecten la libre competencia.
- Incluir una buena política de cumplimiento [*Compliance*] en su organización, y en caso tal de que se presten infracciones al régimen de competencia, acogerse a la delación incluida en el programa de beneficios por colaboración, lo que permite además disminuir el riesgo jurídico sancionatorio.

Recuerde que la SIC podrá, a solicitud del denunciante, guardar en reserva la identidad de quienes denuncien prácticas restrictivas de la competencia, cuando en su criterio, existan riesgos para el denunciante de sufrir represalias comerciales a causa de las denuncias realizadas.



NATURALEZA JURÍDICA Y CONTROL JUDICIAL DE LA ACTIVIDAD CONTRACTUAL DE ENTIDADES REGIDAS, EN MAYOR DOSIS, POR EL DERECHO PRIVADO:

A propósito de la unificación jurisprudencial sobre la naturaleza jurídica de los actos de los prestadores de servicios públicos domiciliarios y de su potencial expansivo a otras entidades exceptuadas

Introducción

Un movimiento de expansión y de contracción describe buena parte del devenir del derecho administrativo. Las dosis en las que se presentan las normas derogatorias del derecho común, que disciplinan la actuación administrativa, delinean un fenómeno que se explica a partir de una mayor o menor extensión.

A pesar de las “huidas del derecho administrativo”, seguidas de una ineludible reaparición [manifestación que quizás se comprenda mejor en contextos más generales, en los que se debate una constante dicotomía entre más Estado o más mercado], las dilataciones y las contracciones no han ocurrido, necesariamente, por oleadas, sino que parecen responder, mejor, a una idea de un universo que se expande, al tiempo que sus elementos constitutivos, sus astros, se contraen,



ALBERTO MONTAÑA PLATA
Magistrado de la Sección
Tercera del Consejo de Estado.



PEDRO ZAPATA GARCÍA
Magistrado Auxiliar de la Sección
Tercera del Consejo de Estado.

como resultado del fenómeno gravitacional.

Esta alegoría es útil para comprender una realidad con marcos normativos expansivos, una normativa administrativa que crece en número y que disciplina, cada vez más, aspectos de la actuación de la administración, al tiempo que, en algunos manifestaciones puntuales, el derecho público cede ante un derecho privado que conquista espacio a fuerza de realidad.

Aunque no resulte pacífico el describir el contexto actual como “**un reajuste del ordenamiento jurídico en torno al derecho privado**”¹, y aunque no se esté de acuerdo con calificar al derecho privado como el “**verdadero derecho**” o el derecho de referencia frente al cual deba alinearse el derecho administrativo, esta breve introducción resulta adecuada para contextualizar una realidad actual y presente del Estado: la presencia del derecho privado en una cantidad significativa de procedimientos y de actos de la administración pública.

La contratación estatal es un tema testigo, un sector clásico de referencia² en el cual se evidencia, con

¹ Cfr., Jacques Caillosse, “L’administration française doit-elle s’évader du droit administratif pour relever le défi de l’efficacité?”, en: *Politiques et management public*, n° 2, 1989, pp. 163-182.

² Eberhard, Schmidt-Assman, *La teoría general del Derecho Administrativo como sistema: objeto y fundamentos de la construcción sistemática*, Marcial Pons, Madrid, 2003.

claridad, la materialización de las altas dosis de derecho privado. Cuando se observa la actividad contractual del Estado resulta, por un lado, de fácil comprobación la constante expedición de leyes y de actos administrativos, de normas derogatorias del derecho común para gobernar los contratos de buena parte de la administración pública; al tiempo que se advierte un aumento constante en el número de regímenes exceptuados, de entidades que se rigen, preponderantemente, por el derecho privado.

Esta realidad, que tiene connotaciones y consecuencias capitales, es justamente el objeto del presente escrito, en el cual se pretende, a partir del estudio de una reciente sentencia de unificación jurisprudencial del Consejo de Estado³, explorar la naturaleza jurídica de los actos de algunas entidades exceptuadas del Estatuto que se rigen, en mayor medida, por el derecho privado 1) y algunos desafíos presentes y futuros para un control judicial de la actividad de esas autoridades exceptuadas 2).

1. La naturaleza jurídica de los actos de los prestadores de servicios públicos domiciliarios, la posición jurisprudencial unificada y su cariz expansivo

*“Acercar progresivamente el derecho administrativo al derecho privado, suprimiendo privilegios del derecho de otras épocas”*⁴. De esta manera sintetiza Chevallier una crítica que tuvo que soportar el derecho administrativo en los años 1980, que ponía de presente una eventual

discrepancia entre esta disciplina jurídico-administrativa y la eficacia.

*“La extensión de la lógica comercial a algunas actividades tradicionalmente colocadas fuera del mercado conducirá correlativamente a hacer fluctuar el estatuto de los servicios públicos hacia la esfera del derecho privado”*⁵. Esta afirmación, hecha en un época reciente y desde un contexto liberalizador de las economías, evoca una constatación anterior, catalogada como la primera *“huida del derecho administrativo”*, desde la cual se identificó una administración que prestaba servicios con un alto contenido económico, realidad que puso a prueba la necesidad de que la actuación administrativa estuviera invariablemente sometida a normas especiales derogatorias del derecho común.

En una apretada síntesis, en nuestro ordenamiento jurídico, de la mano de la liberalización de los servicios públicos que tuvo lugar con la adopción de la Constitución Política de 1991 y, en consideración a su referida connotación económica, el legislador de 1994 decidió que los prestadores de servicios públicos domiciliarios estuvieran sometidos a un régimen de derecho privado para sus actos y contratos [artículos 31 y 32 de la Ley 142 de 1994]⁶.

El derecho privado para regir los actos y los contratos constituye una nota de singularidad e identidad para un sector competido. Que los contratos que celebren las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios estén exceptuados de la aplicación del Estatuto General de Contratación

³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sala Plena de la Sección Tercera, Sentencia de 3 de septiembre de 2020, exp. 42003.

⁴ Jacques Chevallier, *L'Etat post-moderns*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 3ª ed., París, 2008. Versión en español, *El Estado posmoderno*, [traducción Oswaldo Pérez], Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2011, p. 131.

⁵ Ibid. p. 133.

⁶ Cfr. Alberto Montaña Plata [dir.], *Régimen normativo de los servicios públicos domiciliarios. Ley 142 de 1994, disposiciones complementarias y jurisprudencia de constitucionalidad concordada*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2013.



Pública y se rijan por el derecho común, fue un mensaje de entendimiento e interiorización casi inmediata. Sin embargo, no ocurrió lo mismo frente a la naturaleza privada de los actos de los referidos prestadores, pues su comprensión armónica ha resultado ser más tortuosa, tanto como que se requirió que la jurisdicción de lo contencioso administrativo adoptara una posición de unificación para dilucidar los entendimientos diversos que habían sido establecidos en distintas providencias.

Antes de pronunciarnos sobre la definición de la naturaleza privada de los actos, valdrá la pena recordar que la excepción de sometimiento al Estatuto Contractual y la correspondiente aplicación del derecho privado, corresponde, en realidad, a un asunto de una mayor dosis en el empleo de normas del derecho común. Para esto, basta con recordar la redacción original del artículo 13 de la Ley 80 de 1993, desde donde se determinó que *“los contratos que celebren las entidades a que se refiere el artículo 20. del presente estatuto se regirán por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, salvo en las materias particularmente reguladas en esta ley”*.

Como se puede observar, el derecho privado es una realidad presente en todos los contratos que celebra la administración, tanto para la entidades sometidas al Estatuto como para aquellas que estén exceptuadas⁷. En contraste, en uno y otro caso tienen plena aplicación los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal⁸.

7 Cfr. José Luis Benavides, *El contrato estatal: entre el derecho público y el derecho privado*, 2ª ed., Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2004.

8 Ley 1150 de 2007, art. 13. *“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 administrativa y de la gestión fiscal de que tratan los artículos 209 y 267 de la Constitución Política, respectivamente según sea el caso y estarán sometidas al régimen de inhabilidades*

Como venimos de reseñar, la Ley 142 de 1994 estableció un régimen jurídico prevalentemente privado para los prestadores de los servicios públicos domiciliarios. Sus contratos [artículo 31] y, en general, sus actos [artículo 32] se rigen, preponderantemente, por el derecho privado.

En lo que toca a la naturaleza jurídica de los actos, años atrás sostuvimos que resultaba legítimo que un sujeto prestador de un servicio catalogado como público pudiera *“imponer eventualmente su voluntad frente a otros de manera unilateral, es decir, que pueda expedir efectivos actos administrativos”*⁹. No obstante, también advertimos que ello no debería ser así en todos los casos, y que lo que resultaba ser verdaderamente representativo era evitar un tratamiento diferencial injustificado que llevara a que algunos prestadores de naturaleza pública pudieran adoptarlos, al tiempo que se les negaba dicha posibilidad a los prestadores de naturaleza privada.

Cuando se pone en consideración que la expedición de típicos actos administrativos [actuación que debe estar precedida de la necesaria e irrestricta observancia del principio de legalidad] trae aparejada formidables privilegios¹⁰ como la presunción de legalidad¹¹ y el carácter ejecutorio¹², se comprende bien la importancia de una adecuada delimitación y de la concepción

e incompatibilidades previsto legalmente para la contratación estatal.

9 Alberto Montaña Plata, *El concepto de servicio público en el derecho administrativo*, 2ª ed., Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2005, p. 218.

10 Cfr., Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández, *Curso de Derecho Administrativo*, 19ª ed., Editorial Civitas, España, 2020.

11 Ley 1437 de 2001, art. 88. *“Los actos administrativos se presumen legales mientras no hayan sido anulados por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. Cuando fueren suspendidos, no podrán ejecutarse hasta tanto se resuelva definitivamente sobre su legalidad o se levante dicha medida cautelar”*.

12 Ley 1437 de 2001, art. 89. *“Salvo disposición legal en contrario, los actos en firme serán suficientes para que las autoridades, por sí mismas, puedan ejecutarlos de inmediato. En consecuencia, su ejecución material procederá sin mediación de otra autoridad. Para tal efecto podrá requerirse, si fuere necesario, el apoyo o la colaboración de la Policía Nacional”*.



acertada sobre la naturaleza de los actos de los prestadores de servicios públicos domiciliarios [y, por este camino, de otras entidades exceptuadas del Estatuto].

No podría más que catalogarse como necesario que el Consejo de Estado se ocupara de definir, con alcances de unificación jurisprudencial, lo relativo a la naturaleza jurídica de los mencionados actos, en particular, ante la existencia de posiciones disímiles y cuando, de por medio, existe una motivación legítima de armonía del ordenamiento jurídico.

La sentencia de unificación de 3 de septiembre de 2020 se pronunció sobre dos posiciones jurisprudenciales que gravitaban en la jurisdicción de lo contencioso administrativo que les otorgaban una naturaleza dispar a los actos precontractuales de las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios. Por un lado, se encontraban quienes consideraban, apoyados en la definición misma del acto administrativo, que cuando las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios actúan durante la etapa previa a la celebración de un contrato exceptuado del Estatuto, sus actos constituían típicos actos administrativos, esto es, manifestaciones unilaterales de la voluntad que producen efectos jurídicos, pues sus actuaciones no podían ser nada diferente a esto, a actos administrativos, para lo cual acudían a pronunciamientos de la jurisdicción de lo contencioso administrativo que respaldaban su posición.

Con independencia de los desencuentros que existen sobre la naturaleza misma de las empresas prestadoras de servicios públicos¹³ [los cuales,

aunque hayan tenido una controvertida respuesta desde la jurisprudencia constitucional y de lo contencioso administrativo, de seguro resurgirán cuando esta última se ocupe, de lleno, de la cláusula general de competencia consagrada en el artículo 104 del CPACA y, en especial, de las consecuencias derivadas de la calificación que su parágrafo 1 da a las entidades públicas], se entendía que estos prestadores [sin detenerse en la clasificación tripartita originalmente establecida por el legislador] expedían actos típicamente administrativos cuando, por ejemplo, “adjudicaban” un contrato.

De manera concreta, se afirmaba: “*el hecho de que una actividad se rija por un ordenamiento jurídico u otro –público o privado- no afecta la naturaleza de los actos que se producen a su amparo, es decir, que una cosa es el régimen sustantivo aplicable a un acto y otra la naturaleza jurídica del acto producido [...] toda actuación administrativa, expresada o no bajo la forma de procedimiento, sin importar si el régimen sustantivo que la inspira es el derecho administrativo o el privado, forma parte de la actividad productora de actos administrativos*”¹⁴.

A las consideraciones anteriores se incorporaba un argumento relacionado con la necesaria observancia de los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal, propia de los regímenes exceptuados, y otro relativo al control judicial. Frente al primero, se entendía que la expedición de actos administrativos se acoplaba mejor a los principios de la función

domiciliarios a partir de la calificación de entidades públicas a las empresas de servicios públicos mixtas”, en: *Revista Digital de Derecho Administrativo*, núm. 3, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2009, pp. 163-190.

¹⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 24 de octubre de 2016, exp. 45607.

¹³ Cfr. Alberto Montaña Plata, “La desconfiguración del régimen jurídico de los servicios públicos



administrativa, en especial al principio de legalidad, del cual se llegó a sostener que se “*relaja[ba] sustancialmente*”, al estar la administración sometida al derecho privado. En lo que toca al segundo argumento, se alegaba que, como la jurisdicción de lo contencioso administrativo es la encargada de resolver las controversias derivadas de la actividad contractual de los prestadores de servicios públicos domiciliarios [como lo veremos en el apartado II], no podía más que tratarse de actos administrativos, ya que es, justamente, de actos administrativos de los que se ocupa esta jurisdicción, como si ello se tratara de una causa y no de su consecuencia.

En las antípodas del anterior punto de vista se ubican quienes consideran que los actos de estos prestadores de servicios públicos domiciliarios, “*regidos exclusivamente por las reglas del derecho privado*”, son, justamente, actos jurídicos de derecho privado, no actos administrativos. Los que comparten este entendimiento suelen fundamentar su posición en la propia concepción del legislador, además de concebir que los actos administrativos deben observar, de manera irrestricta, un principio de legalidad, de atribución de competencias, de una administración a la cual se le haya otorgado la facultad de expedir este tipo de actos, lo cual no ocurre cuando la ley decide disciplinar sus actos con las normas del derecho privado¹⁵.

A pesar de que los diferentes entendimientos, que hicieron visible la necesidad de unificar la jurisprudencia, constituían, ambos, posturas recientes [razonamientos que, en todo caso, no son extraños a otros ordenamientos¹⁶], no deberá

olvidarse que la posición finalmente adoptada había sido establecida desde los primeros pronunciamientos jurisprudenciales que se ocuparon de la aplicación de la Ley 142 de 1994, pues desde entonces el Consejo de Estado había sostenido:

“En conclusión: a. Los actos y contratos de las empresas de servicios públicos domiciliarios son privados y están sometidos, por regla general, al derecho privado, y sus conflictos son dirimibles ante la jurisdicción ordinaria; b. No obstante esto, las citadas empresas pueden dictar ciertos actos administrativos, susceptibles de recursos y de acciones contencioso-administrativas [...]”¹⁷.

Para sintetizar algunas de las particularidades del caso que dieron lugar a la decisión de unificación, bastará con recordar que esta se produjo con ocasión de una demanda instaurada en contra de una empresa prestadora de servicios públicos domiciliarios, a la cual se le acusaba de haber ocasionado un daño antijurídico a una proponente que participó en un procedimiento de selección adelantado con la finalidad de celebrar un contrato para la prestación del servicio de vigilancia y seguridad privada.

A pesar de que la entidad pública había realizado una invitación a presentar propuestas, y de que los interesados presentaron sus respectivas ofertas comerciales [frente a las cuales la empresa prestadora decidió aceptar una de ellas], la discusión, en primera instancia, se centró, a modo reflejo de lo que ocurre en un típico procedimiento de selección sometido a la Ley 80 de 1993, en determinar si había existido desviación de poder

¹⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 5 de julio de 2018, exp. 59530 y Sentencia de 19 de junio de 2018, exp. 61.132.

¹⁶ Basta con acudir a un manual de derecho administrativo que suele ser consultado por varios

estudiantes de esta disciplina en Alemania, para darse cuenta de que allí también, “*resulta dudoso, en alguna ocasión, que una determinada decisión tenga o no la condición de acto administrativo*”. Cfr., Hartmut Maurer, *Derecho Administrativo, Parte General* [trad.] Marcial Pons, España, 2011, p. 95.

¹⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Auto de 23 de septiembre de 1997, exp. S-701.



durante la adopción del “acto administrativo de adjudicación” frente al cual se pretendía su nulidad, y si el proponente, que consideró vulnerado su derecho y que pretendía convertirse en el proponente adjudicatario, había logrado probar que su propuesta era la mejor.

La interposición del recurso de apelación fue la ocasión propicia para que la jurisdicción de lo contencioso administrativo aclarara que lo que había tenido lugar era una típica aceptación de una oferta comercial, regida por las disposiciones mercantiles, y que la responsabilidad en esta etapa de las llamadas “tratativas” se debía ceñir, justamente, a lo dispuesto por las normas comerciales y civiles, en especial al artículo 863 del Código de Comercio que consagra el deber de actuación de buena fe durante la etapa precontractual “*so pena de indemnizar los perjuicios que causen*”.

Al hilo de una aceptación de una oferta comercial (luego de la invitación a presentar oferta que había hecho la empresa prestadora), se aclaró que dicha aceptación no se trataba de un acto administrativo de adjudicación de un contrato sino que era un típico acto de derecho privado, como tantos otros que ocurren entre sujetos sometidos a las disposiciones del derecho común. Así, se unificó que “*los actos precontractuales de los prestadores de servicios públicos domiciliarios no son actos administrativos y se rigen por la normativa civil y comercial*”.

Si se observa en detalle, la posición de unificación, en lo que toca a la naturaleza de los actos, se limitó a pronunciarse sobre los actos precontractuales de las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios, lo que supondría que existe un

margen de tolerancia para el entendimiento consolidado frente a los actos contractuales. Aunque quizás lo que haya ocurrido es que, en una comprensión sensata y estricta de las decisiones de unificación a partir de casos específicos, el Consejo de Estado se circunscribió a uniformar su comprensión de los actos que fueron sometidos, en esa ocasión particular, a su estudio. En todo caso, de cara a las naturales preocupaciones sobre el entendimiento de los actos que tiene lugar una vez celebrado el contrato, en sentencias recientes la Corporación ya ha tenido la oportunidad de clarificar que los actos contractuales se tratan, de igual manera, de actos sometidos al derecho privado¹⁸. Pronunciamientos que seguramente allanarán el terreno en un campo en el cual las posiciones de las distintas subsección se ha ido acercando cada vez más¹⁹.

Otro elemento relevante sobre las circunstancias del caso, aunque no fue propiamente objeto de la unificación, está relacionado con el ulterior alcance de la indemnización que debe tener lugar cuando se viola la buena fe precontractual, y las consecuencias diferenciales indemnizatorias que tendría, en uno u otro régimen, el llamado interés positivo y negativo²⁰.

Finalmente, en lo relativo a la naturaleza jurídica de los actos, si bien la posición de unificación se limitó a adoptar un entendimiento armonizado sobre las actuaciones de quienes están regidos por la Ley

¹⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 19 de junio de 2019, exp. 39800 y Sentencia de 20 de febrero de 2017, exp. 56.562.

¹⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 5 de julio de 2018, exp. 54.688.

²⁰ Cfr., Rudolf Von Jhering, “‘Culpa in contrahendo’ oder Schadensersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfection gelangten Verträgen”, en: *Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts*, vol. 4, 1861, pp. 1-113. Versión en francés: “De la culpa ‘in contrahendo’ ou des dommages-intérêts dans les conventions nulles ou restées imparfaites”, en: *Oeuvres choisies*, t. II, París, pp. 1- 100.



142 de 1994, que será de obligatoria observancia para los operadores administrativos y para la jurisdicción de lo contencioso administrativo; esta delimitación no constituye un impedimento [todo lo contrario] para que otras entidades y otros actores que operan en regímenes exceptuados, sometidos, en una mayor dosis al derecho privado, se interroguen sobre el carácter potencialmente expansivo de la posición judicial unificada.

Aunque desborda el objeto del presente escrito el avanzar hacia la comprensión cabal de otros sectores, no podrá dejarse de lado que es el legislador quien ha decidido, en algunas ocasiones puntuales, disciplinar con el derecho privado los contratos de algunas entidades, así como sus actos [como ocurre en el caso de la Ley 1118 de 2006, que modifica la naturaleza jurídica de Ecopetrol²¹]. Valdrá la pena entonces indagar sobre la posibilidad de extender el entendimiento de la sentencia de unificación a otros sectores exceptuados, para lo cual será representativo observar que en algunas ocasiones la ley disciplina, con el derecho privado, tanto los contratos como los actos de algunas entidades públicas que se encuentran exceptuadas del Estatuto [lo que no ocurre en todos los casos, pues, en otras ocasiones se ha limitado a excluir de la aplicación de la Ley 80 de 1993 solo los contratos, sin pronunciarse sobre los actos].

La adopción de soluciones futuras pasará por preguntarse si, allí donde el legislador solo se manifestó sobre los contratos, se está refiriendo, propiamente, a toda la actividad contractual [que incluye la precontractual], y no solo a la actividad

de ejecución del contrato.

En todo caso, y sin duda alguna, la referida sentencia de unificación de 3 de septiembre de 2020 podrá allanar buena parte del camino que resta por recorrer en esta materia. Sin embargo, no se podrá pretender realizar una especie de extrapolación automática, sin mayores consideraciones, pues basta con observar una coyuntura específica para concluir lo fallido de este emprendimiento.

Nos referimos al caso de las Universidades Públicas, frente a las cuales, luego del tratamiento constitucional especial [artículo 69 de la Constitución], la Ley 30 de 1991 [artículo 93] señaló que, mientras que sus contratos se regirían por el derecho privado; en lo relativo a los actos, serían ellas mismas, esto es, los Estatutos de las propias universidades, quienes decidirán cuáles de sus actos serán catalogados como actos administrativos²² [esto con independencia de las naturales inquietudes de constitucionalidad que despierta esta determinación legal]²³.

2. Desafíos para el control judicial de la actividad contractual de las entidades exceptuadas

El juez de conocimiento de las controversias surgidas en torno a la celebración y ejecución de los contratos que celebra el Estado colombiano es la jurisdicción de lo contencioso administrativo, esto, con independencia del régimen jurídico aplicable a la relación contractual. Esta es una

²² Ley 30 de 1992, artículo 61. "Las disposiciones de la presente Ley relativas a las instituciones estatales u oficiales de Educación Superior, constituyen el estatuto básico u orgánico y las normas que deben aplicarse para su creación, reorganización y funcionamiento. A ellas deberán ajustarse el estatuto general y los reglamentos internos que debe expedir cada institución.

Aquellos establecerán cuáles de sus actos son administrativos y señalarán los recursos que proceden contra los mismos". [Énfasis añadido].

²³ Los actos académicos son un claro ejemplo de la reflexión que se pretende introducir. Cfr., Jaime Orlando Santofimio, *Tratado de Derecho Administrativo, Acto Administrativo*, Universidad Externado de Colombia, 4ª ed., Bogotá, 2007.

²¹ Artículo 6º. "Todos los actos jurídicos, contratos y actuaciones necesarias para administrar y desarrollar el objeto social de Ecopetrol S. A., una vez constituida como sociedad de economía mixta, se regirán exclusivamente por las reglas del derecho privado, sin atender el porcentaje del aporte estatal dentro del capital social de la empresa".

conclusión, más o menos pacífica, resultado de la adopción del Estatuto de la Contratación de la Administración Pública de 1993 y de una posición jurisprudencial consolidada, cuyo origen puede situarse en una providencia de 1998²⁴.

Un juez especializado para dirimir las controversias contractuales de la administración, que no se detiene sobre el régimen que gobierna el procedimiento previo de selección del contratista y de ejecución del contrato, es una respuesta consciente a la interminable y desesperante problemática de la delimitación entre una jurisdicción ordinaria que se ocupó, por mucho tiempo, de los conflictos derivados de contratos estatales sometidos al derecho privado y de la inclusión de potestades públicas, como la caducidad contractual, que empezó a colorear de notas de derecho público los contratos del Estado y a alterar el juez competente.

El criterio orgánico o subjetivo que explica el conocimiento del juez de lo contencioso administrativo, por su simpleza y fácil aprehensión, se instaló cómodamente en nuestro ordenamiento²⁵. No obstante, ese criterio no ha estado desprovisto de reparos, habida cuenta de que, como era de esperarse, algunas situaciones particulares someten a prueba su aplicación pacífica.

Para ser estrictos, las más de las veces, la controversia no proviene de la concepción misma del criterio, sino de las dificultades para identificar, en todos los casos, si quien contrata es,

en realidad, una entidad estatal. Aunque identificar la presencia del Estado resulta más o menos pacífico en una inmensa mayoría de casos, en otros pocos no lo es. Nos referimos, justamente, a los contratos que celebran algunas empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios y el afán que llevó a catalogarlas como entidades estatales, para lo que se acudió a la categoría de entidades descentralizadas, en lo que constituyó una controversial²⁶ posición que tuvo origen en pronunciamientos del Consejo de Estado²⁷ y de la Corte Constitucional²⁸.

Con posterioridad a las referidas providencias de la jurisdicción de lo contencioso administrativo y de la Corte Constitucional, un entendimiento sereno comenzó a instalarse en el juez de conocimiento. Entendimiento que, en todo caso, no está desprovisto de ironía, si se tiene que cuenta que desde la referida providencia S-701 de 1997, se había concluido que los actos privados de las empresas prestadoras de servicios públicos, salvo casos excepcionales derivados de la propia Ley 142 de 1994, debían ser conocidos por la jurisdicción ordinaria.

La sentencia de unificación de 3 septiembre de 2020, que ocupa ahora nuestra atención, dejó sentada una posición que resultaba ser mayoritaria y poco discutida al interior de las distintas subsecciones que componen la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, pero sobre la que se consideraba necesaria su unificación,

²⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Auto de 20 de agosto de 1998, exp. 14202.

²⁵ Al contrario, en Francia, por ejemplo, continúa el serpenteante camino de delimitación del juez de conocimiento de los contratos estatales regidos por el derecho público y por el derecho privado. Cfr., Laurent Richer, *Droit des contrats administratifs*, 7ª ed., Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, París, 2010.

²⁶ Cfr. Alberto Montaña Plata, "La desconfiguración del régimen jurídico de los servicios públicos domiciliarios a partir de la calificación de entidades públicas a las empresas de servicios públicos mixtas", en: *Revista Digital de Derecho Administrativo*, núm. 3, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2009, pp. 163-190.

²⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 2 de marzo de 2006, exp. 29703.

²⁸ Sentencia C-736 de 2007.



para precaver futuros desencuentros. Allí se indicó que la problemática a resolver, sobre el juez de conocimiento, tuvo origen en la propia Ley 142 de 1994, la cual, al tiempo que consagró un régimen jurídico mixto, prevalentemente privado, para los prestadores de servicios públicos domiciliarios, nada dijo sobre el juez de conocimiento de sus controversias. Ante el silencio de la ley, se concluyó que, cuando exista un vacío normativo, la solución del caso debe pasar por el estudio de la norma contentiva de la cláusula general de competencia [artículos 104 del CPACA y 82 del CCA].

En concreto, la unificación establece que si no existe norma legal expresa sobre la jurisdicción que debe conocer la controversia en la que haga parte un prestador de servicios públicos domiciliarios, se deberá acudir a la cláusula general de competencia de la jurisdicción de lo contencioso administrativo para llenar este vacío normativo, y que solo en el caso en el que, de su estudio no se desprenda el conocimiento de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, será del conocimiento de la jurisdicción ordinaria.

El camino de la cláusula general de competencia resultaba ser el más natural, obvio y necesario, esto, a pesar del contenido antitécnico de nuestro actual artículo 104 de la Ley 1437 de 2011, el cual, al tiempo que establece una cláusula general, consagra supuestos específicos de atribución de competencias, como ocurre, justamente, con el espinoso caso de los prestadores de los servicios públicos domiciliarios, para quienes se reservó un apartado específico [numeral 3] que indica que la jurisdicción de lo contencioso administrativo conocerá de *“lo relativo a contratos celebrados por cualquier entidad prestadora de servicios*

públicos domiciliarios en los cuales se incluyan o hayan debido incluirse cláusulas exorbitantes”.

Por la extensión y alcance del presente escrito, nos limitaremos a advertir que el juez competente para la solución de las controversias, en los casos en los cuales se controvierte la actividad precontractual o los contratos celebrados por prestadores de servicios públicos que no incluyeron [ni debieron incluir] cláusulas exorbitantes, se constituirá en un nuevo desafío a resolver, en especial, cuando se observa el contenido del numeral 2 del mismo artículo, el cual asignó a la jurisdicción de lo contencioso administrativo el conocimiento de los contratos, *“cualquiera que sea su régimen”* en los que haga parte una entidad pública o un *“particular en ejercicio de funciones propias del Estado”*; norma que tendrá que ser analizada de la mano del parágrafo 1 del mismo artículo, el cual supedita a un aporte de capital público superior al 50%, el que una entidad se pueda entender como pública, para los efectos del propio Código.

Como se observa, en lo que respecta al juez de conocimiento, la unificación es un sendero meritorio que, en todo caso, se verá enfrentado a situaciones límite que pondrán a prueba lo que, sin lugar a dudar, continúa siendo un entendimiento más o menos pacífico.

Por el contrario, menos pacífico resultaba la determinación del medio de control a través del cual se debe vehicular el reproche a la actuación de un prestador de servicios públicos domiciliarios, durante la fase previa a la celebración del contrato y, en concreto, los actos privados que tiene lugar durante esta etapa precontractual. La calificación de los actos precontractuales como actos jurídicos privados, y su exclusión de la categoría de actos



administrativos implicaba, necesariamente, que el camino tradicional recorrido para atacar los actos proferidos antes de la celebración del contrato, con ocasión de la actividad contractual [del que trata el artículo 141 de CPACA y que los somete a la nulidad y la nulidad y restablecimiento del derecho] no podía ser el medio a interponer, una vez verificada la inexistencia de un acto administrativo a controvertir.

Con todo, que no existan actos administrativos sobre los que se pueda presentar un cargo de nulidad, no significa, en absoluto, que la actividad precontractual de una empresa prestadora de servicios públicos domiciliarios no pueda ocasionar daños que deban ser indemnizados. Lo que pone de presente es que el medio de control, cuando se controvierte los actos precontractuales de dichas empresas, debe observar la naturaleza misma de las actuaciones y concentrarse en lo que más importa a quien resultare afectado, la indemnización de los perjuicios que pudiera sufrir.

Con este panorama en mente, se entiende que en la Sentencia 42003, de 3 de septiembre de 2020, el Consejo de Estado haya decidido unificar su jurisprudencia para establecer que el medio de control para examinar la actividad precontractual de los prestadores de servicios públicos, que no constituyan típicos actos administrativos, deberá ser la reparación directa, pues, en últimas de lo que se trata es de la reparación del daño antijurídico producido por la acción u omisión de una entidad estatal.

Se aclaró entonces que, salvo que el daño provenga de actos administrativos ilegales [frente a los cuales, por supuesto, los medios de control procedentes serán la nulidad y la nulidad

y restablecimiento del derecho], cuando el daño tenga origen en la actividad precontractual, productora de actos típicamente privados, el medio del control será el residual de la reparación directa, concebido para que el Estado responda, en los términos del artículo 141 del CPACA “entre otras”, cuando la causa del daño sea un hecho, una omisión, o por cualquier otra causa imputable a una entidad pública.

Finalmente, en un futuro cercano se avizoran algunas necesarias claridades sobre problemas derivados de la caducidad de la acción y de los respectivos cómputos, habida cuenta de que, como lo consagra el artículo 164, numeral 2, literal i del CPACA, para el ejercicio del medio de control de reparación directa, los 2 años con los que cuenta el demandante se contarán a partir del día siguiente al de la ocurrencia de la acción u omisión causante del daño, o de cuando el demandante tuvo o debió tener conocimiento del mismo.

En un caso como el que dio origen a la unificación se debe considerar [una vez aclarado que, a pesar de que no se trataba de un acto administrativo, la actividad precontractual no está desprovista de efectos potencialmente dañinos] que los interesados tendrán un amplio término de 2 años para demandar el resarcimiento, para lo cual, la determinación del momento en el que la administración viola su deber precontractual de actuación de buena fe será uno de los principales candidatos a ocupar un lugar de privilegio en las futuras providencias.

Por fortuna, la propia sentencia de unificación se preocupó [en buena técnica y como deberían hacerlo todas las providencias de su misma especie], por las eventuales consecuencias que



la posición adoptada tendrá sobre el derecho al acceso efectivo a la administración de justicia. Desde la propia sentencia se advierte que los juzgadores de las controversias objeto de la unificación deberán siempre procurar por resolver de fondo la controversia, esto, aunque no se haya empleado el medio de control adecuado, en lo que constituye un significativo mensaje para que se resuelvan las muchas demandas presentadas con anterioridad a la unificación, y que hoy hacen su tránsito en la jurisdicción de lo contencioso administrativo, en las que se haya sometido a examen la actividad precontractual de un prestador de servicios públicos.

Bastará, entonces, con recordar que esa es, justamente, buena parte de la justificación del abandono de la categoría de acción y la consecuente adopción del concepto de medio de control, el evitar que por ese camino se deniegue un acceso efectivo a la administración de justicia.

Consideraciones finales

En buena hora el Consejo de Estado avanza sobre la, siempre necesaria, labor de unificación. De la Corporación se demandará, reiteradamente, una mayor, más rápida y eficiente tarea unificadora de sus distintas posiciones, en un proceso que [mirado desde adentro] resulta, por decirlo menos, las más de las veces, complejo; sobre todo cuando se adelanta con la correspondiente y conveniente reflexión, es el resultado de un proceso deliberativo y está movido por una preocupación de armonía del ordenamiento y de garantía efectiva de derechos.

Ubicados en frente a esta inagotable labor, una luz esclarecedora arroja la sentencia de unificación

que hemos tratado, lo que justifica un trabajo como este que nos ocupa ahora y que nos permite continuar, desde otra ventana, con la tarea emprendida desde la jurisprudencia, para clarificar la naturaleza privada de los actos de los prestadores de servicios públicos domiciliarios, su potencial expansivo frente a otros regímenes exceptuados, la determinación del juez de conocimiento y el medio de control a través del cual deberá someterse a escrutinio la actividad precontractual de las entidades a las que nos hemos referido. Estos conceptos depurados tendrán, a no dudarlo, importantes repercusiones en la actividad de las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios y serán de obligatorio estudio para las demás entidades regidas en su actividad contractual, en mayor dosis, por el derecho privado.

En buena hora, además, la entidad encargada de liderar la formulación de la política pública para la contratación del Estado ha decidido crear un espacio especializado para abordar las reflexiones más significativas sobre los contratos estatales. Además de la indiscutida relevancia del tema acá tratado, una forma propicia de sumar a esta iniciativa [luego de aceptar la amable invitación para participar en esta primera edición] será ayudar a registrar y a reconocer que en la contratación del Estado, desde el derecho privado y de su real aplicación, será de donde provengan buena parte de los desafíos y las cuestiones más relevantes por resolver.

Este entorno pone de presente la apremiante necesidad de comprender, de mejor manera, la actividad contractual de las algunas entidades gobernadas por regímenes preponderantemente privados, como requisito necesario para realizar una



mejor labor de control, tanto administrativo como judicial. Las fuerzas expansivas y gravitacionales que describen, al tiempo, una normativa pública en extensión y una mayor presencia del derecho común, tenderán a convertirse en un centro de atención de nuestra disciplina.



Sobre la oportunidad para buscar el restablecimiento del equilibrio contractual público

“El equilibrio no es más que un sistema incesantemente modificable de reacciones compensadoras.”

Henri Wallon



RAMIRO PAZOS GUERRERO
Exmagistrado de la Sección
Tercera del Consejo de Estado.

1. Unas precisiones conceptuales¹

Tanto en la naturaleza como en la sociedad, el principio de equilibrio es esencial para su cabal funcionamiento. Así como los ecosistemas naturales tienden al equilibrio cuando las condiciones ambientales son estables y se produce una interacción armónica entre seres vivos y recursos naturales, también en las relaciones sociales y, especialmente, en el intercambio de bienes y servicios debe existir el equilibrio prestacional que es una concreción de los principios de proporcionalidad, igualdad, buena fe y equidad.

El principio de equilibrio o de mantenimiento de la equivalencia entre obligaciones y derechos tiene una importancia fundamental en materia de contratación estatal². Los contratos sinalagmáticos

están precedidos del análisis del contexto donde se cumplirán las obligaciones. Es por lo que, antes de la firma, las partes examinan todo lo que pueda incidir en la ejecución. De ahí que miren los precios de mercado de los elementos requeridos para el cumplimiento del contrato; las previsiones normativas aplicables –disposiciones tributarias, aduaneras, laborales, así como licencias o permisos–; las condiciones de modo, tiempo y lugar en que se ejecutaran las prestaciones y, en general, los riesgos que razonablemente puedan preverse.

Con fundamento en ese análisis, las partes definen un equilibrio entre las prestaciones, esto es, fijan la ecuación económica del contrato, donde cada una asume una carga equivalente a la de su contraparte. Este principio pretende asegurar que durante la ejecución se mantengan las mismas o similares condiciones económicas que se tuvieron en cuenta al inicio. Sin embargo, si durante la ejecución acaecen circunstancias que rompan la simetría pactada, el interesado tiene derecho a reclamar por su restablecimiento³.

¹ Se realizan algunas precisiones conceptuales en torno al equilibrio económico de los contratos estatales sometidos a la Ley 80 de 1993, lo que permitirá demarcar el análisis y ocuparse del tema propuesto, sin necesidad de detenerse en otras discusiones que suscita la aplicación de esta figura en la contratación estatal.

² “El equilibrio contractual evoca la idea que el contenido jurídico y económico de un contrato se encuentra en un estado tanto de reposo como de armonía a pesar de la influencia de fuerzas externas y representa desde un punto de vista estático el contenido armonioso del contrato apreciado en su globalidad y desde un punto de vista dinámico una posición de relativa estabilidad de dicho contenido, pues permite mantener la simetría prestacional y controlar su evolución. Dicha armonía con-

tractual existirá cuando pueda constatarse la existencia de prestaciones cualitativamente recíprocas o conmutativas y que ellas sean, a la vez, cuantitativamente equivalentes o proporcionadas.” LÓPEZ DÍAZ, Patricia Verónica, “El principio de equilibrio contractual en el Código Civil chileno y su particular importancia como fundamento de algunas instituciones del moderno derecho de las obligaciones en la dogmática nacional”, Revista chilena de derecho privado, n° 25, Santiago, diciembre de 2015, en: https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-80722015000200004 [15/01/2021].

³ Cfr. GÜECHÁ TORRES, Jessica Tatiana, Jessica, *Equilibrio económico y potestades excepcionales en los contratos del Estado*, Grupo Editorial Ibáñez, Bogotá, 2019, p. 59.

Lo anterior, con fundamento en lo dispuesto en los artículos 4 [numerales 3 y 8], 5 [numeral 1], 27 y 28 del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública [EGCAP], disposiciones que, en síntesis, prevén la necesidad de respetar la igualdad entre derechos y obligaciones surgidos al momento de proponer o de contratar. Obra el apremio para las partes para que, en caso de suscitarse el quebrantamiento de dicha equivalencia por causas no imputables a quien lo alega, adopten las medidas necesarias para su restablecimiento. Esta posibilidad opera tanto a favor de la entidad contratante como del contratista⁴.

La circunstancia que se desdibuje la equivalencia contractual está condicionada a que el cumplimiento de las prestaciones se extienda en el tiempo, pues precisamente se requiere que con posterioridad al proceso de selección o de la firma del contrato suceda algo que trastoque la ecuación económica.

En principio, no sería viable alegar desequilibrio económico en contratos de ejecución instantánea. En estos las prestaciones se pactan y ejecutan en un solo momento, por lo que sería extraño que existiera una ventana temporal que permitiera la ocurrencia de algún hecho desequilibrante⁵. Sin embargo, de estos contratos es posible que se desprendan obligaciones instantáneas y otras cuyo cumplimiento sea pospuesto en el tiempo. Ante esta situación, la ejecución diferida permite que pueda suceder algún desbalance y si ello ocurre es viable

requerir la revisión de la economía contractual⁶.

Así, las partes en un contrato de ejecución instantánea podrán hacer las modificaciones que estimen conducentes para superar las dificultades económicas que ocurran a lo largo de su ejecución y que efectivamente alteren el equilibrio contractual. En contraste, en un contrato estatal donde coincidan plenamente la celebración y el cumplimiento será improcedente alegar desbalance económico, ya que toda la relación comercial se agotará en un solo instante; solo en caso de que alguna de las prestaciones se prolongue en el tiempo podrá estarse ante la posibilidad de alegar un desequilibrio.

Una precisión importante: el incumplimiento contractual irroga perjuicios económicos a la parte cumplida, pero no puede confundirse con el restablecimiento del equilibrio económico del contrato⁷. El primero gravita sobre la desatención de alguna obligación contractual, fenómeno que se enmarca en la responsabilidad contractual. El segundo concierne a situaciones, ajenas a las partes, que alteran la ejecución del negocio tornándolo en exceso oneroso para una de las partes⁸.

Así, en lo sucesivo se partirá de la base de que el restablecimiento del equilibrio económico en

⁴ Sobre el debate acerca de la procedencia o improcedencia de restablecer el equilibrio económico a favor de la entidad contratante, véase: ZAPATA GARCÍA, Pedro A., *Fundamentos y límites de la responsabilidad del Estado: una lectura unificada de la responsabilidad contractual y extracontractual*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2019, p. 443-453.

⁵ Cfr. Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto del 14 de agosto de 1997, exp. RAD1997-N1011, C.P. César Hoyos Salazar.

⁶ El Consejo de Estado conoció un caso en donde se alegaba el desequilibrio económico de un contrato de compraventa –de ejecución instantánea por excelencia–, en el cual el precio se debía pagar catorce meses después de suscrito el contrato. Indicó, a pesar de que negó las pretensiones, que era posible ventilar la reclamación por desequilibrio. Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 2 de mayo de 2017, exp. 38508, C.P. Ramiro Pazos Guerrero.

⁷ Sobre la distinción entre estas figuras, véase: Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 13 de febrero de 2013, exp. 24996, C.P. Mauricio Fajardo Gómez y Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 23 de noviembre de 2017, exp. 36865, C.P. Marta Velásquez Rico [E].

⁸ En tratándose del desequilibrio económico del contrato derivado de la aplicación de la teoría del hecho del príncipe, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha precisado que la afectación a la ecuación económica no tiene que ser extraordinaria o anormal. Al respecto, véase: Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 2 de marzo de 2020, exp. 41804, C.P. Martín Bermúdez Muñoz.



contratos sometidos al EGCAP procede a favor de ambas partes del contrato; es factible pedirlo, incluso, en contratos de ejecución instantánea – según los supuestos antes señalados– y no es consecuencia del incumplimiento contractual.

De tal manera que la entidad pública o el contratista pueden requerir el restablecimiento si se presenta una alteración inesperada de la ecuación financiera. En este punto, surge el interrogante de establecer cuál es la oportunidad que tiene el interesado para alegar el desequilibrio contractual. Las disposiciones normativas aplicables no desarrollan con claridad desde y hasta cuándo es posible reclamar el restablecimiento de la ecuación⁹.

El desconocimiento de la oportunidad en que debe proponerse este tipo de reclamaciones, impide que se restablezca la economía del contrato al estimarlas extemporáneas. Por lo anterior, es preciso analizar los contornos temporales para alegar el desequilibrio económico del contrato, a la luz de la jurisprudencia del Consejo de Estado.

2. Las oportunidades para reclamar desequilibrio contractual

En primer lugar, se procede a estudiar los momentos para requerir a la contraparte la readecuación de las cargas económicas durante la vigencia del contrato y, en segundo lugar, la temporalidad que se tiene para solicitar por vía judicial el restablecimiento de la economía contractual.

⁹ Sobre las deficiencias regulativas del EGCAP en relación con la ecuación económica del contrato, véase: BENAVIDES, José Luis, *El contrato estatal: entre el derecho público y el derecho privado*, 2ª. ed. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2004, pp. 139-158.

2.1. La etapa contractual

EL EGCAP brinda instrumentos a las partes para que puedan restablecer el equilibrio económico del contrato durante su ejecución. La norma las habilita para que puedan redistribuir las cargas financieras y superar la onerosidad que supone el cumplimiento del contrato para cada una de ellas¹⁰. En el marco de esas posibilidades es factible que se suscriban acuerdos para recomponer la economía contractual.

De suyo, los hechos capaces de alterar la ecuación económica deben suceder luego del proceso de selección o de la firma del contrato, durante su vigencia o mientras esté pendiente la ejecución de alguna obligación y previamente al vencimiento del plazo o al cumplimiento de todas las prestaciones. En términos generales, la posibilidad de reclamar el restablecimiento a la contraparte se circunscribe a este periodo. Debe agregarse que las partes pueden acordar lo pertinente en la etapa de liquidación en los contratos que la admiten.

En relación con el punto inicial para alegar el desequilibrio, el interesado puede hacerlo desde que se presenta el hecho desequilibrante. A partir de ese momento, debe reclamar a su contraparte. Lo deseable es que el afectado con el desequilibrio informe lo más pronto para que conjuntamente se adopten las medidas necesarias para lograr el restablecimiento en el menor tiempo posible, conforme lo prevé el artículo 27 del EGCAP¹¹.

¹⁰ Cfr. RODRÍGUEZ, Libardo, *El equilibrio económico en los contratos administrativos*, 2ª. ed., Temis, Bogotá, 2012, p. 224.

¹¹ "Artículo 27. DE LA ECUACIÓN CONTRACTUAL. En los contratos estatales se mantendrá la igualdad o equivalencia entre derechos y obligaciones surgidos al momento de proponer o de contratar, según el caso. Si dicha igualdad o equivalencia se rompe por causas no imputables a quien resulte afectado, las partes adoptarán en el menor tiempo posible las medidas necesarias para su restablecimiento."



Aunque las disposiciones no prevén un término concreto, lo cierto es que el principio de la buena fe permite asegurar que el afectado debe entregar la información con prontitud. La lealtad y el querer cumplir el objeto contractual obligan al interesado a comunicar el hecho desequilibrante apenas tenga conocimiento de este, para permitirle a su contraparte decidir la forma de afrontar la alteración de la ecuación económica.

En lo que toca al momento final para alegar el desequilibrio, la posibilidad de hacerlo se extiende hasta el cumplimiento de las prestaciones o hasta la liquidación del contrato –para aquellos que lo admiten–. En ese lapso, las partes cuentan con la capacidad para disponer de los derechos y obligaciones que emanan del contrato. En contraste, pasado ese tiempo, el vínculo que las unía deja de existir y ya no es posible que puedan acordar o modificar asuntos de una relación caduca.

Bajo ese panorama, la oportunidad para alegar desequilibrio contractual no ofrece mayor dificultad en lo que respecta a sus límites temporales. Sin embargo, frente a cada realidad contractual es preciso analizar la oportunidad para determinar si resulta procedente el reclamo conforme a las directrices que la jurisprudencia se ha encargado de definir.

En primer lugar, corresponde revisar si durante el contrato, aunque no sea el deber ser, se expidió un acto administrativo relacionado con el equilibrio económico. Ello por cuanto el artículo

Para tales efectos, las partes suscribirán los acuerdos y pactos necesarios sobre cuantía, condiciones y forma de pago de gastos adicionales, reconocimiento de costos financieros e intereses, si a ello hubiere lugar, ajustando la cancelación a las disponibilidades de la apropiación de que trata el numeral 14 del artículo 25. En todo caso, las entidades deberán adoptar las medidas necesarias que aseguren la efectividad de estos pagos y reconocimientos al contratista en la misma o en la siguiente vigencia de que se trate.”

5º del EGCAP prevé que el restablecimiento del equilibrio financiero se da previa solicitud del interesado. Con fundamento en esta disposición normativa algún sector de la doctrina y algunos pronunciamientos jurisprudenciales concluyeron que las peticiones del contratista relacionadas con la ecuación económica del contrato se debían resolver mediante acto administrativo.

Bajo este entendimiento, la primera oportunidad que el afectado tenía para superar la asimetría prestacional estaba dada por el procedimiento respectivo que debía iniciar para obtener una decisión sobre el fondo de su solicitud. Además, sobre el final del trámite se decía que *“la respuesta de la administración pública a la reclamación presentada por su cocontratante será, obviamente, un acto administrativo, aunque contractual, en la medida en que contiene su manifestación de voluntad en el sentido de negar la reclamación, aceptarla parcialmente o aceptarla completamente”*¹². Asimismo, si el contratista requería a la entidad el restablecimiento y esta no respondía dentro del término legal se producía un acto ficto¹³.

Sin embargo, frente al reclamo por desequilibrio presentado por el contratista, la jurisprudencia precisó con posterioridad que la petición previa que requería la norma estaba deferida a que el restablecimiento del desequilibrio procedía a solicitud de parte y no de oficio. Y que, en todo caso, no se exigía agotar una actuación administrativa.

¹² *Ibid.*, p. 229.

¹³ Sobre la configuración del silencio administrativo positivo y negativo en reclamaciones relacionadas con el restablecimiento del equilibrio económico del contrato y el deber de debandar los actos fictos, véase: Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 12 de febrero de 2014, exp. 21576, C.P. Enrique Gil Botero; Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 26 de marzo de 2014, exp. 25389, C.P. Enrique Gil Botero; Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 12 de junio de 2014, exp. 28279, C.P. Enrique Gil Botero; Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 28 de enero de 2015, exp. 26408, C.P. Olga Valle de De la Hoz y Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 1º de julio de 2015, exp. 34163, C.P. Olga Valle de De la Hoz.



Bajo esta consideración, se precisó que el artículo 5 del EGCAP tenía ***“una indiscutible naturaleza sustantiva y en su dimensión positiva reconoce la existencia de un derecho subjetivo que puede ser exigido por su titular (los contratistas tienen derecho a que, previa solicitud, la administración les restablezca el equilibrio de la ecuación económica del contrato), en caso de que haya sido vulnerado”***¹⁴. Así, la solicitud del afectado no constituye el inicio de un procedimiento administrativo y, en consecuencia, la respuesta de la administración tampoco podría considerarse como un acto administrativo.

En virtud del principio de legalidad, la administración solo puede expedir actos administrativos en el marco de su competencia. Y ninguna disposición habilita a las entidades para decidir con predominio y fuerza vinculante lo relacionado con el desequilibrio. La respuesta que profiera sobre el particular provendría de la posibilidad que tiene la entidad de disponer de sus intereses en el marco de su autonomía negocial, pero no de la potestad de autotutela administrativa.

Bajo ese razonamiento, la jurisprudencia ha precisado que ***“no basta, entonces, que se produzca una simple manifestación, que se exprese una opinión o se formule un concepto por parte de la autoridad pública; el acto administrativo siempre contiene una decisión, cuyo fundamento se encuentra directamente en el ejercicio de las potestades propias del poder público”***¹⁵. En esa línea, con posterioridad se precisó:

“[T]ratándose de relaciones contractuales, estas bien pueden manifestarse a través de típicos actos administrativos –como los que expresan el ejercicio de los poderes exorbitantes, imponen multas, declaran un siniestro, etc.–, o a través de comunicaciones que no alcanzan a constituir actos administrativos, pero que sí exteriorizan la voluntad de la administración, en relación con el manejo y desarrollo del contrato.

En el primer caso, lo que caracteriza al acto administrativo es la expresión del poder público y el ejercicio de la autoridad administrativa, contenida en la decisión misma; mientras que, en el segundo caso, se trata de las relaciones propias de quien es parte en un contrato, y se pronuncia sobre el desarrollo del mismo a la luz de su posición como parte del mismo, sin que el ejercicio del poder estatal caracterice su comportamiento”.¹⁶

Las disposiciones pertinentes solo autorizan a la administración a negociar el restablecimiento a efectos de llegar a un acuerdo. Así, la entidad pública puede solicitar la revisión de precios cuando la balanza económica se incline en su contra [numeral 3 del artículo 4 del EGCAP] –ni siquiera puede declarar el desequilibrio económico a su favor–, atender las solicitudes que sobre el particular presente el contratista [numeral 1 del artículo 5 del EGCAP] y suscribir los acuerdos y pactos necesarios para superar la asimetría prestacional [artículo 27 del EGCAP]. Es decir, no está habilitado para decidir sobre el fenómeno a través de un acto administrativo.

Adicionalmente, sostener que las decisiones sobre el desequilibrio económico constituyen actos administrativos sería tanto como reconocer que la administración tendría una prerrogativa de poder público no prevista en el EGCAP. La entidad contratante contaría con la potestad de modificar un elemento del contrato a través de

¹⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 28 de agosto de 2014, exp. 17660, C.P. Carlos Zambrano Barrera.

¹⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 11 de abril de 2002, exp. 13548, C.P. Alir Hernández Enríquez. Reiterada en: Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 10 de marzo de 2005, exp. 14853, C.P. Alir Hernández Enríquez.

¹⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 10 de noviembre de 2005, exp. 13920, C.P. Alir Hernández Enríquez.



acto administrativo sin que se le haya asignado esa competencia. La administración podría variar el precio para reconfigurar la simetría prestacional por fuera de las cláusulas excepcionales y las facultades unilaterales previstas en la legislación.

Con esas precisiones, se tiene que el afectado debe requerir el restablecimiento de la ecuación económica, sin que ello signifique el inicio de un procedimiento y menos la existencia de pronunciamiento con la naturaleza de acto administrativo. Cosa distinta es que eventualmente alguna entidad califique como acto administrativo la respuesta entregada al contratista, caso en el cual deberá privilegiarse el acceso a la administración de justicia para que el afectado pueda controlar esa actuación, tal como lo precisó recientemente el Consejo de Estado:

"La aproximación que el juez de lo contencioso administrativo debe tener hacia la actuación desviada de la Administración [o de particulares en ejercicio de función administrativa] está dada, primero, por observar el ropaje que la entidad acogió para calificar sus actuaciones, sumado al hecho de que el demandante, a su vez, se vio compelido a atacar la conducta de la Administración bajo el mismo vestimento que ella le había dado, esto es, como actos administrativos. Cuando la Administración, o los particulares en ejercicio de función administrativa, le han querido dar características de acto administrativo, sin estar legalmente habilitados para ello, esto es, cuando han querido darle visos y el ropaje de acto administrativo a sus actuaciones, el juez debe, en igual medida, aproximarse al análisis como un acto administrativo".¹⁷

Es oportuno precisar que si bien la jurisprudencia consideró en algún momento que esa era la primera oportunidad para alegar desequilibrio,

lo cierto es que varió su criterio. En la actualidad, como se verá, la jurisprudencia se inclina por aceptar que es posible solicitar la readecuación económica mientras las partes puedan disponer de los derechos y obligaciones del contrato y siempre que con ello no sorprendan a su contraparte con el desconocimiento de sus propios actos.

Así, el afectado tiene el deber de solicitar el restablecimiento al cocontratante para iniciar las tratativas, poder lograr un acuerdo directo entre las partes y superar el desequilibrio.

En efecto, durante la vigencia del contrato, las partes pueden acordar lo necesario para reconducir las cargas económicas a efectos de salvaguardar la ecuación inicialmente prevista. El artículo 27 del EGCAP les permite suscribir acuerdos y pactos en relación con la cuantía, condiciones y forma de pago de gastos adicionales, reconocimiento de costos financieros e intereses, a efectos de salvaguardar la ecuación contractual.

Así las cosas, para verificar las oportunidades de requerir el restablecimiento, habrá que comprobar si durante la vigencia del contrato las partes llegaron a algún acuerdo para solventar eventualidades relacionadas con la ejecución, como modificaciones al precio o al plazo. Si se advierte que las partes no acordaron ninguna modificación, el afectado con el desequilibrio económico podrá ventilar su reclamación al cocontratante hasta antes de que se cumplan las prestaciones y pierda toda vigencia el contrato o al momento de liquidarlo. Es decir, las partes pueden acordar cuanto sea necesario para superar el desbalance económico, siempre que el negocio que las une perviva en el tiempo o cuenten con la posibilidad de liquidarlo.

¹⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 19 de junio de 2019, exp. 39800, C.P. Alberto Montaña Plata. Reiterada en: Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 12 de diciembre de 2019, exp. 60558, C.P. Marta Velásquez Rico.



Frente a esta última posibilidad, la jurisprudencia ha indicado que *“la ley faculta a las partes para que, en la etapa de liquidación, de común acuerdo procedan a realizar los ajustes y reconocimientos económicos a que hubiere lugar y resolver las controversias suscitadas en el contrato, para declararse a paz y salvo por todo concepto”*¹⁸. Ajustes y reconocimientos que permitirán a las contratantes superar la ruptura del equilibrio económico del contrato. En todo caso, es preciso advertir que si en la liquidación no se logra un acuerdo sobre el particular, el afectado debe dejar la salvedad correspondiente a efectos de poder reclamar ante el juez del contrato.

En contraste, si las partes llegan a algún acuerdo consignado en actas, contratos adicionales o modificatorios, otrosíes, etc. y no advierten la existencia del desequilibrio ocurrido con anterioridad a la firma del documento contractual, se entenderá que renunciaron a la reclamación de desbalance de la ecuación económica. Precisamente, la suscripción de documentos que modifiquen las condiciones de ejecución o cumplimiento de las prestaciones son la oportunidad idónea para solventar todo aquello que aqueje la economía del contrato.

Como se dijo antes, el afectado debe poner en conocimiento de su cocontratante la existencia del desbalanceo de las cargas económicas. Ello en virtud del deber de información que consiste en *“dar noticia, informar, hacer saber a la contraparte de las circunstancias, cualidades y situaciones de hecho sobre el objeto del contrato, el contenido y los efectos de este”*¹⁹.

La necesidad de informar o reclamar al momento de suscribir modificaciones contractuales se explica a partir del principio de buena fe. Este principio implica que las partes actúen con honestidad y lealtad frente a la otra, cumplan lo pactado y desplieguen acciones tendientes a asegurar la ejecución de las prestaciones. Esta forma de comportamiento requiere que los contratantes expongan las circunstancias que puedan incidir en el desarrollo del contrato para evitar que se deteriore la confianza mutua que debe existir entre ambos.

La información entregada que sustenta la solicitud de restablecimiento tiene que ser completa. El interesado debe exponer con la mayor claridad posible el origen del desequilibrio y consignar la respectiva salvedad con la suficiente precisión para que no dé lugar a equívocos²⁰. Respecto a este tipo de anotaciones se exige *“que sea clara, concreta y específica; no obstante no tiene que expresar técnicamente toda una reflexión y justificación jurídico-económica, pero sí debe contener, así sea de modo elemental, la identificación del problema, es decir, los motivos concretos de inconformidad”*²¹.

En algún momento la jurisprudencia consideró innecesaria la consignación de salvedades o protestas en los documentos modificatorios de los contratos. Bajo esa tesis, el afectado podía omitir cualquier pronunciamiento sobre los efectos económicos que suponían las modificaciones contractuales y a pesar de ello estaba habilitado para reclamar posteriormente. En efecto, se admitía que *“el hecho de que el contratista*

¹⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 29 de agosto de 2007, exp. 15469, C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

¹⁹ CHINCHILLA IMBETT, Carlos Alberto, “El deber de información contractual y sus límites”, *Revista de Derecho Privado*, n° 21 julio-diciembre, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2011, p. 329.

²⁰ *Ibid.*, p. 336.

²¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 6 de julio de 2005, exp. 14113, C.P. Alir Hernández Enríquez.



*hubiese suscrito el acta de suspensión de la obra, de común acuerdo con la entidad contratante, en forma alguna lo priva de la posibilidad de reclamar los perjuicios que dicha suspensión le ocasionó*²². Inclusive, se llegó a afirmar que el “no haberse previsto en el acta de suspensión lo atinente a las consecuencias económicas de la misma o a la falta de salvedades previas por el contratista, no significa que haya renunciado a formular reclamaciones”²³.

Sin embargo, la jurisprudencia ha advertido en forma mayoritaria que si el afectado guarda silencio y continúa con el cumplimiento de las obligaciones se tomaría su comportamiento como aceptación del desequilibrio²⁴.

La ejecución de las prestaciones a sabiendas de la alteración económica sin reserva o reclamo permite entender que el afectado asumió las consecuencias pecuniarias. Si oculta la onerosidad que le supone el cumplimiento del contrato, el perjudicado no podrá luego reclamar el restablecimiento, dado que estaría yendo en contra de sus propios actos, con total desconocimiento del principio de la buena fe y de los deberes de corrección, claridad y lealtad recíproca que son exigibles a las partes de un contrato para con la otra.

El respeto a los actos propios, como desarrollo

²² Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 30 de septiembre de 1994, exp. 8129, C.P. Carlos Betancur Jaramillo. Reiterada en: Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 15 de octubre de 1999, exp. 10929, C.P. Ricardo Hoyos Duque.

²³ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 9 de marzo de 2000, exp. 10540, CP Ricardo Hoyos Duque.

²⁴ Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 23 de julio de 1992, exp. 6032, C.P. Daniel Suárez Hernández; Sección Tercera, sentencia del 22 de noviembre de 2001, exp. 13356, C.P. María Giraldo Gómez; Sección Tercera, sentencia del 9 de mayo de 2012, exp. 22087, C.P. Enrique Gil Botero; Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 10 de septiembre de 2014, exp. 27648, C.P. Enrique Gil Botero; Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 20 de octubre de 2014, exp. 24809, C.P. Jaime Santofimio Gamboa y Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 14 de diciembre de 2016, exp. 32109, C.P. Ramiro Pazos Guerrero.

del principio de la buena fe, impide al interesado la posibilidad cierta de apartarse sin más de un comportamiento anterior que generó confianza en su contraparte. En consecuencia, aquel que suscriba un documento contractual cuya finalidad sea reconducir la relación negocial para superar las dificultades económicas que lo afectan, no le está dado desconocer su voluntad para posteriormente reclamar por asuntos que se supone ya quedaron saldados con la modificación del contrato²⁵.

Así, debe concluirse que el silencio al momento de suscribir los modificatorios es equiparable a la aceptación de los efectos económicos con la consecuente pérdida para reclamar con posterioridad. Si el afectado omite dejar la respectiva salvedad ello “*tiene por efecto el finiquito de los asuntos pendientes para las partes, no siendo posible discutir posteriormente hechos anteriores [excepto por vicios en el consentimiento], toda vez que no es lícito a las partes venir contra sus propios actos*”²⁶.

De esta forma, si el interesado dejó pasar la oportunidad de arreglar su situación ya no podrá volver sobre el punto para sorprender a su cocontratante, a menos que la contraparte consienta en ello, pues nada le impide llegar a un nuevo acuerdo sobre puntos que considere deban modificarse. Esto siempre que puedan disponer de los derechos y obligaciones que emanan del contrato.

De lo hasta aquí expuesto, se tiene que la oportunidad para reclamar en sede contractual

²⁵ Sobre un estudio de los actos propios, véase: BERNAL FANDIÑO, Mariana, “La doctrina de los actos propios y la interpretación del contrato”, *Vniversitas*, n° 120, enero-junio, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 2010, pp. 253-270.

²⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 31 de agosto de 2011, exp. 18080, C.P. Ruth Correa Palacio.



solo muestra alguna restricción si el afectado, al momento de suscribir modificaciones contractuales o liquidar el contrato, guarda silencio ante su contraparte sobre las situaciones que aquejan el cumplimiento de sus obligaciones. Del resto, las partes pueden convenir cuanto sea necesario a efectos de restablecer el equilibrio.

Para finalizar, no sobra advertir que la única justificación de las modificaciones al contrato, como las que hacen las partes, descansa en el interés público, luego su validez está mediada por la satisfacción efectiva y exclusiva de ese interés y no de ningún otro.

2.2. La sede judicial

Las precisiones esbozadas permiten entender que el comportamiento de las partes incide en las oportunidades para reclamar ante el juez del contrato por el desequilibrio financiero.

En efecto, las partes acuden al proceso judicial usualmente cuando el contrato ya ha finalizado a efectos de solicitar el restablecimiento de la ecuación económica que no pudieron definir con su contraparte. Y ello se explica porque es indispensable que el afectado alegue ante su contraparte el desequilibrio que pesa en su contra.

Por lo anterior, las partes ya han intentado resolver las reclamaciones relacionadas con el desequilibrio cuando inician el proceso. Por ello es necesario analizar lo sucedido a efectos de verificar la oportunidad para demandar el restablecimiento ante el juez, pues según lo ocurrido durante la ejecución contractual se bifurcarán las posibilidades para poder promover en tiempo las pretensiones.

En efecto, es preciso identificar en qué momento durante la vigencia o ejecución del contrato se definió de forma cierta la imposibilidad de acceder al restablecimiento del equilibrio económico. A partir de ahí empezarán a correr los dos años con que, en términos generales, cuenta el afectado para acudir a la jurisdicción, según las previsiones del literal j) del numeral 2 del artículo 164 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo [CPACA]²⁷.

Cuando el interesado requirió el restablecimiento y la contraparte le respondió negativamente, el afectado puede acudir a la jurisdicción a partir de ese momento o esperar el final del contrato para hacerlo. Este sería el escenario con mayores oportunidades para el afectado.

En efecto, el interesado puede esperar hasta el final de la relación contractual o el trámite liquidatorio para ventilar todas sus desavenencias ante el juez. Este entendimiento encuentra su fundamento práctico en que *“no pueden valorarse de manera separada los hechos que susciten controversia en el desarrollo del objeto contractual para contar el término de la caducidad, ya que el contrato conforma una unidad y como tal debe analizarse; porque de lo contrario se caería en el error de iniciar un pleito en contra de la entidad por el sin número de diferencias que puedan sobrevenir en la ejecución del contrato, evento que iría en contra del principio de la economía procesal”*²⁸.

Aunque también, en algún momento, bajo la tesis que consideraba que toda respuesta dada por la

²⁷ El literal j) del numeral 2º del art. 164 de la Ley 1437 de 2011 prescribe: “j) En las relativas a contratos el término para demandar será de dos (2) años que se contarán a partir del día siguiente a la ocurrencia de los motivos de hecho o de derecho que les sirvan de fundamento. [...]”.

²⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 1º de agosto de 2000, exp. 11816, C.P. Jesús Carrillo Ballesteros.



entidad constituía un acto administrativo se consideró que el contratista debía requerir su nulidad²⁹ y para ello contaba, en principio, con dos años contados a partir del día siguiente en que le fuera notificado.

Según ese entendimiento, el contratista contaría con dos posibilidades para cuestionar el acto. Podría demandarlo por separado o en forma conjunta con la liquidación³⁰. Si decidía lo primero, correrían los dos años según la regla general sin consideración a los plazos previstos para la liquidación, dado que prescindiría voluntariamente del cruce de cuentas, por lo que no podrían considerarse los términos reservados al trámite liquidatorio para los solos efectos del conteo de la caducidad, si precisamente este se dejó de lado. En contraste, si escogía lo segundo, la caducidad se computará según las reglas previstas para el fenómeno liquidatorio³¹.

Entonces, si el interesado prefería esperar el trámite liquidatorio, la oportunidad para cuestionar la legalidad del acto en comento se contaría según lo previsto para la liquidación³². La jurisprudencia precisó que era posible computar la caducidad de los actos expedidos en el desarrollo del contrato hasta cuando este finalizara o se liquidara.

²⁹ El Consejo de Estado declaró la ineptitud sustantiva de la demanda en un asunto donde el contratista alegó el desequilibrio económico del contrato ante la entidad contratante y esta atendió su solicitud a través de actos administrativos. Sin embargo, el actor olvidó cuestionar la legalidad de esos pronunciamientos cuando promovió la respectiva acción de controversias contractuales para buscar que se le reconocieran los sobrecostos, por lo que quedaron amparados por la presunción de legalidad y ello dio al traste con sus pretensiones. Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 25 de febrero de 2016, exp. 41901, CP Olga Valle de De la Hoz.

³⁰ Sobre las posibilidades y alcances que tienen las partes del contrato durante el trámite liquidatorio, véase: EXPÓSITO VÉLEZ, Juan Carlos, *Forma y contenido del contrato estatal*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2013, pp. 89-100 y HERNÁNDEZ SILVA, Aída Patricia, "La liquidación del contrato estatal", *Revista Digital de Derecho Administrativo*, Universidad Externado de Colombia, junio de 2009, n° 1, p. 1-15. <https://revistas.externado.edu.co/index.php/Deradm/article/view/2597/2236> [16/01/2021].

³¹ Sobre el cómputo de la caducidad cuando el interesado cuestiona un acto administrativo sin consideración al trámite liquidatorio, véase: Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 10 de mayo de 2018, exp. 39689, C.P. Ramiro Pazos Guerrero.

³² La Sección Tercera unificó su jurisprudencia en torno al entendimiento dispensado al cómputo de la caducidad. Véase: Consejo de Estado, Sección Tercera, Sala Plena, auto del 1º de agosto de 2019, C.P. Jaime Rodríguez Navas.

Este postulado se fincó en la doctrina de los actos encadenados –similar a la teoría de los actos coligados³³– que sostiene la existencia de varios actos expedidos en el marco del contrato con contenido y efectos jurídicos diversos entre sí, pero vinculados por una relación secuencial³⁴, lo que permite cuestionar todos los actos a partir del último momento contractual.

En esa medida, el cómputo de la caducidad procesal para cuestionar la legalidad de los actos expedidos durante la vigencia de un contrato que requiera liquidación se efectúa a partir de la liquidación o del vencimiento del plazo que tiene las partes para hacerla, siempre que llegado el momento el afectado cuestione o solicite la liquidación del contrato³⁵.

En síntesis, si la administración indebidamente expide un acto en relación con el restablecimiento económico, el afectado podría demandarlo dentro de los dos años siguientes o esperar hasta la liquidación para ventilar su reclamo.

Ahora bien, si durante los acercamientos las partes llegan a acuerdos modificatorios del contrato para superar dificultades financieras o relacionadas con la ejecución, el afectado debe en cada oportunidad dejar la respectiva salvedad. Con esa base, el interesado podría cuestionar al final del contrato

³³ Cfr. BARRA, Rodolfo, *Los actos administrativos contractuales. Teoría del acto coligado*, Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 1989, p. 137.

³⁴ Sobre la aplicación de la teoría de los actos encadenados, véase: Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 13 de noviembre de 2013, exp. 31755, C.P. Mauricio Fajardo Gómez; Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 1º de junio de 2015, exp. 28950, C.P. Olga Valle de De la Hoz; Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 13 de abril de 2016, exp. 33580, C.P. Hernán Andrade Rincón y Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 12 de noviembre de 2019, exp. 61045, C.P. Marta Velásquez Rico.

³⁵ Sobre el cómputo de la caducidad procesal para cuestionar asuntos ocurridos durante la ejecución o vigencia del contrato en aquellos que requieren de liquidación, véase: Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 22 de junio de 1995, exp. 9965, C.P. Daniel Suárez Hernández; Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 29 de mayo de 2012, exp. 20340, C.P. Danilo Rojas Betancourt y Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 13 de mayo de 2015, exp. 31094, C.P. Hernán Andrade Rincón.

la legalidad de la liquidación unilateral, formular glosas al acta de liquidación bilateral o, a falta de estas, pretender el restablecimiento en la respectiva demanda de liquidación judicial. Es preciso resaltar que si ocurrió la liquidación por mutuo acuerdo entre las partes, el afectado también debe dejar consignada la respectiva salvedad en el acta bilateral para poder requerir en su demanda el rebalanceo económico.

Sin las respectivas protestas a los acuerdos modificatorios, el interesado no podrá ventilar de forma exitosa sus pretensiones de desequilibrio, bien sea fundadas en la nulidad de la liquidación unilateral, en las salvedades a la bilateral o en la reclamación directa ante el juez. No porque haya operado la caducidad del medio de control, sino porque con su conducta omisiva cierra la posibilidad de discutir lo pactado. La aquiescencia con los modificatorios y con el acta bilateral que no incluyeron el restablecimiento del equilibrio económico le impide al juez desconocer lo ahí acordado por las partes.

El afectado no puede pretender desconocer lo convenido para sorprender a su contraparte con pedimentos que en su momento no puso de presente. En consecuencia, si bien el medio de control puede ser oportuno en lo que respecta a la caducidad, la petición así formulada resulta infundada por ser contraria a la buena fe y al respeto de los actos propios.

Una conclusión

Las partes pueden resolver el restablecimiento de la simetría prestacional durante la vigencia del contrato estatal o en un eventual proceso judicial y para hacerlo cuentan con las siguientes oportunidades:

En sede contractual, el afectado debe solicitar el restablecimiento de la ecuación económica apenas advierta que se desbalanceó en su contra y podrá hacerlo hasta antes que se cumplan las prestaciones o finalice el plazo, inclusive durante el trámite liquidatorio. Lo anterior, solo encuentra límites si el afectado omite consignar la respectiva salvedad en los acuerdos que se hayan suscrito durante la vigencia del contrato para reconducir la relación. Si olvida protestar al firmar esos arreglos después no le es dado desconocer su propio acto y sorprender a la otra parte, ni siquiera durante un proceso judicial.

En sede judicial, el afectado puede, en términos generales, alegar desequilibrio dentro de los dos años siguientes a la negativa de su contraparte o puede esperar la liquidación y ventilar ahí su inconformidad. En todo caso, si se acordó algo sobre la relación contractual, el afectado debió dejar salvedades para poder ventilar su reclamación ante el juez.

Con base en lo expuesto, es posible advertir que la conducta del afectado con el rompimiento de la armonía contractual y el mecanismo con el que pretenda solucionar la asimetría prestacional demarcan las oportunidades procedimentales para alegar el desequilibrio contractual. De lo que se trata es que se recobren legítimas y sanas relaciones recíprocas y cualitativamente equivalentes, toda vez que son un vehículo muy importante para la realización de los altos fines y compromisos del Estado social de derecho al servicio del interés público.



EL ACUERDO MARCO DE PRECIOS COMO INSTRUMENTO PARA LA REGULARIZACIÓN DE CONTRATOS DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS PROFESIONALES Y DE APOYO A LA GESTIÓN



ANTONIO ALEJANDRO BARRETO MORENO

Profesor asociado y director del Departamento de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de La Sabana.

Introducción

La tipología contractual más utilizada en el mercado de compra pública colombiano es el de prestación de servicios personales¹, bajo la modalidad de contratación directa señalada en el literal h, numeral 4 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007 “*para la prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión*”². Las entidades suelen recurrir a ella para

¹ Zuleta, Saavedra y Medellín. Fortalecimiento del sistema de compra pública para reducir el riesgo de corrupción. Disponible en: https://www.repository.fedesarrollo.org.co/bitstream/handle/11445/3544/Zuleta%20et%20al_Compras%20p%C3%BAlicas.pdf?sequence=6&isAllowed=y [consultado: 10 mayo 2021].

² Para el período 2011-2016 los contratos de prestación de servicios y apoyo a la gestión representaron entre el 78 y 91% del total de los contratos directos, y entre 20 y 43% del valor total de los contratos directos” p. 16. Para octubre de 2020, según datos de la Procuraduría General de la Nación: “De conformidad con la información suministrada por el Departamento Administrativo de la Función Pública y la Agencia Nacional de Contratación Pública, Colombia Compra Eficiente, a 31 de octubre de 2020, las entidades públicas contaban con 392.468 contratistas prestadores de servicios profesionales, de los cuales cerca del 30% estaban vinculados con entidades del orden nacional y 70% con entidades del orden territorial. Mientras que en la misma fecha se reporta un total de servidores públicos en las entidades estatales de 1.274.103”, Procuraduría General de la Nación. Uso adecuado del contrato de prestación de servicios. Directiva No. 001 del 4 de enero de 2021. Disponible en: <https://dapre.presidencia.gov.co/normativa/normativa/Directiva-001-4-enero-2021-contratos-prestacion-servicios-PGN.pdf>. [consultado: 10 mayo 2021].

³ Al respecto ver el informe de la OCDE del año 2014 “Combatiendo la corrupción en los procesos de contratación pública en Colombia. Disponible en: https://www.oecd.org/daf/competition/2014_...

cumplir sus misiones regulares, ejecutar presupuesto y cumplir con las metas trazadas, previa validación de condiciones definidas normativamente³, tales como la inexistencia o insuficiencia de personal en planta para satisfacer la necesidad identificada o la restricción de contratar cuando existan objetos en ejecución iguales al requerido por la entidad⁴.

Aunque a primera vista este mecanismo de selección aparenta ser ágil, conveniente y eficaz, se caracteriza por un gran número de problemas que surgen desde su estructuración y celebración. Tanto la administración como el contratista suelen verse expuestos a trámites excesivos que dificultan la suscripción de forma expedita de estos contratos, como son la validación de requisitos de la hoja de vida, trámites internos, recepción de documentos por parte del contratista, aseguramiento, entre otros.

⁴ Fighting%20Bid%20Rigging%20Colombia_SPA.pdf. [consultado: 10 mayo 2021].

³ Procuraduría General de la Nación. Uso adecuado del contrato de prestación de servicios. Directiva No. 001 del 4 de enero de 2021. Disponible en: <https://dapre.presidencia.gov.co/normativa/normativa/Directiva-001-4-enero-2021-contratos-prestacion-servicios-PGN.pdf>. [consultado: 10 mayo 2021].

⁴ Gobierno Nacional, Decreto 1068 de 2015, Artículo 2.8.4.4.5. “Los contratos de prestación de servicios con personas naturales o jurídicas, sólo se podrán celebrar cuando no exista personal de planta con capacidad para realizar las actividades que se contratarán.

Se entiende que no existe personal de planta en el respectivo organismo, entidad, ente público o persona jurídica, es imposible atender la actividad con personal de planta, porque de acuerdo con los manuales específicos, no existe personal que pueda desarrollar la actividad para la cual se requiere contratar la prestación del servicio, o cuando el desarrollo de la actividad requiere un grado de especialización que implica la contratación del servicio, o cuando aun existiendo personal en la planta, éste no sea suficiente, la inexistencia de personal suficiente deberá acreditarse por el jefe del respectivo organismo.

Tampoco se podrán celebrar estos contratos cuando existan relaciones contractuales vigentes con objeto igual al del contrato que se pretende suscribir, salvo autorización expresa del jefe del respectivo órgano, ente o entidad contratante. Esta autorización estará precedida de la sustentación sobre las especiales características y necesidades técnicas de las contrataciones a realizar”.

Además de lo anterior, este tipo de contratos está constantemente expuesto a fallas del mercado de compra pública como la corrupción y la colusión que obstaculizan en la mayoría de los casos que la selección del proponente se realice de forma objetiva y a partir de méritos o en atención al perfil requerido, al igual que su remuneración cumpla con los estándares del mercado.

De tiempo atrás, se ha descrito la inconveniencia de que los contratos de prestación de servicios personales hagan parte del mercado de compra pública y se ha propuesto convertirlo en un asunto de gestión humana, así como se levanta la voz en contra de tantas causales de contratación directa que hoy persisten en nuestro sistema jurídico. Con relación al primer asunto, se ha señalado:

“El diagnóstico de la revisión del sistema de compra pública colombiano muestra [i] una gran dispersión normativa que genera riesgos de seguridad jurídica; [ii] mejoría en el registro de las transacciones del sistema de compra pública, aunque hay espacio para mejorar en calidad y oportunidad; [iii] restricciones en la gestión de los contratos asociadas a los mecanismos de imposición de multas; [iv] la figura de la contratación de servicios personales y apoyo a la gestión distorsiona la información del sistema de compra pública y muestra un problema del manejo del talento humano en la administración pública; [v] los convenios interadministrativos para la adquisición de bienes y servicios o la ejecución de obras restringen la competencia en el sistema de compra pública; [vi] la necesidad de revisar las causales de contratación directa pues en ellas hay negocios jurídicos que no corresponden al concepto de contratación directa; [vii] las capacidades y el comportamiento de las entidades estatales es diverso y no es correcto generalizar el comportamiento de las entidades estatales del nivel territorial en el sistema de compra pública; [viii] el abuso de los regímenes especiales para entidades estatales que no están en competencia en el mercado son un factor de opacidad en el sistema de compra pública y no representan mayor eficiencia; [ix] es necesario mejorar las capacidades y habilidades de

*los servidores públicos en la función de compra y en el uso de los datos registrados en el SECOP para sus estudios de mercado; [x] el SECOP debe ser fuente de la investigación criminal y el control fiscal y disciplinario con sistemas de alertas; y [xi] la oferta de instrumentos de agregación de demanda debe continuar creciendo y ser consistente con las categorías de gasto de más frecuente uso por parte de las entidades estatales”.*⁵

En cuanto a la eventual respuesta del Estado al diagnóstico específico de esta tipología contractual, en el proyecto preparado por la Agencia de Contratación Colombia Compra Eficiente para reformar el régimen de contratación estatal de 2016, se propuso retirar estas vinculaciones del sistema de compra pública, al indicar:

*“Lo que busca el proyecto es que la relación entre estas personas que prestan servicios de carácter permanente sea tratada desde la perspectiva del talento humano y no de la venta de servicios. Tratar la prestación de servicios de apoyo a la gestión que son permanentes como venta de servicios, distorsiona la información del Sistema de Compra Pública, particularmente la de la contratación directa. En 2015 en el SECOP hay registrados 297.160 contratos de prestación de servicios profesionales y apoyo a la gestión en la modalidad de contratación directa, algunos de estos contratos pueden haber sido suscritos con la misma persona natural durante el año. Seguramente el número de contratos de este tipo es mayor puesto que hay un subregistro y no incluimos en la revisión los contratos de prestación de servicios y apoyo a la gestión financiados con recursos de crédito”.*⁶

Aunque lo óptimo sería dignificar el trabajo humano con políticas de estandarización laboral, no se observa en la actualidad un ambiente adecuado para hacer una reforma como la propuesta en

⁵ Zuleta, Saavedra y Medellín, op. cit., p. 3.

⁶ Colombia Compra Eficiente. Motivos del proyecto de reforma al régimen de contratación. 2016, p. 7. Disponible en: https://www.colombiacompra.gov.co/sites/cce_public/files/cce_documentos/20160620motivos.pdf. Consultado: 10 mayo 2021.

su momento por el propio Estado, en el sentido de regularizar la materia con aspectos de “talento humano” que lo alejarían de la contratación estatal y lo ubicaría en el centro de la gestión de la función pública. Las dificultades continúan y es deber de las instituciones aportar en soluciones iniciales mientras se da una definitiva.

Por otra parte, además de las dificultades administrativas en la estructuración de este tipo de relaciones con el Estado, que se pueden asignar a una indebida administración, existe un entorno relacionado con las fallas de corrupción y colusión, dada su relación con cuotas burocráticas, nóminas paralelas, clientelismo, prácticas irregulares en la actividad política local, que son innegables⁷.

Este escrito trabajará los temas relacionados con esta problemática y propone como parte de la solución abordar los contratos de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión a través de una contratación por acuerdo marco de precios [AMP], que permita hacer del trámite precontractual de las entidades una labor eficiente, y evitar con ello la selección exclusivamente subjetiva del contratista al permitir una agregación de demanda. Se trata de proponer una acción directa de la Agencia de Contratación Colombia Compra Eficiente a través de uno de los mecanismos de regulación que tiene a su disposición para fortalecer la etapa de estructuración del contrato de prestación de servicios profesionales.

⁷ “En conclusión, la prestación de servicios personales y apoyo a la gestión es el componente más importante de la contratación directa y tiene una alta correlación con el ciclo electoral. No obstante, es imperativo señalar que una gran cantidad de estos contratos obedece a las restricciones de la planta de personal de las entidades estatales. El criterio de selección de este personal debe ser parte de la gestión de talento humano en las entidades estatales. Tratar la prestación de servicios de apoyo a la gestión como venta de servicios, distorsiona la información del sistema de compra pública”. Zuleta, Saavedra y Medellín, op. cit., p. 20.

Así, en primer lugar, se revisarán las irregularidades que han sido identificadas en el momento de estructurar un contrato de prestación de servicios. Identificados estos elementos, en segundo lugar, haremos referencia al acuerdo marco de precios y su relación tripartita para llegar a responder la pregunta ¿cómo a través de este mecanismo de intervención del mercado es posible regular las distintas fallas e irregularidades que se generan durante la celebración de un contrato de prestación de servicios y apoyo a la gestión?

El mercado de compra pública está lleno de imperfecciones y fallas y la forma de aminorarlas consiste en establecer mecanismos de regulación, a través de algunas figuras entre que se encuentra el acuerdo marco de precios. Los acuerdos marco de precios son mecanismos de agregación de demanda que permiten hacer más eficiente la contratación y disminuyen los costos de transacción. Constituyen una de las causales de contratación a través de selección abreviada y son de obligatorio cumplimiento para las entidades del régimen general de contratación cuando aquellas buscan acceder a bienes y servicios de características técnicas y uniformes, tal y como lo establece el artículo 2 de la Ley 1150 de 2007.

Su elaboración corresponde esencialmente a la Agencia Nacional de Contratación – Colombia Compra Eficiente – ANCCE, a quien en virtud del Decreto Ley 4170 de 2011 se le ha asignado esta competencia. Al tener un esquema tripartito, y una regulación constante por la Agencia de forma previa y con posterioridad a la suscripción del contrato, permiten que la entidad pueda consultar una variedad de prestadores de bienes y servicios para escoger entre estos quién satisface la necesidad identificada. Pero ¿pueden los contratos de



prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión cumplir con las condiciones de un acuerdo marco de precios?

I. El mercado de compra pública contiene fallas que afectan la estructuración de los contratos de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión

Como se dijo anteriormente, una de las características propias de la temática que se estudia, consiste en señalar que el mercado de compra pública está permeado de fallas que impiden la eficiencia dentro del mismo. Dichas irregularidades pueden solucionarse o combatirse a través de la intervención del Estado recurriendo a herramientas que permitan agregación de demanda, disminución de costos de transacción, estandarización de la contratación, entre otros.

Con el paso del tiempo el contrato de prestación de servicios y de apoyo a la gestión se ha desnaturalizado, convirtiéndose en una figura que además de reflejar serios problemas como las nóminas paralelas, encubre la existencia de verdaderos contratos laborales y la ejecución de funciones públicas, aspectos que no son ajenos a estas ineficiencias del mercado, porque generan un gran riesgo de sobrecostos.

Al constituirse en una de las causales de contratación directa que se ha vuelto la regla general de aplicación de las entidades sometidas al régimen general y a los regímenes especiales, su aplicación en masa, tiene como efecto que se disminuyan las posibilidades de que más actores puedan involucrarse en el sector lo que deviene en circunstancias como puede ser la

corrupción y colusión, propias de la ausencia de un escenario sin competencia [A], que asociadas a factores de índole administrativo [B], convierten este mecanismo de selección en un sector que merece su estudio para su posterior corrección. Veamos a continuación la problemática que se pretende explicar.

A. El desconocimiento del principio de selección objetiva, riesgos de corrupción y colusión en la etapa precontractual.

Al realizar el estudio de los procesos de contratación pública en Colombia, la OCDE advirtió que no solo la contratación directa era el mecanismo de selección más utilizado, sino que su uso tiene un “potencial anticompetitivo”⁸. Hecho que también es compartido por el Instituto Mexicano para la Competitividad – IMCO, en un estudio del sistema de compra pública colombiano entre 2014-2019⁹ al señalar que con base en los datos contenidos en SECOP “[E]l valor de los contratos de prestación de servicios y apoyo a la gestión representa el 44% del valor total de los contratos de contratación directa en el período de análisis y el 92,6% del número total de estos contratos directos.”

En otros términos, señala que la disminución de la competencia al adelantar procesos de invitación a unos pocos o de celebrar contratos directamente genera un estrechamiento en el mercado que abre la puerta a que se incrementen estas fallas

⁸ OCDE. [2011] Herramientas para la evaluación de la competencia. Disponible en: <https://www.oecd.org/daf/competition/98765432.pdf>. [Consultado: 10 mayo 2021]

⁹ Zuleta María Margarita y Caro Carlos Andrés. [2019] Mirada a las alertas de riesgo de corrupción del sistema de compra pública colombiano identificadas en el cálculo del índice con la metodología del IMCO. [artículo en línea] En: Laboratorio Latinoamericano de Políticas de Probidad y Transparencia: Un proyecto de Cooperación de Sur a Sur. Banco Interamericano de Desarrollo, FEDESARROLLO. Disponible en: https://www.fedesarrollo.org.co/sites/default/files/zuleta_caro_alertas_compra_publica_fedesarrollo.pdf. [Consultado: 10 mayo 2021]



ya mencionadas. Por otra parte, no resultan claras las cifras con relación a posibles maniobras de acaparamiento de estos contratos.

Uno de los principios de la contratación estatal es la selección objetiva, categoría normativa que demanda la aplicación de estándares de imparcialidad por parte de los funcionarios encargados de realizar los procesos de gestión contractual. El artículo 29 de la Ley 80 de 1993 la define como aquella escogencia que se realiza a la oferta más favorable para la entidad en términos de satisfacción de la necesidad y otros requisitos como la experiencia, plazos, tiempo, etc. y con rechazo a cualquier tipo de condición subjetiva.

En su momento, el Consejo de Estado¹⁰ mencionó que tanto la contratación directa como cualquier otro tipo de mecanismo de selección “[...] deben estar regidos por los principios que orientan la actividad contractual y que son de obligatorio cumplimiento tanto para las entidades públicas como para los oferentes o contratistas según el caso” dentro de estos, incluyendo claramente el de selección objetiva.

Los riesgos de corrupción y más precisamente de actuaciones por “cuota política” “clientelismo”¹¹ “nóminas paralelas”¹² y otras actividades irregulares, conllevan a un uso indiscriminado de la contratación directa con desconocimiento completo de los principios tales como los de selección objetiva,

¹⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 29 de agosto de 2007, rad. 15324. CP. Mauricio Fajardo Gómez.

¹¹ Zuleta María Margarita y Caro Carlos Andrés. [2019] Mirada a las alertas de riesgo de corrupción del sistema de compra pública colombiano identificadas en el cálculo del Índice con la metodología del IMCO. [artículo en línea] En: Laboratorio Latinoamericano de Políticas de Probidad y Transparencia: Un proyecto de Cooperación de Sur a Sur. Banco Interamericano de Desarrollo, FEDESARROLLO. Disponible en: https://www.fedesarrollo.org.co/sites/default/files/zuleta_caro_alertas_compra_publica_fedesarrollo.pdf. [Consultado: 10 mayo 2021]

¹² Rodríguez C., Diego. Nominas paralelas una manifestación del sistema clientelista colombiano. En: Vía Iuris. [revista académica en línea] Vol 27 (2017), 163-205. [Consultado el 1 de mayo de 2021]. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7384273>.

además afectan aspectos neurálgicos del mercado de compra pública como la competencia, que debe ser regla si se pretende obtener ventajas para la administración. Al ser relativamente discrecional la elección del contratista por parte del nominador, se abren infinitas posibilidades para asignar dichos contratos a personas cuyo perfil, según se informa, no cumplen con las necesidades que pretende satisfacer la entidad.

Mecanismos como la Ley de Garantías¹³ aminoran este hecho temporalmente, o al menos de forma previa a la celebración de procesos electorales como ocurre con el presidencial.

Si bien el Decreto 1068 de 2015 en su artículo 2.8.4.4.6 incluye algunas restricciones generales a la contratación de prestación de servicios, estos no son suficientes, así: i) Está prohibido la contratación de prestación de servicios de forma continua; ii) Esta restringido el pacto de remuneración para pago de servicios personales calificados con personas naturales, o jurídicas, por valor mensual superior a la remuneración total mensual establecida para el jefe de la entidad; iii) De manera excepcional, para aquellos eventos en los que se requiera contratar servicios altamente calificados, podrán pactarse honorarios superiores a la remuneración total mensual establecida para el jefe de la entidad, los cuales no podrán exceder del valor total mensual de remuneración del jefe de la entidad incluidos los factores prestacionales y las contribuciones inherentes a la nómina, relacionadas con seguridad social y parafiscales a cargo del empleador.

Otro asunto a revisar es el de la remuneración de los contratos. No todas las entidades manejan

¹³ Congreso de la República, Ley 996 de 2005, art. 33.



los mismos valores para el reconocimiento de honorarios a los contratistas, a pesar de que los requisitos de experiencia muchas de ellas, a través de resoluciones o comúnmente denominadas “Tablas de honorarios”, señalan cuáles son los rangos en los que podrá acordarse el valor de estos negocios jurídicos. Esta discrecionalidad permite incluso establecer reconocimientos superiores a los que de un estudio de mercado pueda obtener o incluso inferiores a los que un contratista en condiciones similares y con las mismas funciones podría recibir.

Parece ser entonces que con el paso del tiempo se ha perdido la esencia de esta forma de vinculación y el Estado ha aprovechado la relativa facilidad para suscribir estos contratos para otros fines distintos de los que fue creados, desviando su propósito e incurriendo en situaciones que conllevan un perjuicio para ambos extremos de la relación contractual.

B. Afectación del principio de celeridad por las demoras en la estructuración de los contratos, existencia de trámites excesivos en la entidad

La ineficiencia en la celebración de contratos también es impulsada por trámites administrativos que incrementan lo que denominamos “costos de transacción”¹⁴; esto es, que elevan el valor de los factores asociados que permitan llegar a un acuerdo o la suscripción del negocio jurídico con el contratista. Esta característica es propia de fallas de la administración que afectan el mercado de

compra pública.

El uso en cantidades significativas de estos contratos en la entidad demanda un esfuerzo del mismo tamaño para la revisión de todos los requisitos exigidos como los mínimos necesarios para llevar a cabo el cumplimiento de sus funciones, además del proceso propiamente y la elaboración y publicación de los documentos del proceso. Tratándose de contratos de servicios profesionales, las áreas de contratación deben desplegar esfuerzos para evaluar una a una las certificaciones, los diplomas y la experiencia laboral para tener la certeza mínima de que este cumple con las condiciones exigidas.

Obsérvese que uno de los factores que existe en materia de contratación directa es la suscripción de estos contratos acercándose al número de los servidores públicos como lo señaló en su momento la Comisión del Gasto y la Inversión Pública en su informe final “...una parte importante de los trabajadores del sector público están vinculados a través de contratos de prestación de servicios y contratación directa, bajo rubros clasificados como transferencias o inversión, para eludir las restricciones al gasto de funcionamiento establecidas en la Ley 617 de 2000. Esto significa que la política pública de empleo no se hace sobre cifras actualizadas y validadas”¹⁵

Recientemente, Función Pública señaló que en Colombia contamos con alrededor de 1.268.423 servidores públicos y de acuerdo con un estudio de Fasecolda, para 2017 teníamos un número aproximado de 663.000 contratistas¹⁶. Estas cifras

¹⁴ Salgado C., Elvira, Teoría de costos de transacción: una breve reseña. Cuadernos de Administración [Internet]. 2003;16(26):61-78. Recuperado de: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=20502604>. [consultado: 10 mayo 2021]

¹⁵ Comisión del Gasto y la Inversión Pública. Informe final. [revista en línea] Ed no. 1. [2018] [Consultado el 1 de mayo de 2021] Disponible en: <https://www.fedesarrollo.org.co/sites/default/files/LIB2017CO-MISION.pdf>

¹⁶ Fasecolda. Trabajo formal en Colombia: Realidad y retos. [revista en línea] [2018] [Consultado el



confirman las premisas expuestas en cuanto al tamaño significativo de los contratistas vinculados al Estado y de la complejidad que demanda para cada entidad adelantar el trámite respectivo.

II. El acuerdo marco de precios como un mecanismo de agregación de demanda y regulación del mercado de compra pública, propuesta de aplicación a los contratos de prestación de servicios y apoyo a la gestión.

Según la OCDE¹⁷ los acuerdos marco *“son contratos entre una o más entidades adjudicadoras públicas y uno o más proveedores, que establecen las condiciones generales que rigen las órdenes de compra que se adjudicarán durante el periodo de vigencia del acuerdo”* que se traducen en un *“mecanismo de compra colaborativa”* con una serie de ventajas que señalaré más adelante. Como se indicó en la introducción de este documento, para la OCDE es necesario fomentar la figura en nuestro medio: *“[xi] la oferta de instrumentos de agregación de demanda debe continuar creciendo y ser consistente con las categorías de gasto de más frecuente uso por parte de las entidades estatales”*¹⁸. Como se señaló la contratación de prestación de servicios es de uso muy frecuente y genera gran parte de la erogación presupuestal del Estado. Y como se verá, no se observan restricciones para que se utilice el acuerdo marco de precios en esta materia.

En un mercado con estructura propia, como es la compra pública, en el que se pensaría que el Estado

es el comerciante más poderoso [monopsonio], existen fallas e irregularidades que afectan constantemente que este sea eficiente. La asimetría de la información, la corrupción, la colusión, la falta de planeación, administración deficiente, entre otros factores, generan impedimentos que no permiten llegar a un nivel adecuado de satisfacción de necesidades.

Los contratos de prestación de servicios profesionales y apoyo a la gestión no son ajenos a estos elementos, por el contrario y conforme a todas las deficiencias expuestas con anterioridad, se advierte que en este tipo de negocios jurídicos, que involucren un porcentaje significativo de aplicación en las entidades, persisten errores de inadecuada administración por parte de las entidades estatales en su ejecución, así como de circunstancias conocidas como *“cuota política”* o *“padrinazgo político”*¹⁹.

Para corregir las imperfecciones de este mercado es imperiosa la intervención del Estado en su función de regulación, por parte de una entidad que pueda dar lineamientos y directrices en el sector económico respectivo, en este caso, la compra pública. Por esta razón, uno de los mecanismos de regulación del mercado son los Acuerdos Marco de Precios que además de reducir los costos de transacción, tiene como objetivo generar economías de escala, así como fortalecer la posición de negociante del Estado a través de un mejor intercambio de información.

Dicho esto, a continuación referiremos de forma muy concreta en qué consiste el acuerdo marco de precios y quienes intervienen en este

1 de mayo de 2021] Disponible en: <https://fasecolda.com/cms/wp-content/uploads/2019/09/trabajo-formal-en-colombia-realidades-y-retos-2018.pdf>

17 OCDE. Contratación Pública en Chile: opciones de Política para Convenios Marco Eficientes e Inclusivos, Estudios de la OCDE de Gobernanza Pública [libro en línea] 2017 [consultado el 1 de mayo de 2021] Disponible en: <https://doi.org/10.1787/9789264275614-es>

18 Zuleta, Saavedra y Medellín, op. cit., p. 3.

19 OSPINA, Laura. Politiquería y acoso laboral: relatos de contratistas del Estado. En: El Espectador [artículo en línea]. [Citado el 1 de mayo de 2021] Disponible en: <https://www.elespectador.com/noticias/politica/politiqueria-y-acoso-laboral-relatos-de-contratistas-del-estado/>



esquema [A] con posterioridad, explicaremos las razones por las que a través de un acuerdo marco de precios es posible regular los contratos de prestación de servicios profesionales y apoyo a la gestión, toda vez que estos cumplen con ser de condiciones técnicas y uniformes así como de común utilización [B].

A. El AMP como estrategia de regulación del mercado que involucra al contratista, la Agencia Nacional de Contratación y la entidad contratante.

Aunque se discute si los AMP son contratos o mecanismos de selección²⁰, lo cierto es que este es uno de los mecanismos de regulación del mercado de compra pública que fueron incorporados en la contratación estatal desde la recepción del modelo de compra pública. Se incluyó a nuestro ordenamiento jurídico a través de la Ley 1150 de 2007 y desarrollados por el Decreto Ley 4170 de 2011, la Ley 1955 de 2019 [art. 41] y recientemente reglamentado mediante el Decreto 310 de 2021. Tal y como se señala en otro escrito próximo a ser publicado²¹, su elaboración corresponde a la Agencia Nacional de Contratación Colombia Compra Eficiente como órgano de regulación del mercado de compra pública y está conformado por distintas relaciones jurídicas que lo hacen un esquema de negocio complejo.

²⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C. M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Auto medida cautelar apartes del artículo 2.2.1.2.1.2.9 del Decreto 1082 de 2015. Bogotá, D.C., 05 de mayo de 2016, pág. 38; Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C. M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Sentencia nulidad dos apartes del artículo 2.2.1.2.1.2.9 del Decreto 1082 de 26 de mayo de 2015. Bogotá, D.C., 16 de agosto de 2017, pág. 36; Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A. M.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera. Auto medida cautelar "Manual para la Operación Secundaria de los Acuerdos Marco de Precios". Bogotá, D.C., 29 de marzo de 2017, pág. 13 y 15; Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A. M.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera. Auto medida cautelar nulidad de algunos apartes del artículo 2.2.1.2.12.10 del Decreto 1082 de 2015. Bogotá, D.C., 18 de abril de 2017, pág. 8; Consejo de Estado, Sección tercera, Auto 18 de abril de 2017, C. P. Marta Nubia Velásquez Rico. Rad. 56 165.

²¹ Barreto Moreno, Antonio Alejandro. La regulación del mercado de compra pública a cargo de Colombia Compra Eficiente por medio de acuerdos marco de precios [amp] y documentos tipo [dt]. Por publicar.

Uno de los propósitos de la estructuración de los AMP es disminuir la contratación directa, está en su esencia, pues uno de sus elementos es la agregación de demanda, circunstancia que por su denominación implica incrementar la concurrencia de personas interesadas en suscribir contratos con el Estado.

Por esa razón, el acuerdo marco, tiene tres relaciones en su desarrollo que son las siguientes:

- (i) la relación primigenia entre la Agencia de Contratación y los proveedores enlistados;
- (ii) la relación entre estos y la entidad pública adquirente y
- (iii) la que existe entre la entidad compradora y la Agencia de Contratación.

La estructuración de un acuerdo marco compone además dos etapas; una primera en la que se definen los elementos del contrato [la Agencia ha denominado a esta como operación principal] y una segunda, que se caracteriza por la emisión de las órdenes de compra [la Agencia ha denominado a esta fase como operación secundaria].

En la primera, se realiza una convocatoria pública para quienes deseen participar, del resultado de la misma se determinará la lista o bolsa de proveedores y las condiciones mínimas de conformidad con lo señalado por el artículo 49 del Decreto 1510 de 2013, compilado en el artículo 2.2.1.2.1.2.10 del Decreto 1082 de 2015. En la segunda, cuyo principal elemento es la orden de compra, involucra un trabajo de identificación de necesidades por parte de la entidad y el uso de la tienda virtual del Estado para la adquisición del bien o servicio. En esta etapa, aunque no hay una intervención directa por parte de la Agencia,



persiste un seguimiento a las etapas del acuerdo por parte de aquella, consolidándose una verdadera co-supervisión de la orden de compra. Entre los beneficios de los acuerdos encontramos la disminución de los costos de transacción, una mejor transferencia de información y la generación de economías de escala²². Lo anterior, no puede en todo caso implicar un sacrificio de la libre competencia, pues si bien existe restricción al mercado esta debe ser lícita, situación para la que el estudio del mercado, esto es, el bien o servicio objeto del acuerdo marco, es fundamental.

B. Los contratos de prestación de servicios y de apoyo a la gestión son de características técnicas y uniformes y de común utilización.

El elemento más importante para la agencia al momento de determinar si un bien o servicio puede ser objeto de regularización a través de un AMP, además del estudio del mercado, consiste en validar si este cumple con la condición de tener características técnicas uniformes y de común utilización, esto es, ¿si aquellos pueden ser estandarizados?

Pero ¿qué significa que un bien o servicio tenga características técnicas y uniformes? Y ¿qué significa que sea de común utilización?

- I. Pues bien, frente al primer elemento, el artículo 2 de la Ley 1150 de 2007 señala que una de las causales de selección abreviada es “a) La adquisición o suministro de bienes y servicios de características técnicas uniformes y de común utilización por parte

de las entidades, que corresponden a **aquellos que poseen las mismas especificaciones técnicas, con independencia de su diseño o de sus características descriptivas, y comparten patrones de desempeño y calidad objetivamente definidos.**” [Énfasis añadido]

A pesar del intento de conceptualizar estos dos elementos, parece que la norma se inclina más por definir los bienes más que los servicios, en todo caso ambos caben en el mismo significado. No obstante, revisemos el concepto brindado en el Decreto 1082 de 2015 en su artículo 2.2.1.1.3.1:

“Bienes y Servicios de Características Técnicas Uniformes: Bienes y servicios de común utilización con especificaciones técnicas y patrones de desempeño y calidad iguales o similares, que en consecuencia pueden ser agrupados como bienes y servicios homogéneos para su adquisición y a los que se refiere el literal [a] del numeral 2 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007.”

Lo anterior indica que debe haber una condición similar entre los bienes o servicios por contratar, circunstancia que debe evaluarse con un estudio del mercado para conocer cómo se ofrecen y si las condiciones en que esto ocurre son similares, lo que no quiere decir que sean idénticas.

En este sentido, las condiciones técnicas uniformes son especificaciones [componentes, características y funcionamiento] definibles e identificables bajo criterios de técnica y mercado soportados, de calidad iguales o similares de ciertos bienes y servicios, con independencia de su diseño o elementos descriptivos, que comparten patrones de desempeño y calidad objetivamente

²² Colombia Compra Eficiente. Guía para entender los acuerdos marco de precios [tipo de medio electrónico] Disponible en: https://www.colombiacompra.gov.co/sites/default/files/manuales/acuerdos_marco.pdf



definidos. De lo dispuesto por la ley, se puede inferir que dichas condiciones técnicas uniformes son comunes tanto a los bienes como a los servicios, permitiendo así que puedan agruparse para que sean objeto de un Acuerdo Marco de Precios.

Recientemente, el Consejo de Estado²³ ha acuñado una forma de determinar o calificar un bien o servicio como de características técnicas uniformes:

*"[...] la calificación de un bien o servicio como de características técnicas uniformes no depende del nivel de complejidad de este, sino del hecho de que **sus elementos constitutivos puedan ser agrupados y descritos de forma homogénea o similar**, con el fin de congregar todos los bienes o servicios que ostenten dichas especificaciones".*
[Negrilla fuera del texto].

De dicha evaluación que aconseja realizar el Consejo de Estado puede observarse que implícitamente aparece un indicio para distinguir cuándo se encuentra en presencia de un bien o servicio de características técnicas uniformes: la aptitud para que sus características esenciales sean agrupadas. Por lo tanto, cuando en el mercado de compra pública hay un bien o servicio con especificaciones comunes de tal manera que puedan agruparse, aparece una oportunidad para celebrar un Acuerdo Marco de Precios. Criterio bastante amplio cuyo efecto es darla una gran capacidad de acción al instrumento y a la Agencia como su gestora.

Del mismo fallo del Consejo de Estado²⁴ salta a la vista la existencia de elementos esenciales que componen un bien o servicio regulable por

Acuerdo Marco; dichos elementos pueden ser genéricos y específicos. En el caso de la prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión, los elementos esenciales los componen: (i) la prestación personal del servicio; (ii) la inexistencia de subordinación; y (iii) la ejecución del contrato por medios propios y autónomos. Por su parte los elementos esenciales específicos del servicio son aquellos patrones y particularidades de prestación que pueden reunirse para su contratación en un Acuerdo Marco de Precios.

Es en este último escenario donde aparecería el instrumento de agregación de demanda para regular contratos como, por ejemplo, el de prestación de servicios de contaduría, financieros, jurídicos, entre otros, cada uno con elementos específicos que les son propios y que los hace susceptibles de ser objeto de un Acuerdo Marco.

En cuanto al segundo elemento, este se refiere, como su nombre lo indica, al uso frecuente que las entidades estatales que intervienen en el mercado acuden a esta figura de contratación. Circunstancia que se encuentra probada cuando observamos las estadísticas y advertimos que, además de lo ya señalado por la OCDE, de conformidad con el informe entregado por el Departamento Administrativo de la Función Pública y la Agencia Nacional de Contratación Pública, Colombia Compra Eficiente, con corte a 31 de octubre de 2020, contábamos con cerca de 392.468 contratistas, un número considerablemente alto y que la misma Procuraduría General de la Nación señaló, se debe a *"la desactualización de las plantas de personal de las entidades, y al inadecuado uso de la modalidad de contratación directa, que no por serlo está eximida del cumplimiento de los principios de la*

²³ Consejo de Estado, Sección tercera, Subsección A. Sentencia de abril 09 de 2021. Exp. 57875. C.P. José Roberto SÁCHICA MÉNDEZ.

²⁴ Ídem.



*gestión pública y de la contratación estatal*²⁵.

Precisamente, la causal de contratación directa señalada en el numeral 4 literal h) del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007 es la más usada por las entidades y la que en muchos casos mayor erogación presupuestal representa, como se ha señalado en este documento de manera recurrente.

Ahora bien, hoy en día se pueden contar con experiencias que van encaminadas a hacer que la causal de contratación directa por prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión, sea competitiva y provechosa para la entidad. Pensemos en la estrategia del Gobierno Distrital de Bogotá denominada *“Talento No Palanca”*. Dicha iniciativa se ideó como una plataforma administrada por el Departamento Administrativo del Servicio Civil Distrital [DASCD], en la que personas naturales pueden registrar su hoja de vida, actualizarla, descargar documentos y postularse a las entidades que deseen. Su objetivo principal, es contar con un banco de hojas de vida que le permita a las entidades encontrar los talentos que se necesitan y que cumplan con el perfil requerido.

La estrategia, básicamente pretende quebrar la idea de que los contratistas de la entidad vienen por referidos políticos y que por el contrario la vinculación debe ser por mérito, incluyente y democrática²⁶.

Así, en este mercado de prestadores de servicios

profesionales y de apoyo a la gestión, la plataforma permite que se incremente la demanda de personas con estudios profesionales o no, de posgrado e incluso aquellas que no cuentan con algún nivel educativo, y que de esta manera la entidad pueda escoger quién se ajusta al perfil que ha identificado es el requerido para satisfacer la necesidad.

Aunque parezca sencillo, la estructuración de un acuerdo marco para este tipo de contratación demanda un estudio serio del mercado y especialmente de los tipos de servicios prestados. Situación, para lo que no bastará su clasificación general; es decir, [i] prestación de servicios y [ii] apoyo a la gestión, pues además de ello, deberá abordarse el estudio de la actividad a realizar, circunstancia que está relacionada con la determinación de los objetos contractuales que las entidades requieren y les resultan de común utilización, por ejemplo, los que tienen que ver con el asesoramiento jurídico a la entidad, los de gestión de archivo, los de prestación de servicios para atender asuntos tecnológicos, entre otros.

A su vez, cada uno de estos puede tener subcategorías, en la lógica que funciona el clasificador de bienes y servicios de conformidad con el sistema de Codificación Estándar de Productos y Servicios de Naciones Unidas [UNSPSC] al que se refiere el Decreto 1510 de 2013²⁷, que precisen aún más el objeto contractual en atención a la necesidad específica que tiene la entidad y para la cual requiere de una persona externa a la entidad por cuanto no tiene personal en su planta que la pueda atender.

²⁵ Procuraduría General de la Nación. Uso adecuado del contrato de prestación de servicios. Directiva No. 001 del 4 de enero de 2021. Disponible en: <http://www.gobiernobogota.gov.co/sqdapp/sites/default/files/normograma/DIRECTIVA%20001%202021%20CONTRATOS%20DE%20PRESTACION%20DE%20SERVICIOS%2009-01-21%20versión%20final.pdf>

²⁶ REDACCIÓN ALCALDÍA MAYOR DE BOGOTÁ. ‘Talento no Palanca’: donde el mérito gana [recurso en línea]. 28 de enero de 2020. [Consultado el 1 de mayo de 2021] Disponible en: <https://bogota.gov.co/servicios/plataforma-para-conseguir-empleo-en-el-distrito-talento-no-palanca>

²⁷ Decreto 1510 de 2013. Artículo 3. Definiciones. Clasificador de Bienes y Servicios es el sistema de codificación de las Naciones Unidas para estandarizar productos y servicios, conocido por las siglas UNSPSC.



Tampoco puede perderse de vista que las entidades públicas no son homogéneas en cuanto a su categoría o nivel de ingresos, tampoco lo son sus necesidades. Un eventual AMP deberá considerar estos aspectos para efectos de estandarización.

Así mismo, deberá contemplarse la opción de “estandarizar” incluso los requisitos mínimos y establecer un tope de reconocimiento de honorarios de conformidad con los estándares del mercado y sin desconocer los derechos mínimos que le asisten al contratista. Incluso, de la mano con la regularización de las plantas de cada entidad para evitar que el número de contratistas supere el de los servidores públicos, y de esta manera garantizar mayor continuidad y estabilidad en la prestación del servicio, son estrategias que desde la academia y distintos sectores se han puesto de presente ante las distintas situaciones presentadas²⁸.

Los anteriores elementos permitirán un incremento en la agregación de demanda y disminuirán las posibilidades de que se elija por condiciones subjetivas o se presenten casos de colusión, corrupción, demoras administrativas, etc.

Se recuerda que cuando el legislador quiso introducir los acuerdos marco de precios en el ordenamiento jurídico previó que estos fueran utilizados con el funcionamiento propio del suministro.²⁹ Por lo anterior, debe tenerse en cuenta que el suministro puede ser de bienes y servicios que, en el marco de la compra pública, consiste

en que un proveedor se obliga en favor de una entidad estatal a cumplir en forma independiente prestaciones periódicas o continuadas de cosas o servicios, evento que en el contexto del Acuerdo Marco ocurre en la operación secundaria.

Si el Acuerdo Marco de Precios funciona como el suministro y este puede ser de bienes y servicios ¿en qué consiste el suministro de servicios? La Comisión Revisora del Código de Comercio encontró que consistía en el abastecimiento de *“fuerza humana de trabajo en forma periódica o continuada, pero con independencia de la parte que efectúa la prestación, a cambio del correspondiente precio [...]”*.³⁰ [énfasis añadido].

La noción de suministro que se quiere asignar al Acuerdo Marco de Precios puede colaborar en la misión de combatir las nóminas paralelas y el ocultamiento de relaciones laborales, al señalar que el desarrollo del objeto del contrato se realiza de manera independiente y sin subordinación; lo anterior se profundiza aún más si tenemos en cuenta que con el contrato de prestación de servicios, en el que su regulación en la Ley 80 de 1993 menciona que en ningún caso genera una verdadera relación laboral, se perpetúa aún más la problemática señalada. Más aún si se tiene en consideración que tres jurisdicciones en Colombia, a saber, constitucional, contencioso administrativa y ordinaria, toman decisiones sobre el contrato realidad frente a esta relación, ante la eventualidad del encubrimiento de una verdadera relación laboral.

¿Qué es aquello que el Acuerdo Marco de Precios puede hacer para solucionar el problema generado en el contrato de prestación de

²⁸ Sanabria Pulido, Pablo et al. ¿Cómo mejorar y racionalizar la contratación por prestación de servicios en el sector público en Colombia? Una mirada desde la calidad del empleo. En: Notas de Política. Universidad de Los Andes [revista en línea] Vol. no. 35 [2019] [Consultado el 1 de mayo de 2021] Disponible en: <https://repositorio.uniandes.edu.co/bitstream/handle/1992/40795/notas-de-politica-35.pdf?sequence=3>. [consultada: 10 mayo 2021]

²⁹ Gaceta del Congreso N° 416 de 2007. Pág. 12.

³⁰ Ministerio de Justicia. 1958. Proyecto de Código de Comercio. Tomo II. Pp. 230 y ss.



servicios? En primer lugar, debemos tener en cuenta que este es un instrumento de regulación del mercado de compra pública donde la Agencia Colombia Compra Eficiente ejerce un poder de director y regulador. En segundo lugar, la Agencia teniendo en el marco de sus competencias la facultad de celebrar Acuerdos Marco de Precios, puede definir sus condiciones siempre que el bien o servicio que sea objeto del acuerdo cumpla con las características de tener condiciones técnicas uniformes.

¿La prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión tienen características técnicas uniformes? De acuerdo con lo que se ha visto con anterioridad, sí. De hecho, de acuerdo con las especificaciones técnicas y patrones de desempeño y calidad es posible encontrar modalidades de prestaciones de servicio agrupables y por tanto pueden constituir objeto de un Acuerdo Marco de Precios.

Ahora bien, desde el Acuerdo Marco de Precios deben disponerse las condiciones que permitan corregir el fenómeno de nóminas paralelas y el ocultamiento de verdaderas relaciones laborales con contratos de prestación de servicios. Estas condiciones deben estar encaminadas a impedir la continuada subordinación³¹ y pueden ser, por ejemplo, impedir que la prestación del servicio se ejecute de manera continua [aplicando lo previsto en el artículo 2.8.4.4.6 del Decreto 1068 de 2015] a través de plazos fijos o una restricción para la celebración consecutiva de órdenes de compra con el mismo proveedor por un tiempo

³¹ Vicio en el cual incurren las entidades estatales al celebrar de manera continua contratos de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión. Este vicio, no ha podido ser corregible desde el mismo contrato, en los términos dispuesto por el régimen general de contratación, por lo que es necesaria la intervención de la Agencia, para que con un instrumento de agregación de demanda se le devuelva la connotación de suministro que tiene la prestación de servicios y no de contrato de trabajo.

determinado; además, el Acuerdo Marco debe replicar lo dispuesto en el artículo 2.8.4.4.5 del Decreto 1068 de 2015 en lo referente a que una entidad solo puede requerir la prestación de servicios cuando no exista personal de planta con capacidad para realizar las actividades que se contratan, o que este sea insuficiente.

¿Tiene la Agencia facultades para hacer lo anterior? En el marco de un Estado de Derecho los entes administrativos deben actuar conforme tengan competencia dispuesta en la ley. De esta manera aparece el Decreto Ley 4170 de 2011 fijando en cabeza de la Agencia de Contratación la facultad de diseñar, organizar y celebrar Acuerdos Marco de Precios y otros mecanismos de agregación de demanda que trata el artículo 2 de la Ley 1150 de 2007. Por otra parte, con la instrucción del Gobierno Nacional contenida en el Decreto 310 de 2021 de universalizar la utilización de los AMP para el año 2022, se convierte en la herramienta y el escenario adecuado para su utilización en la prestación de servicios profesionales y apoyo a la gestión.

Otros de los beneficios que tendría la suscripción de un acuerdo en estas condiciones es la posibilidad de que el proceso esté respaldado por un estudio previo de la Agencia en la negociación de las condiciones y estructura del mecanismo de regulación. A esto se agrega que ella sería la encargada de evaluar a cada uno de los futuros contratistas, particularmente en la revisión de documentos de su hoja de vida, situación que como expusimos demanda un desgaste para la entidad. Finalmente, no podríamos dejar de señalar el acompañamiento durante la ejecución del acuerdo y la eficacia de las órdenes de compra.



Conclusiones

La contratación directa, incluyendo su causal de contratos de prestación de servicios y de apoyo a la gestión, constituye el porcentaje más elevado de presupuesto ejecutado y su uso supera incluso el de la licitación pública.

Algunas fallas dentro del mercado de los contratos de prestación de servicios son la colusión, la corrupción, la ineficiencia de la administración y el exceso de trámites administrativos. Circunstancias que se fortalecen más cuando hay un estrechamiento del mercado que no pareciera permitir la inclusión de nuevos actores.

La agregación de demanda además de incrementar el potencial de contratación otorga beneficios como la disminución de los costos de transacción, un beneficio recíproco para las partes y una política para la selección objetiva de los contratistas, hecho que se desconoce cuando persiste en el mercado.

Los contratos de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión pueden agruparse por patrones y particularidades de prestación, en tanto tienen características técnicas uniformes, por lo que pueden ser objeto de un Acuerdo Marco de Precios.

Una de las formas de regularizar el mercado de los contratos de prestación de servicios y de apoyo a la gestión es a través de un acuerdo marco de precios que permita a las entidades conseguir una lista de prestadores de servicios profesionales y de apoyo a la gestión, ampliando así el abanico de posibilidades para la suscripción de estos

contratos, para lo que se deberá revisar a partir de un estudio de mercado el tipo de contrato y el objeto contractual con el fin de encontrar cuáles de estos pueden ser de características técnicas y uniformes.

Tanto la prestación de servicios profesionales y apoyo a la gestión, como el Acuerdo Marco de Precios y la Agencia de Contratación Colombia Compra Eficiente reúnen las condiciones jurídicas idóneas para generar un escenario de regulación efectivo que contrarreste la proliferación de nóminas paralelas y la tendencia de ocultar verdaderas relaciones laborales con contratos de prestación de servicios.

Hay una oportunidad jurídica en la cual -dada la obligación que tienen las entidades territoriales que contratan con el régimen general de adoptar Acuerdos Marco de Precios para la adquisición de bienes y servicios de características técnicas uniformes de común utilización -puede hacerse imperativa la aplicación de instrumentos de agregación de demanda y aplicar la propuesta aquí esbozada para optimizar el mercado de compra pública.



INFRASTRUCTURE INVESTMENT AND DELIVERY FOR A RESILIENT AND GREEN RECOVERY: WHY GOVERNANCE MATTERS

Infrastructure provision determines the quality of life in a country and influence the economy's ability to function and grow. Public investment has been identified as a crucial component of stimulus packages not only due to its capacity to create millions of jobs globally in the short- and long-term, but also because the fiscal multiplier that results from investments following the COVID-19 crisis could potentially be larger than usual due to the particular characteristics of the current macroeconomic context [IMF, 2020¹].

Examples across OECD countries suggest that infrastructure investments will do most of the heavy-lifting in terms of social and economic recovery in forthcoming years. However, one of the key challenges that governments face is ensuring that infrastructure investment not only supports the immediate response to the crisis, but resources are channelled towards projects that will effectively address the social, economic, environmental and political impacts of the COVID-19 crisis.

1. Main challenges in infrastructure following COVID-19

¹ IMF [2020], Fiscal Monitor: October 2020, <https://www.imf.org/en/Publications/FM/Issues/2020/09/30/october-2020-fiscal-monitor>.



PAULO MAGINA

Jefe de la Unidad de Compra Pública de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE).



ANA MARÍA RUIZ

Trabaja en la División de infraestructura y compras públicas de la OCDE.



LORENA CRUZ SERRANO

Trabaja en la Dirección de Gobernanza de la OCDE.

While the relationship between the provision of public infrastructure and economic growth is clear, recent evidence suggests that its impact is diminished if the investment process is inefficient [IMF, 2015²; IMF, 2014³]. One of the main challenges faced by OECD countries in implementing infrastructure projects has been the quality of public governance. Governance failures are diverse and can occur throughout the entire infrastructure life-cycle [OECD, 2017⁴]. When speaking about the sustainability of investments, getting infrastructure right becomes an even more intricate endeavour. Under the particular context of COVID-19, there are four challenges that can strain governments' ability to invest in environmentally sustainable and climate-resilient infrastructure that are worth highlighting:

- Short-sighted investments: Politicians have a strong incentive to prioritise infrastructure investments with high visibility and display tangible results to certain constituencies [OECD, 2020⁵]. Especially amidst an economic and social

² IMF [2015], "Making Public Investment More Efficient", IMF Policy Papers, <https://www.imf.org/external/np/pp/eng/2015/061115.pdf>.

³ IMF [ed.] [2014], Is It Time for an Infrastructure Push? The Macroeconomic Effects of Public Investment.

⁴ OECD [2017], Getting Infrastructure Right: A Framework for better Governance, <http://dx.doi.org/10.1786/9789264272453-en>.

⁵ OECD [2020], Supporting Better Decision Making in Transport Infrastructure in Spain: Infrastructure Governance Review, OECD Publishing, <http://www.oecd.org/publications/supporting-better-decision-making-in-transport-investment-in-spain-310e365e-en.htm>.

crisis, the risk of selecting projects that deliver the most benefits in the short-term, without a clear long-term target, is higher than ever.

- Misalignments between environmental sustainability and infrastructure policy agendas: infrastructure investments often have to tackle multiple economic, social and environmental needs. Finding a balance between investments that boost job generation, productivity and competitiveness and those that strengthen environmental sustainability and resilience to climate change risks can become a grueling task.
- Heightened uncertainty and rapidly changing environments: uncertainties arising from factors such as rapidly evolving technologies, the impacts of climate change and behavioural changes in society create a challenge for planning infrastructure assets with lifetimes that span decades. Insufficient flexibility, responsiveness and poorly targeted procurement strategies can lead to dated or carbon-intensive technologies encroaching into long-term infrastructure contracts and agreements.
- Sustainability and debt management: global crises and recessions, like the one resulting from the COVID-19 pandemic, increase the probability of fiscal risks materialising and can put public finances under serious strain, endangering long-term sustainability [OECD, 2020⁶]. Under the current economic context, governments face the double challenge of attracting private investment and ensuring that these resources are

channelled towards environmentally sustainable and climate resilient infrastructure assets.

2. Infrastructure governance for a green and resilient recovery

Infrastructure governance can be understood as the policies, frameworks, norms, processes and tools used by public bodies to plan, make decisions, implement and monitor the entire life cycle of public infrastructure. Governance has a key role to play in delivering well-articulated and whole-of-government infrastructure responses and ensuring infrastructure projects are well-targeted. While there has been an increasing focus on infrastructure governance in recent years, the crisis has sharpened the need to accelerate reform efforts in this area.

The OECD Recommendation on the Governance of Infrastructure, the OECD Recommendation on Public Procurement and the OECD Recommendation on Principles for Public Governance of Public-Private Partnerships provide guidance on four key governance tools that help ensure the transition to greener investments is at the heart of infrastructure led recovery programs.

Align the strategic long-term infrastructure vision with environmental policy objectives.

The first step towards quality infrastructure is to have a clear vision for the future and a credible roadmap to achieve it. A long-term vision for infrastructure can help governments establish an adequate institutional framework, implement clear governance arrangements, define needs and targets, coordinate across stakeholders and develop reliable action plans.

⁶ OECD [Forthcoming], Building a coherent response for a sustainable post-COVID-19 recovery: Towards a Policy Coherence Roadmap, http://www.oecd.org/governance/pcsd/PRELIMINARY%20VERSION_PCSO_Policy-Response-Covid19_13%20July%202020.pdf.

In a green and resilient recovery context, strategic plans should link long-term environment targets to infrastructure decision-making, ensure cross-sector synergies to minimise negative environmental impacts and define strategies to improve resilience in the long-term. It is particularly important to develop strategies that take account of the evolving technological and economic environments, so as to provide confidence in the robustness of the proposed investments. Some countries, such as Ireland, are currently reviewing their national infrastructure strategy to ensure investments in infrastructure fully align with broader social and environmental policy goals and the currently changing context. Canada's 'Investing in Canada Plan' also includes a specific funding stream dedicated to investments that support a transition to a clean growth economy in provinces and territories. The plan was recently updated to include a COVID-19 resilience component to fund shovel-ready, short-term projects that aim to retrofit, repair and upgrade existing infrastructure, as well as disaster mitigation and adaptation projects.

Place a stronger emphasis on project prioritisation and selection

While there is a natural inclination to promote 'shovel-ready' solutions, this must be balanced by the need for environmentally sustainable and climate-resilient infrastructure. As pointed out in the OECD Recommendation on the Governance of Infrastructure, governments benefit from decision-making processes that are based on a sound understanding of the expected returns of infrastructure projects and pay due consideration to economic efficiency as well as social, environmental, and climate costs and benefits throughout the whole of the asset's life cycle.

Short lists of projects should be developed using assessment methods that analyse both monetary and non-monetary costs and benefits and consider the projects' contribution to environmental and resilience policy goals.

The United Kingdom has adopted general guidelines for the incorporation of multi-criteria analysis in decision-making processes [Department for Communities and Local Government, 2009⁷]. The guidelines provide an explanation of techniques that do not necessarily rely on monetary valuations as a way to complement the use of monetary methodologies such as financial analysis, cost-effectiveness analysis, and cost-benefit analysis, which generally do not take into consideration the environmental impacts of infrastructure investments.

Harness procurement strategies to support environmentally sustainable infrastructure

The OECD Recommendation on Public Procurement provide guidelines on how to make the most of efficient and effective procurement processes to attain sustainable, innovative, and quality infrastructure projects. Environmentally sustainable infrastructure can be promoted through the use of targeted procurement strategies that take into account life-cycle costing [LCC] when awarding public works contracts.

Similarly, procurement can be a powerful demand-driven tool for innovation in infrastructure investment and delivery, generating technologies that are not commercially available on the market. This is particularly relevant given the critical role

⁷ Department for Communities and Local Government (2009), Multi-criteria analysis: a manual, https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/7612/1132618.pdf.



of new technologies in delivering the low-carbon transition. The municipality of Frederiksberg in Denmark leveraged public procurement to implement nature-based solutions to address its urban flooding problems. As an ideal solution suitable for dense city streets was not yet available on the market, Frederiksberg used an innovation partnership model in order to procure a customised solution for heavy rainfall management (European Commission, 2020⁸).

Develop an enabling environment for private investments in environmentally sustainable infrastructure

Large capital requirements, particularly following the COVID-19 crisis, make it even more imperative to improve confidence in public decision-making in order to attract private resources for the execution of infrastructure-led recovery programmes. The OECD Recommendation on the Governance of Infrastructure invites governments to select the way in which infrastructure assets are provided and financed in a way that is grounded in value for money and optimal allocation of risk between the parties. If opting for a public-private partnership (PPP) model, the OECD Recommendation on Principles for Public Governance of Public-Private Partnerships also indicate that countries should establish a clear, predictable and legitimate institutional framework supported by competent and well-resourced authorities.

Mindful of the need to further strengthen infrastructure governance in preparation of additional investments in the upcoming years, the Philippines is formulating a PPP framework for

local governments. The framework is expected to complement the existing laws and regulations, and facilitate the co-ordination across levels of government. Colombia's fourth and fifth generation of PPP projects is also the product of a whole-of-government strategy to boost investment in transport infrastructure. The Colombian National Council on Economic and Social Policy (CONPES) and the National Planning Department undertook an in-depth analysis to ground the selection of PPPs in value for money and formulated a robust risk allocation matrix for these investment projects.

3. The role of the OECD in supporting environmentally sustainable infrastructure

Strengthening public governance will be key to invest better and ensure a green and resilient recovery. There is an evident need for sufficient capacity, expertise and resources to develop a strategic infrastructure policy direction, identify and assess risks, monitor and oversee projects' contribution to environmental sustainability and climate-resilience. The OECD stands ready to support subnational and national governments efforts to advance the infrastructure governance reform agenda.

Tailored policy recommendations and detailed guidance on responsive and efficient planning, decision-making and delivery of infrastructure programmes, as well as procurement and implementation of infrastructure mega-projects, can be offered through country reviews and project reviews. With the support of the Network of Senior Infrastructure and PPP Officials and the Working Party on Leading Practitioners on Public Procurement, the OECD promotes policy dialogue to discuss latest trends and challenges related to the governance of infrastructure.

⁸ European Commission [2020], Public Procurement of Nature-Based Solutions Addressing barriers to the procurement of urban NBS: case studies and recommendations, <http://dx.doi.org/10.2777/561021>.



UN PROYECTO DE NUEVO JUEZ

- I. Un nuevo juez frente al contrato.
- II. Un nuevo juez frente a la Ley.

Se vienen oyendo en el país voces en diversos escenarios, planteando por decirlo de alguna manera, un papel más protagónico del juez en los diversos ámbitos de la vida nacional, buscando que sus decisiones se adapten de una mejor manera a cada caso concreto, a través de una cierta libertad interpretativa de las normas y, en veces, de los propios textos contractuales. No me opongo, en principio, a que el juez se acerque lo más posible al caso a resolver y a la problemática particular puesta a su consideración.

No obstante lo dicho, en nuestro Estado de Derecho, su estructura de tridivisión de las ramas del poder público; su basamento democrático y los principios y fundamentos que lo inspiren, hacen que este punto deba ser analizado y valorado con sumo cuidado para preservar el equilibrio; el Principio de Legalidad tan presente en nuestro derecho positivo; la estabilidad de las instituciones; los mandatos que implica la elección popular; la estabilidad y seguridad jurídica y la autonomía de la voluntad contractual, base de nuestra Carta Fundamental, entre otros aspectos que caracterizan la organización colombiana.

En efecto, los artículos 3, 4 y 5 Superiores, entre muchos otros, predicán la soberanía residente en el pueblo, emanando de ella el poder público y



MARÍA TERESA PALACIO JARAMILLO

Catedrática en Derecho Público y Contratación Estatal.

sus ramas, la prevalencia de la Constitución y la Ley, la democracia participativa directa; la primacía de los derechos de las personas y su autonomía de voluntad, así como la responsabilidad de los servidores públicos por extralimitación en el ejercicio de sus funciones.

De igual manera el artículo 113 Constitucional, en lo atinente a la organización de nuestro Estado, prescribe que su estructura está dada por tres ramas del poder público a saber: la legislativa, la ejecutiva y la judicial, además de otros órganos autónomos e independientes, cada uno de ellos dotado de específicas misiones y competencias consagradas en la normativa.

A su turno, el nuevo modelo Estatal de corte principalmente competitiva entre los diversos agentes económicos, ya sean estatales o privados, introduciendo en la Constitución de 1991, frente a uno de corte fundamentalmente monopólico público consagrado en la reforma a la Carta en el año de 1968, ha ubicado al país dentro de un contexto de globalización, posibilitando que, en este nuevo orden, el Estado juegue un papel protagónico y dinámico en el manejo de la economía y la riqueza, como un agente más, en competencia con cualquiera otro, llámese persona natural o jurídica, nacional o extranjera, pública o privada.



El libre juego de los mercados, dentro del concepto de interés general como punto central, alumbra la actividad de los distintos protagonistas, conduce a que el Derecho a la competencia vaya de la mano con el mejoramiento sostenible y el crecimiento de los diversos sectores de la colectividad. El Estado orienta también sus esfuerzos a participar en el juego del libre mercado y la democratización de la economía, en pro de obtener un desarrollo sostenible, equitativo y armónico del país.

Así las cosas, la autonomía de la voluntad que es base y sostén de todo contrato y como acuerdo Inter partes que es, requiere ser preservada y respetada como elemento sustantivo de la seguridad jurídica la cual debe rodear el mundo de los negocios para garantizar su estabilidad, eficiencia y eficacia.

Nada de lo dicho escapa al terreno de la Contratación Estatal en el que precisamente se presentan importantes movimientos de riqueza y el que, sin lugar a equívocos, se erige como herramienta principalísima de desarrollo e instrumento idóneo para la distribución equitativa del ingreso y medio para lograr los fines públicos y el adecuado desenvolvimiento social.

Enemigo acérrimo de cualquier desarrollo eficiente, armónico y eficaz de un modelo económico, es no darse a la tarea de analizar y valorar juiciosamente los diversos elementos y circunstancias que pueden llegar a impactar los negocios al momento de estructurarlos y desarrollarlos. Contar con cierto grado de certeza en lo pactado permite una ejecución exitosa y el cumplimiento de los objetivos buscados por las partes con su celebración.

Así las cosas, las contingencias no medidas, los terrenos inseguros y ni qué decir de la incertidumbre frente a la interpretación de las cláusulas de un contrato, máxime si esta proviene de la discrecionalidad de un juez que es un tercero ajeno a la relación de los contrayentes, se constituye en una importante causa de crisis en el manejo y gestión de un acuerdo, especialmente si este es Estatal, en tanto y en cuanto estos son motor de desarrollo, herramienta de inversión y una manera idónea de vincular los diversos agentes del mercado a la actividad productiva del país, en el contexto no solo nacional sino internacional, dentro de un marco de crecimiento sustentable y justo socialmente.

La Contratación Estatal es la columna vertebral del movimiento de la Hacienda Pública y por tanto debe mantenerse asentada en reglas claras y objetivas que ofrezcan certidumbre y solidez a quienes participan en este mercado y, en general, a todo aquel que celebra un contrato y emprenda un negocio sostenible.

Este es un asunto de Riesgos: Nada más peligroso que poner la voluntad de un juez por encima de la Constitución, de la Ley y de lo pactado en un acuerdo de voluntades, sin que con ello se ponga en vilo y se maltrate la democracia, la tridivisión de los poderes públicos y la seguridad jurídica, entre otros, como veremos a continuación.

Para ilustrar lo dicho y simplemente como un ejemplo claro de la que he señalado como la postura que propende por contar con un juez más vigoroso y actuante dentro de parámetros abiertos y genéricos, comentaré algunos aspectos contenidos en el proyecto de Código Civil de Colombia que busca reformar el actual y, unificarlo



en obligaciones y contratos con el Código de Comercio, especialmente en lo que atañe a su incidencia en el ámbito de la Contratación Estatal.

En mi sentir, el proyecto que se comenta no solo constitucionaliza el Derecho Civil, sino que genera el peor de los males que puede infringirse a la contratación con recursos públicos, cual es la “inseguridad jurídica”, como se verá con algunos ejemplos que sugiero para estudio; desdibuja la tridivisión de poderes y horada la democracia misma.

El enfoque principalista del proyecto despoja los contratos de claridad y de supuestos de hecho firmes y objetivos, base fundamental sobre la que descansa los negocios especialmente los estatales y la inversión, tanto nacional como extranjera.

La redacción del Código propuesto está plagada de palabras y terminología con categorías abiertas y lenguaje emotivo, utilizando frecuentemente vocablos que generan incertidumbre como son, entre otros, equidad, buena fe, bienestar, lo justo, lo razonable, dejando su interpretación y aplicación a criterio del juez, convirtiéndolo en el amo y señor de los contratos, arrebatándoles el respeto por la palabra empeñada y abofeteando la autonomía de la voluntad y el querer de las partes, con las consecuencias que ello acarrea.

Aunado a lo anterior, se otorga a la jurisprudencia un peso no ajustado a lo dispuesto en el artículo 230 Superior, al definir que ya no será un criterio auxiliar de interpretación sino “Fuente del Derecho”, de carácter general y obligatoria, dando al traste con la estabilidad y fijeza de nuestras instituciones, modificando una tradición del Derecho Positivo por principios más cercanos a los de Estados

del Common Law, que obedecen a otro tipo de orientación jurídica.

Dicho esto, no puedo dejar de recalcar, para los efectos de este análisis, el cambio constitucional ocurrido en 1991 en Colombia, que varió el tipo de Estado de uno de corte principalmente Monopólico Público, en el que la prestación de servicios se encontraba en manos del Estado de manera exclusiva y excluyente, a uno fundamentalmente competitivo en el que, a partir de lo señalado en sus artículos 333, 365, 209 y 90 la contienda libre es un derecho de todos, que implica responsabilidades y está iluminada en lo público por principios de orden superior. Frente a este cambio, se hizo necesario emprender un proceso de modernización de la estructura de la Rama Ejecutiva con sustento en el Artículo Transitorio 20 de la Carta [1992] para, en el año siguiente, expedir el Estatuto de Contratación [Ley 80 de 1993], concibiéndose esta última normativa como la respuesta a un nuevo estado y herramienta idónea para competir, en igualdad de condiciones, con el sector productivo nacional o extranjero, público o privado.

Así las cosas y en desarrollo de este mandato Constitucional, se redactó uno de los preceptos más importantes de la Ley de Contratación Estatal, que es el Artículo 13 en el que se establece, sin lugar a equívocos, que la normatividad aplicable a este tipo de contratos son “las disposiciones comerciales y civiles”, “salvo en las materias particularmente reguladas en esta Ley”, dando prevalencia a la autonomía de voluntad de las partes.

En este orden de ideas es pertinente afirmar, sin ambages y con toda contundencia que, todo lo



que ocurra con los Códigos Civil y de Comercio impacta de manera medular la Contratación Pública, razón por la cual se hace urgente analizar la propuesta de modificación que hoy se aborda y comentar brevemente tan solo un puñado de normas que inquietan grandemente por sus efectos graves en lo que hace a los contratos estatales que, como se anota, se erigen en el instrumento principal mediante el cual se ejecuta la inversión pública, incidiendo en el desarrollo y crecimiento de la actividad económica, siendo por tanto el medio para lograr los fines de interés de la comunidad y democratizar la economía.

Veamos algunos pocos ejemplos de artículos que contiene el proyecto en análisis y que dan un claro testimonio de lo que podría acaecer con su entrada en vigor.

Los Artículos 15 y 16 generan profunda inseguridad jurídica, pues incorporan algunos giros que permitirían la aplicación de la retroactividad de la Ley, así como el debilitamiento de los derechos adquiridos, al posibilitar que los contratos se rijan por la norma nueva y no por aquella bajo la cual se negoció, estructuró y suscribió el contrato, máxime cuando en el campo de lo público, los acuerdos de voluntad son el producto de procesos complejos para la escogencia y selección de los colaboradores.

A su turno, el Artículo 108 del proyecto, iniciando por su título ambiguo “excesiva desproporción” señala que el Juez puede “adaptar y ajustar” un contrato cuando “al momento de la celebración”, por falta de previsión, por ignorancia, inexperiencia o habilidad en la negociación y obviamente a juicio de este, el negocio jurídico le otorga a la otra parte una “ventaja excesiva”, teniendo en

consideración temas tales como la aflicción económica o necesidad apremiante de la otra parte.

Esta previsión es en mi criterio absolutamente inconcebible e inimaginable en terrenos de la Contratación Estatal, máxime cuando se trata de evaluar una “excesiva desproporción” que se configura al momento de la celebración del acuerdo y no es sobreviniente a su estructuración, firma y legalización. Simplemente y para reflexión me pregunto: ¿Qué pasa con el error de oferta?; ¿Qué ocurre con el Principio básico de Selección Objetiva?; ¿Qué suerte corre la estructuración de proyectos, la seriedad de las ofertas, el análisis de riesgos y su impacto en los precios propuestos y en las condiciones globales de adjudicación, acto que, por cierto, es irrevocable?; ¿Es entonces el Juez el que determina el precio de un contrato estatal?; ¿Qué pasa con el concepto de desequilibrio económico y sus requisitos?

El Artículo 163 propuesto también plantea una gran incógnita en la medida en que contempla que el juez, según su leal saber y entender, puede conceder plazos de gracia al deudor, previsión que no solamente va en contravía de lo señalado en el Artículo 1551 del Código Civil, sino que tiene la virtualidad de golpear y desestructurar la oferta presentada por un interesado, que la ha confeccionado con base en unos Pliegos de Condiciones dados por la Entidad contratante, lo que incide claramente en la adjudicación y sus principios rectores de objetividad, libre competencia, transparencia y economía. No puede olvidarse que el plazo va de la mano con el precio, los riesgos asumidos y la conformación misma de la propuesta y por ende del contrato.



No puede pasarse por alto que desde el inicio mismo de un proceso de selección objetiva el planteamiento del negocio requiere necesariamente dar nitidez al pacto, a sus especificidades y alcance, así como al tema de riesgos que, entre otras cosas es factor que influye de manera radical en el precio. El acaecimiento de hechos o circunstancias que el contratista o el contratante no pueden prever razonablemente, ni contabilizar en un modelo económico del negocio como son, sin duda, las valoraciones de excesiva desproporción que haga un juez y que se dan al momento de celebrar el contrato, o el otorgamiento por parte del fallador de plazos de gracia al deudor, atentan contra la seguridad que debe rodear un contrato. Este tipo de vicisitudes y falta de certeza en los proyectos que se ofrecen y desarrollan, que dependen de la voluntad soberana de un tercero [en este caso del juez], no hacen cosa distinta que desestabilizar los negocios, aumentar los riesgos, encarecer los proyectos y poner en entredicho la legitimidad de las instituciones.

Unida la antedicha previsión, con la formulación dada en el Artículo 576 del proyecto, conforman una argamasa realmente explosiva que arremete contra la mayor parte de los principios en los que se funda la Contratación Estatal: Igualdad, Selección Objetiva, oferta más favorable, Transparencia, Publicidad y Economía. Este Artículo 576 señala, sin empacho, que el cumplimiento de una obligación puede demandarse ante un Juez cuando: No sea excesivamente onerosa para el deudor, afecte su situación personal o contraría la buena fe negocial, todo ello según el discernimiento del Juez. Cabría preguntarse además en este punto si ¿el acatamiento de una obligación exigida por una autoridad no impacta siempre y necesariamente al deudor?

A su turno esta norma, en igual sentido que la comentada en precedencia, deja en manos del juez el aplazamiento o escalonamiento de los plazos de cancelación de las sumas adeudadas, así como la adopción de otras medidas, en el evento que estime que el pago o remate correspondiente *“afecte la subsistencia personal y familiar del deudor”*, al igual que las *“necesidades del acreedor”*.

Los invito a imaginar, por un instante siquiera, el efecto de esta norma aplicada a un contrato estatal. Devastadora. El juez sustituye la voluntad de las partes, los mandatos de la Ley y los principios de la Constitución, desplegando un papel que no le corresponde bajo ninguna consideración.

Por su parte y sin posibilidad de dejar de registrarlo, el Artículo 499 del proyecto, relativo a la Revisión de los Contratos, se le otorga al juez la posibilidad de adoptar o dar por terminado un acuerdo de voluntades, así como también lo faculta para distribuir equitativamente *“los perjuicios y ganancias resultantes del cambio de circunstancias”*. Lo anterior con sustento en su valoración según la cual el cumplimiento del contrato *“llega a ser excesivamente oneroso por un cambio de circunstancias que no pudo tener en cuenta al momento de su celebración sin culpa de la parte afectada ...”*, salvo que la parte demandada ofrezca *“modificar equitativamente las prestaciones contractuales”*.

Nuevamente, por medio de un lenguaje emotivo, abierto y confuso, se entrega al Juez la suerte e incluso la vida del contrato según su criterio y personal discernimiento, permitiéndole jugar un papel que no le es propio ni por semejas, quedando por encima de la Ley y del contrato.



De contera, no puedo dejar de comentar el Artículo 595 del proyecto, en tanto y en cuanto no solamente va en contraposición de normas internacionales y de inversión, lo que de por sí es ya bien grave en el ámbito de la Contratación Pública, sino que atenta de forma directa contra los Principios que soportan la estructuración de los proyectos y la selección, adjudicación, firma y ejecución de los Contratos Estatales, borrando de un plumazo su estabilidad, coherencia y esencia, al establecer sin ambages que *“en casos excepcionales”* [cuáles], el Juez puede *“aminorar la indemnización si la compensación integra comporta una carga opresiva para el demandado a la luz de la situación económica de las partes”*.

De nuevo me cuestiono ¿si un Juez, según su propio entendimiento respecto de estas categorías y vocablos abiertos y confusos, puede excusar del pago de una indemnización al obligado o rebajar su monto?, ¿apartándose del pacto?

Todo lo dicho atenta contra la seguridad jurídica y pone en graves dificultades la estructura y lógica conceptual de la Contratación Estatal, llevándome a concluir que, en este campo, de aprobarse el proyecto las cosas pueden ser aún peores, no sin puntualizar finalmente que el activismo judicial es, en mi sentir, inconstitucional y atenta contra el Principio fundamental de nuestra democracia como es el de la tridivisión del poder.

En efecto, cómo puede siquiera concebirse que en un tipo de estado como el nuestro, un juez que es nombrado, no elegido popularmente, con las consecuencias políticas y jurídicas que ello acarrea, esté facultado para definir, según su propio criterio abierto y personal sobre lo que considera justo, razonable o equitativo, si un

contrato que, en el caso del Estatal obedece y es el resultado de procesos complejos fijados en la Ley, es excesivamente desproporcionado en su precio, o establece un corto plazo al deudor de una obligación para que ésta sea satisfecha, o contempla previsiones excesivamente onerosas o afecte la situación personal de una de las partes o peor aún, aplicar al acuerdo de voluntades una Ley nueva y distinta a aquella bajo la cual se estructuró y negoció el contrato.

El juez usurpa las funciones del legislativo y la competencia de las partes, haciendo jurisprudencia que para rematar, es fuente formal del Derecho, a tenor de lo dispuesto en el artículo 2 del proyecto que claramente señala: “son fuente formal de derecho privado la constitución, la ley, la jurisprudencia, los tratados y los convenios e instrumentos internacionales”. Como se observa, equipara al juez con la ley lo cual, en mi sentir, es totalmente inadecuado y contraría nuestra institucionalidad y sistema democrático.

Este nuevo planteamiento está haciendo carrera, va en vía contraria a la garantía constitucional del equilibrio de poderes, llenando el mundo de los contratos de subjetividad e inseguridad, sin que el juez tenga representación alguna del pueblo.

Estimo que debe tenerse sumo cuidado cuando de proponer e implementar modificaciones se trate, evaluando con seriedad y amplitud su impacto en los diversos órdenes y ámbitos.



EL CÓDIGO CIVIL DE DON ANDRÉS BELLO: ¿Un obstáculo para el imperio del juez del “nuevo derecho”?

“Un país de mil leyes, es un país sin leyes”

BALZAC

La Constitución de 1886 -con sus reformas- y el Código Civil coexistieron de manera coherente y armónica. Y no solo porque varios de sus inspiradores [en particular el señor Caro] hubiesen sido los mismos. La Constitución originaria de 1886 se caracterizó por dejar a la ley -sustantiva y procesal- [como es lo natural en una democracia liberal] que se ocupara de la regulación de los derechos que ella declaraba. Al fin y al cabo, la Constitución es la medida del poder y la ley es la medida de la libertad.

Con un criterio democrático y liberal, la Constitución de 1886 original fue austera en normas económicas. Por supuesto, contenía las reglas fundamentales sobre tributos, presupuesto, garantía de la propiedad privada, entre otros asuntos, pero la definición del régimen económico se lo dejó a la ley. Así, la política que triunfase en las elecciones podía -sin necesidad de cambiar la Constitución- adoptar el modelo económico de su preferencia.

Las reformas constitucionales de 1936 y de 1945 introdujeron cambios importantes al régimen económico, en especial al adoptar la función social



GUILLERMO SÁNCHEZ LUQUE
Magistrado de la Sección Tercera
del Consejo de Estado.

de la propiedad privada [inspirada en Duguit, el célebre profesor francés] y la intervención del Estado en la economía, lo mismo que al sentar las bases de una legislación social [fuertemente influidas por la Constitución de Weimar de 1919 y por la Constitución de la República Española de 1931].

Quizás con la sola excepción del distinguido profesor Valencia Zea, entre los expertos civilistas no hubo quienes llegaran a sostener que la adopción de esas instituciones -propias del Estado Social de Derecho- podría haber exigido la modificación sustancial del Código Civil. El Código Civil se ha mantenido incólume. A su lado, comenzaron a expedirse múltiples normas de intervención económica y abundante legislación social [en particular laboral y de seguridad social]. Regímenes legales que lejos de ser incompatibles entre sí, coexistieron -y siguen coexistiendo- sin mayor dificultad.

En vigencia de la Constitución de 1991, que hizo suyos algunos de los cambios introducidos por dichas enmiendas constitucionales y por la reforma constitucional de 1968, tampoco hay motivos serios para concluir que el Código Civil aparezca como incompatible, incongruente, opuesto o contrario a los mandatos constitucionales. Al contrario, sus textos son coherentes con lo que hoy se denomina “*Constitución económica*”, y en



particular con los artículos 58, 333 y 334 CN.

La Constitución garantiza la propiedad y los demás derechos adquiridos con arreglo a las leyes [en consonancia, por ejemplo, en el artículo 17 de la Ley 153 de 1887]. Y aunque el texto constitucional vigente trata a la propiedad como una función social que implica obligaciones, como ya lo había enunciado la célebre reforma constitucional de 1936, no desconoce el derecho real de dominio [art. 669 CC] y los desarrollos legales que se han producido no contradicen la esencia del libro II del Código Civil.

Las libertades constitucionales de empresa, económica y de competencia tienen un desarrollo coherente en ese Código, en el de Comercio y en las leyes de protección y promoción de la competencia económica adoptadas desde finales de los años cincuenta del siglo pasado. En fin, la columna vertebral del Código Civil se ha mantenido en estas casi tres décadas de vigencia de la nueva Constitución, como lo revelan los fallos de la Corte Constitucional, que en su mayoría han sido exequibles, es decir, conformes a la Constitución.

Desde el punto de vista constitucional es inevitable preguntarse ¿cuál es el motivo para subrogar, es decir, derogar íntegramente el Código Civil y cambiarlo por un nuevo Código? Como el documento borrador que circula no tiene una exposición de motivos, es difícil contrastar los criterios que en este, como en otros puntos, inspiraron a sus autores. Quizás se llegue a afirmar que hay que *“ponerlo a tono con la Constitución de 1991”*, que en medio de la *“constitucionalización del derecho”*, es bueno cambiar preceptos que tienen más de un siglo, que hay que *“modernizarlo”* para ponerlo en consonancia con este nuevo siglo

[nuevo milenio, también podrían decir].

El Código Civil de Bello es un monumento a la libertad. Y por ello, pudo convivir con la centenaria Constitución de 1886 y se ha mantenido en vigencia de la nueva Constitución, con reformas por supuesto y algunas, muy pocas, declaraciones de inconstitucionalidad. No es solo una herencia, una de las más importantes de la Roma Antigua, lo mismo que de las sólidas construcciones del medioevo, sino que es también un fruto de las revoluciones liberales, como lo son también nuestra legislación y jurisdicción administrativas, controladoras y garantes de los derechos de las personas. El Código Civil es un hijo de la revolución francesa: un símbolo de la libertad, de la igualdad y del gobierno de la ley. De una ley respetuosa de lo que se pacta. Y que busca en los jueces, árbitros imparciales de las controversias y no promotores de cambios sociales o transformaciones nacionales.

En el constitucionalismo latinoamericano contemporáneo, algunas decisiones judiciales y no pocos profesores se han querido apropiarse del “lenguaje de los derechos”, de la “centralidad de la persona” [cuando la visión antropocéntrica de las instituciones es una indiscutible herencia de los griegos antiguos]. Es preciso recordar que el artículo 1º del Código Civil establece que este comprende las disposiciones legales sustantivas que determinan especialmente los derechos de los particulares, por razón del estado de las personas, de sus bienes, obligaciones, contratos y acciones civiles.

También hay que recordar que el artículo 4º de la Ley 57 de 1887, en consonancia con el artículo 52 CN 1886 y el artículo 7 de la Ley 153 de 1887, incorporó en el Código el título III [arts. 16-52 CN



de 1886]. Título III sobre los derechos civiles y garantías sociales que tuvo fuerza legal, como parte integrante y primordial del Código Civil. Prioridad que, a mi juicio, sin necesidad de norma, conserva el actual Título II de la Carta de 1991, lo mismo que los múltiples tratados internacionales. Prioridad que lejos de degradar las normas constitucionales, como algunos afirman, las convierte en regla de aplicación e interpretación que no debe perderse de vista.

Muchos preceptos del Código Civil expresamente armonizan sus reglas con los mandatos constitucionales. Así, el artículo 4 de la Ley 153 de 1887 [en consonancia con el artículo 32 CC y con los artículos 5 y 94 CN de 1991] dispone que los principios de derecho natural y las reglas de jurisprudencia sirven para ilustrar la Constitución en casos dudosos y que la doctrina constitucional es, a su vez, norma para interpretar las leyes. El artículo 5º de la misma ley prescribe que dentro de la equidad natural y la doctrina constitucional, la crítica y la hermenéutica, sirven para fijar el pensamiento del legislador y aclarar o armonizar disposiciones legales oscuras o incongruentes.

Asimismo, el artículo 8º de la Ley 153 de 1887, en consonancia con el artículo 48 de la misma ley, prevé una regla de integración al establecer que cuando no haya ley exactamente aplicable al caso controvertido, se aplicarán las leyes que regulen casos o materias semejantes, y en su defecto, la doctrina constitucional y las reglas generales del derecho. También el artículo 9 de la misma ley señala que la Constitución es ley reformativa y derogatoria de la legislación preexistente.

Si el Código es congruente con la Constitución ¿qué es lo que se quiere “constitucionalizar”? ¿se

quiere convertir en regla legal algunos criterios jurisprudenciales que dotan al juez de “poderes” casi que ilimitados en muchos asuntos, en contravía de la relatividad del fallo judicial que proclaman tanto el artículo 17 CC como el artículo 230 CN? ¿se busca “formalizar” lo que se ha hecho de manera asistemática en algunos fallos de los “jueces constitucionales”? ¿no es acaso lo que, lejos del pensamiento de los autores de la Ley 1437, está pasando -por ejemplo- con las medidas cautelares en el contencioso administrativo, que han dado lugar a una suerte de co-administración judicial que puede ser instrumentalizada hábilmente por algunos actores de la política electoral? ¿los jueces no deben respetar el postulado fundamental de la separación del poder público?

De ese papel modesto, discreto y sencillo -casi que inadvertido- que debe tener el juez, se podría pasar en esta reforma -como ya hemos visto en los últimos 30 años- a “formalizar” un juez activo, protagonista, que se aleja del fiel de la balanza para inclinarse por una de las partes en contienda.

Hay varios artículos de la reforma que se plantea, que ponen en duda el valor sagrado de lo pactado en los contratos, por un incierto criterio judicial. Interpretar un contrato no es modificarlo. Las leyes están para proteger la libertad, no para sustituirla ni aniquilarla. Locke decía que un Estado requería de jueces rectos e imparciales encargados de resolver los litigios mediante leyes fijas y conocidas.

Sustituir, por ejemplo, el título preliminar del Código Civil, en especial los artículos 25 a 32 [interpretación de la ley], los artículos 1618 a 1624 [interpretación de los contratos], lo mismo que los artículos 1625 y siguientes [el pago], la Ley 57 de 1887, los artículos 1 a 48 de la Ley 153 de 1887 [reglas generales sobre



validez y aplicación de las leyes], no solo afectará -y de qué manera- las relaciones negociales entre los particulares [y claro está las del Estado que se basan en la legislación civil y comercial, como ordena el artículo 13 de la Ley 80 de 1993], sino que impactará y -me temo que negativamente- en la enseñanza del derecho. Las nuevas generaciones de abogados se privarán del orden, la sencillez, la claridad, de la precisión del Código Civil, y muy probablemente -si los cimientos cambian- de los sólidos textos doctrinales y jurisprudenciales que lo han comentado a lo largo de más de un siglo.

El Código Civil no ha sido objeto de modificaciones sustanciales, a pesar de haber coexistido por más de un siglo con visiones constitucionales tan diversas como el texto original de la Constitución de 1886, las reformas constitucionales de 1936, de 1945, de 1968 y la propia Constitución de 1991. Esta última no previó disposición transitoria alguna [como sí sucedió expresamente con asuntos tan importantes como la estructura del Estado] que hubiese tenido que obligar al legislador a poner el Código Civil a tono con la nueva Constitución.

Toda obra humana es perfectible. Sin embargo, como dijo Aristóteles, cambiar fácilmente las leyes existentes a otras nuevas, debilita la fuerza de la ley. Debilita -se diría hoy- la seguridad jurídica. La palabra -del pueblo soberano- dada en la ley y la palabra -de las partes soberanas en sus contratos y con solo límite en el la ley y no en lo que digan los jueces- están en tela de juicio. La confianza en lo pactado y la confianza en el juez, de paso, puestas en discusión. Nada menos.

El Congreso de la República ha aprobado más de dos mil leyes en vigencia de la Carta de 1991.

Deberíamos reflexionar sobre esa alarmante cifra. No hay que legislar constantemente, en cambio la tarea de cumplir y hacer cumplir la ley no tiene pausa. Si la seguridad jurídica comienza en las palabras, según Muñoz Machado, ¿tiene sentido poner en riesgo la claridad, el orden, la sencillez, de ese lenguaje inteligible para todos de nuestro centenario Código Civil? Los jueces, decía don Andrés Bello, en quienes está depositada esa gran confianza de los pueblos, no pueden en su desempeño separarse de las leyes...y tampoco de la voluntad conocida de las partes, si se me permite agregar.



LA IMPLEMENTACIÓN Y USO DE LAS TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y LAS COMUNICACIONES Y LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL EN LA SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES.



JUAN PABLO LIÉVANO VEGALARA
Exsuperintendente de Sociedades.

Las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones [TIC] y la Inteligencia Artificial [IA] han adquirido gran relevancia en los negocios y en la sociedad. Antes de la pandemia, las TIC y la IA empezaban a implementarse tímidamente, sin que fuere una verdadera prioridad dentro de las organizaciones públicas y privadas.

El Plan Nacional de Desarrollo [PND] 2018-2022 [Ley 1955 de 2019] “Pacto por Colombia, Pacto por la Equidad”, le ha apostado a la transformación digital para conectar al gobierno, las empresas y los hogares, de modo que los trámites a los que accedan los ciudadanos sean ágiles, fáciles y seguros. En ese sentido, el plan establece que las entidades estatales deben incorporar los componentes asociados a tecnologías emergentes, definidas como aquellas de la cuarta revolución industrial.

Aunado a lo anterior, el documento CONPES 3975 de 8 de noviembre de 2019 establece la Política Nacional para la Transformación Digital e Inteligencia Artificial, cuyo objetivo es potenciar la generación de valor social y económico en el país a través del uso estratégico de tecnologías digitales en el sector público y privado, para

impulsar la productividad y favorecer el bienestar de los ciudadanos e, igualmente, contar con un Estado más eficiente, transparente, participativo y que preste mejores servicios a los ciudadanos.

Ahora, en tiempos de pandemia, debido a la virtualización del trabajo, los negocios y los servicios del Estado, se requiere la rápida implementación y puesta en marcha de las TIC y la IA, lo que implicará un impacto en la estrategia de transformación de las entidades, una ventaja competitiva para su sostenibilidad y permanencia y una mejora en la prestación de los servicios a sus usuarios.

En este contexto, teniendo en cuenta los lineamientos y las metas del Gobierno Nacional en materia de transformación digital y el uso de las TIC y la IA, la Superintendencia de Sociedades ha reconocido el valor de implementar nuevas tecnologías para prestar más y mejores servicios mediante la inteligencia artificial, robótica y analítica avanzada, entre otras, a través de la nube pública.

De esta manera, a finales del año 2018, la Superintendencia de Sociedades realizó un ejercicio de planeación estratégica, con el que redefinió su misión y visión, se establecieron los nuevos valores institucionales y se fijaron los nuevos



objetivos y proyectos estratégicos para el periodo 2018-2022, los cuales incluían el uso de las TIC y la IA. Como resultado del ejercicio de planeación, la nueva visión de la Entidad incorpora el uso de tecnologías innovadoras y formativas para generar valor a las empresas y contribuir a la productividad del país a través de la premisa: más empresa, más empleo. Así, del ejercicio de planeación estratégica resultaron cinco valores institucionales [coherencia, rapidez y eficacia, emprendimiento, claridad y transparencia y educación para la legalidad], los cuales encaminan a la Entidad y, sus servicios y funcionarios, a transformarse e innovar para desarrollar mejor las funciones misionales, en beneficio del país y generar equidad.

El primer paso en ese sentido lo dimos en noviembre del año 2019 con la contratación de la prestación de los servicios de un proveedor de tecnología en la nube pública para la creación de modelos de inteligencia artificial y robótica, con el fin de clasificar, predecir y optimizar información estructurada y no estructurada en los procesos misionales de la Superintendencia de Sociedades.

Este proceso de contratación se realizó a través de Colombia Compra Eficiente, mediante el Acuerdo Marco de Precios de Nube Pública III, lo cual ha permitido a esta Superintendencia contar con herramientas de Inteligencia Artificial en sus procesos misionales, como elementos claves para el mejoramiento continuo y la prestación rápida y eficaz de sus servicios.

Igualmente, a raíz de la emergencia económica generada por la pandemia del COVID-19, específicamente por la crisis de insolvencia empresarial, en junio de 2020 realizamos un ejercicio de revisión y actualización de la Planeación

Estratégica Institucional, con el fin de ajustarla a la nueva realidad y los cambios en el entorno, lo cual implicó darle mayor énfasis a los servicios de insolvencia y al desarrollo de dichas funciones con rapidez, eficacia, claridad y transparencia, en un ambiente de empatía. Igualmente, se identificó la necesidad de priorizar siete proyectos estratégicos, acelerando su ejecución, entre los cuales se destaca la justicia digital en procesos de insolvencia [Módulo de Insolvencia “MI”] y el uso de los datos para una supervisión inteligente con el Sistema Integrado de Información Societaria – SIIS.

Así, en agosto de 2020 se lanzó la primera fase del Módulo de Insolvencia “MI”, que mediante el uso de herramientas tecnológicas con inteligencia artificial, tales como el uso de formatos electrónicos, autenticación biométrica, captura de información de forma fácil, estructurada y auto-asistida, permite presentar las solicitudes de admisión a los trámites y procesos de insolvencia, logrando una reducción en los tiempos y agilizar el procesamiento de los datos.

A su turno, en el mes de septiembre de 2020 se puso al servicio del país el Sistema Integrado de Información Societaria - “SIIS”, considerado como el único portal inteligente que agrupa la más completa información financiera del sector empresarial de sociedades supervisadas por esta Entidad, el cual permitirá a todos los usuarios acceder de manera ágil, gratuita y en línea, a la información financiera societaria del sector real de la economía y obtener los más completos reportes analíticos, el panorama macro y micro económico y a la Superintendencia realizar una supervisión inteligente basada en riesgos.

También adoptamos las medidas necesarias



de contingencia para prestar los servicios de forma virtual, se construyó un protocolo para adelantar audiencias y actuaciones y establecer el acceso mediante medios electrónicos a los documentos que conforman los expedientes; se fortalecieron los mecanismos para poder consultar virtualmente traslados, estados, avisos y radicaciones y, en general, se dio continuidad a los procesos, actuaciones y trámites durante el aislamiento ocasionado por el COVID-19. Solo para dar unas cifras, desde el 1 de abril y hasta el 31 de octubre de 2020, se celebraron 1.638 audiencias virtuales (societarias, conciliaciones y arbitraje, procesos especiales e insolvencia), se expidieron 14.757 autos con decisiones y 33.024 oficios en las Delegaturas de Procedimientos de Insolvencia y Mercantiles y las seis intendencias regionales y se atendieron a través del Web Máster más de 296 mil solicitudes.

Teniendo en cuenta lo anterior, es claro que el arduo trabajo que ha realizado hasta el momento la Superintendencia de Sociedades en la implementación de las TIC y la IA está alineado y articulado con la estrategia del Gobierno Nacional y también ha sido posible atender los retos de la coyuntura actual ocasionada por el COVID-19, prestando los servicios a los usuarios de manera rápida y eficaz.

Toda esta labor ha posicionado a la Superintendencia de Sociedades como una de las entidades líderes y pioneras del sector público en la implementación de las TIC y la IA en sus procesos, actuaciones y trámites.

Por ello, el 29 de octubre de 2020, esta Superintendencia recibió un reconocimiento por parte de la Cámara Colombiana de Informática

y Telecomunicaciones, por el compromiso en el uso de la nube pública, particularmente por el desarrollo del Sistema Integrado de Información Societaria - “SIIS”, entre otros avances tecnológicos que se han implementado al interior de la Entidad. Igualmente, la implementación de las TIC y la IA en la Superintendencia de Sociedades fueron factores determinantes para que Colombia se ubicara en el Índice de Gobierno Digital 2019 [Digital Government Index], publicado por la OCDE en octubre de 2020, como el tercero mejor de una muestra de 33 países; así mismo, esta Superintendencia, de acuerdo con la evaluación anual realizada por la Procuraduría General de la Nación a través del Índice de Transparencia y Acceso a la Información Pública [ITA], alcanzó un nivel de cumplimiento del 99% en la vigencia 2019.

Estos logros y la transformación de esta Entidad no hubieran sido posibles sin el apoyo de Colombia Compra Eficiente, entidad que ha entendido que la tecnología y la transformación digital son el camino del sector público para prestar más y mejores servicios a los ciudadanos.

Precisamente, el uso de la nube pública, contratación que fue posible en el marco de Colombia Compra Eficiente, brinda bondades desde la esfera técnica y tecnológica, como la agilidad, la alta disponibilidad y la continuidad del negocio, la elasticidad, la reducción de costos y la seguridad, por lo que es en este entorno de la nube pública en el que se apoyan estas nuevas tecnologías de las TIC y la IA, las cuales han sido fundamentales para potencializar las funciones misionales de la Entidad.

Con el fin de continuar prestando sus servicios, la Superintendencia de Sociedades seguirá



trabajando en proyectos de desarrollo tecnológico, por cuanto en la Entidad tenemos la plena convicción de que la tecnología y la transformación digital son la respuesta para prestar más y mejores servicios con valor agregado a los usuarios, con el fin de tener empresas competitivas, productivas y perdurables y contar con más empresa, más empleo, en beneficio de todos los colombianos.



“ LA VISITA A LA OBRA: UNA MANERA DE MATERIALIZAR LA DEBIDA DILIGENCIA Y LA BUENA FE EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA ”



JAIME ENRIQUE RODRÍGUEZ NAVAS
Magistrado de la Sección Tercera del
Consejo de Estado.

El acto humano tiene por mira algún bien que se desea conseguir y es por ello que en el ámbito de las relaciones de intercambio el objeto del contrato, entendido como el interés o la utilidad de las partes¹ adquiere el estatus de elemento esencial.

Pues bien, en atención a esa relevancia, la comprensión del contrato estatal presupone cierta capacidad para desentrañar las implicancias de esa especialísima confluencia de intereses que se presenta en el encuentro entre el interés público y el interés particular. Por supuesto, una concepción ética² de la relación contractual pública obliga a asumir que el particular inmerso en ella se ha colocado voluntariamente en la condición de colaborador de la administración³, de modo que se halla vinculado a los fines que a ella conciernen, sin que ello signifique abandono de su propio interés.

Esa ética de la relación es fuente de deberes para

los extremos inmersos en ella. La administración contratante, por un lado -en cuanto administración-, esto es, en cuanto organización que tiene a su cargo y cuidado inmediato la realización del interés general, soporta el deber de procurar una óptima relación entre la eficiencia de los medios que dispone, y la eficacia en la consecución de los “fines” que le concierne realizar. A esa actividad ordenada a la vinculación calificada de medios y fines, se la denomina planeación⁴.

En cuanto el contrato es instrumento del que se sirve la administración para la procura de medios para la satisfacción de las necesidades del servicio público, la administración tiene el deber de procurar una real y efectiva racionalización y organización de todas las actividades conducentes al diseño y construcción de la relación contractual en orden a “ponerla a punto” para el logro de los fines que con ella se propone realizar. Tales actividades preceden a la relación, y por tanto, sólo vinculan a la administración.

Ahora bien, los contratos, y con mayor razón si de los contratos estatales se trata, no surgen espontáneamente; están, por el contrario, precedidos del cruce de voluntades entre quienes se proponen trabar esa relación; un escenario precontractual en el que juegan papel

¹ * El autor se propone la expresión de su punto personal de vista. En modo alguno compromete a la Corporación a la que sirve.

G. B. Ferri, *Il negozio giuridico*, Padova, 2001, 152 ss.; ID., *Capacità e oggetto nel negozio giuridico*, en “*Quadrimestre*”, 1989, 11 s., citado por Fiori Roberto, en “El problema del objeto del contrato en la tradición civil”, Publicado en *Modelli teorici e metodologici nella storia del diritto privato*, Napoli, 2003, 169 ss., Traducción del italiano José Félix Chamie

² “Actuar éticamente consiste [], en buscar el bien propio y el de los demás [], moviéndonos por motivaciones superiores “inmanentes o trascendentes”, sin rechazar el bien propio ni las demás motivaciones, que no tienen por qué ser inmorales”. [Soto Pineda, Eduardo y otro. *La ética en las organizaciones*. Mc Graww Hill. www.xlibros.com. Pg. XVIII.

³ CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia C-563-98. En el mismo sentido, CONSEJO DE ESTADO, SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL, C.P. Édgar González López, cinco (5) de septiembre de dos mil dieciocho (2018), Radicación interna: 2386, Número Único: 11001-03-06-000-2018-00124-00

⁴ Aguilar Cruz, Conrado. La necesidad de la planeación estratégica en las organizaciones industriales modernas, en revista TEMAS de ciencia y tecnología, Num. 11, mayo – agosto, 2000. Pg. 19.



protagónico la “oferta” y la “aceptación”; oferta o invitación a contratar cuyas bondades penden en la contratación pública de la observancia por parte de la administración, del principio de planeación. Quien en ese escenario aspira a trabar relación con la administración se vincula en esa fase precontractual, a un iter y a unas condiciones predefinidas por esta última.

Una vez que la administración exterioriza su intención de celebrar el contrato e invita a otros sujetos a proponer, adquiere, como lo hacen quienes atienden su llamado, cargas imperativas que surgen del deber de “*obrar de buena fe*”. Así, la administración debe obrar de forma tal que permita el cabal conocimiento del objeto y condiciones de la relación que propone, los interesados en contratar con ella que asumen la posición de oferentes el deber de obrar con la “debida diligencia” en el conocimiento del objeto a contratar, de los medios que la administración ofrece colocar a su disposición para su realización, y de la necesidad que con ellos pretende satisfacer; y aquella y estos, el deber de obrar de tal forma que se encamine a la concreción del negocio en ciernes y eviten la frustración de dicha concreción.

Pues bien, la visita al sitio de obra se revela como una actividad en natural conexión con esa “*debida diligencia*” que deben observar tanto la administración, como los oferentes en la fase precontractual en cuanto es manifestación de la carga que aquella soporta de permitir el cabal conocimiento del objeto y condiciones de la relación que se propone formalizar, al tiempo que como expresión del deber a cargo de éste, de hacerse a una adecuada representación de tal objeto y tales condiciones.

En principio, dicha visita no debería contemplarse en los pliegos de condiciones como una obligación para los oferentes, y respecto de la entidad estatal debería traducirse, tan sólo, en su disposición incondicional a permitirla. Sin embargo, en atención a los fines propios de la contratación estatal, es natural, especialmente cuando la complejidad del objeto del futuro contrato así lo aconseje, que la administración la establezca como una diligencia obligatoria, al tiempo que explicita las consecuencias negativas que su omisión puede generar en fase de ejecución para el futuro contratista. Tal tipo de cláusula es válida.⁵

Otra cuestión, diferente, encierra el análisis de la validez de la cláusula que deriva, a manera de consecuencia frente a la omisión de tal visita, el rechazo de la oferta. En esta, como queda anunciado, el análisis se impone otro, no porque una tal consecuencia sea de suyo arbitraria o inconstitucional, puesto que existe una relación clara entre esa visita y la previsión del futuro cumplimiento del objeto del contrato a celebrar. Es diferente porque el análisis de su validez debe hacerse con referencia a las normas jurídicas que fijan las condiciones para que el oferente sea validado dentro del proceso y su oferta sea evaluada.

Sabido es que, tras casi tres lustros de vigencia de la ley 80 de 1993, el legislador se vio precisado a reglamentar algunas actividades en el marco de la planeación de los contratos⁶, y a prescribir, como criterio rector para el establecimiento de

⁵ Ver, entre otras decisiones: CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B. Sentencia del dieciséis [16] de marzo de dos mil doce [2012]. Radicación No: 17001-23-31-000-1999-00855-01 [22826], y Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C., Sentencia del veintiocho [28] de junio de dos mil diecinueve [2019]. Radicación No: 88001-23-31-000-2010-00046-01 [42326].

⁶ Gaceta del Congreso 458 del 1 de Agosto de 2005. Exposición de motivos de la Ley 1150 de 2007.

los factores de escogencia y calificación en los pliegos de condiciones, la debida diferenciación entre los criterios habilitantes, atinentes a las condiciones del proponente, y los de “calificación” relativos a elementos propios de la oferta.

En esta perspectiva, el legislador enunció, como ejemplos paradigmáticos de los requisitos habilitantes, los siguientes: las condiciones de experiencia, la capacidad financiera y de organización, y la capacidad jurídica de los proponentes; y que, subyacentes a esta enunciación dispuso los elementos hermenéuticos necesarios para que las entidades interesadas en la contratación fijaran en los pliegos de condiciones, de forma adecuada y proporcional a la naturaleza del contrato a suscribir y a su valor, los requisitos de admisión o rechazo de las propuestas⁷.

Por esa razón, no parece acertado afirmar, respecto de la visita de obra, que al no formar parte de este listado (las condiciones de experiencia, la capacidad financiera y de organización, y la capacidad jurídica de los proponentes), su inclusión en los pliegos como requisito habitante no es válida. Tal forma de argumentar ha de ser desestimada por cuanto se apoya en una exégesis que parte de suponer, equivocadamente, que dicho listado es taxativo.

Puede afirmarse sí, válidamente, que cada uno de los elementos del listado denota una cualidad del sujeto oferente, y que, por tanto, en cuanto la visita al sitio de obra no comporta tal denotación, no debe ser considerada como un requisito habilitante por parte de la administración. Esta ha sido la línea preponderante en la más reciente

jurisprudencia contencioso-administrativa⁸.

Pero ¿se trata de un debate clausurado? Parecería que no. De ello da cuenta la iniciativa que por momentos se abrió paso en la elaboración de los pliegos tipo de obra pública, tanto como la resistencia gremial que hubo frente a ella.

En gracia de discusión, cabría preguntar, si la tesis dominante ha hecho énfasis excesivo en la visita al sitio de obra como diligencia, y no ha reparado suficientemente en el valor agregado a las cualidades del oferente que puede arrojar dicha visita. Si ello fuera así, podría pensarse que dicho valor agregado se incorpora a las cualidades del sujeto oferente?

De cualquier manera, al margen de su validez intrínseca, no cabe duda de que la aplicación práctica de este condicionamiento como factor de habilitación demandaría sindéresis, pero cuando menos, sentido común, atributos que aparecen eclipsados cuando, por ejemplo, la administración hace de las condiciones en que se desarrolle la visita, o de las calidades de quien a ella asiste, motivo para el rechazo de la propuesta.

⁷ Ley 1150 de 2007, numeral 1º del art. 5º.

⁸ Ver, V. Gr. 2. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera del Consejo de Estado, 4 de junio de 2008, Expediente: 17783; o Sección Tercera, Subsección C. Sentencia del treinta y uno (31) de mayo de dos mil diecinueve (2019), Radicación No: 11001-03-26-000-2011-00065-00 [42282].



OBRAS DE INFRAESTRUCTURA PARA CONECTAR A LOS COLOMBIANOS Y AUMENTAR LA COMPETITIVIDAD



MANUEL FELIPE GUTIÉRREZ
Presidente de la Agencia Nacional
de Infraestructura.

que se encontraban rezagados y tras un arduo trabajo logró avances importantes, en beneficio de los usuarios de las vías.

La semana de receso escolar del 2020 fue una prueba de fuego para la infraestructura de transporte en Colombia. Luego de siete meses de aislamiento preventivo obligatorio, los 6.998km de vía concesionada habilitada en el país estuvieron bajo la lupa, y volvieron a ser protagonistas por los miles de viajeros que regresaron a vivirlas y a recorrerlas.

La prueba de fuego fue superada con creces. La operación fue exitosa y los proyectos de la Agencia Nacional de Infraestructura aportaron un grano de arena para que así fuera. De acuerdo con las cifras, más de 8 millones de vehículos transitaban por estas rutas concesionadas - incluyendo las vías nacionales - y durante esa semana se logró una reducción de la accidentalidad en un 21%, frente al mismo periodo del año 2019. Esto es de vital importancia, ya que, sumado a conectar a los colombianos, se cuidan y salvan vidas.

Ese gran resultado obedece a que el Gobierno Nacional, a través de la Agencia Nacional de Infraestructura - ANI -, en su compromiso por “concluir, concluir y concluir” obras de infraestructura, se comprometió con los proyectos

Esto no es un tema menor, y mucho menos en el escenario post pandemia del COVID 19. Los colombianos están en el derecho de disfrutar vías de transporte nacional en óptimas condiciones, de tal manera que se pueda repotenciar el crecimiento económico a partir del comercio y el turismo. Asimismo, estos proyectos fortalecen la competitividad para el suministro de bienes a lo largo del territorio nacional.

Cuando inició el Gobierno del presidente Iván Duque Márquez, el porcentaje de ejecución de las obras, correspondientes a 29 proyectos de Cuarta Generación - 4G -, era del 16,09%, y se presentaban cifras muy preocupantes. Específicamente, 15 de estos proyectos registraban un avance de ejecución menor al 6%, y 10 de ellos no tenían avance, es decir, estaban por debajo del 1%.

Sin embargo, con el liderazgo de la vicepresidenta Marta Lucía Ramírez y de la Ministra de Transporte, Ángela María Orozco, se fijó la meta de reactivar los proyectos y con un fuerte componente interinstitucional, han salido adelante los proyectos de transporte. Esto ha permitido que, a la fecha, el programa de 4G registre un porcentaje

promedio de ejecución del 47%, lo que significa un incremento del 31%, durante los dos años de este Gobierno.

Los datos del Departamento Administrativo Nacional de Estadísticas [DANE], en 2019, también respaldan y son concluyentes. La participación del subsector de construcción de carreteras y de otras obras de ingeniería, en el PIB nacional fue 2,08% y, en el primer semestre de 2020, la participación fue 1,52%.

Para lograr este objetivo, la inversión ha sido un factor clave, pues el Gobierno Nacional ha destinado más de 13 billones de pesos en los proyectos de cuarta generación, generando más de 64 mil empleos en el país en la actualidad. Esto demuestra compromiso, trabajo en equipo, y pensar en desarrollo con equidad.

Además, las cifras se complementan con los cierres financieros en nueve proyectos 4G que han sido obtenidos en los últimos dos años por un monto cercano a los 12 billones de pesos. Estos recursos provenientes de financiadores locales e internacionales aseguran la conclusión de los proyectos, pero además garantizan empleabilidad.

Los proyectos que han logrado cerrar sus operaciones de financiamiento han sido Bucaramanga-Barrancabermeja-Yondó, Autopista al Mar 1, Autopista al Mar 2, Pasto-Rumichaca, Accesos Norte, Puerta de Hierro-Cruz del Viso, Pamplona-Cúcuta, Vías del Nus y Cambao-Manizales. Incluso, varias de las operaciones de crédito y financiamiento han recibido reconocimientos internacionales por la complejidad de sus transacciones, como es el caso de Autopista al Mar 1 que fue premiada con

el galardón de Financiación de Infraestructura del Año por la prestigiosa publicación internacional Latin Finance.

No obstante, las buenas noticias no paran. Gracias a ese compromiso de trabajar por Colombia fueron culminadas las labores de construcción de la primera vía 4G: la autopista Girardot-Honda-Puerto Salgar y también se puso en servicio el Túnel de Irra, del proyecto Pacífico 3, con una longitud de 450m.

Igualmente, se han inaugurado varias obras que garantizan la movilidad de cientos de viajeros en los llanos orientales. Por ejemplo, solamente este año, fue entregado el Túnel 1 del proyecto Chirajara-Fundadores, que tiene una longitud de 1.900 metros, además se puso en funcionamiento uno de los dos nuevos puentes sobre el río El Chárte, y 10,5 km de doble calzada en el corredor Bogotá-Villavicencio.

Lo mismo relacionado con el centro y el sur del país. Por ejemplo, ya están en servicio 89 km de vía del proyecto IP Neiva-Espinal-Girardot, 17 km de doble calzada del proyecto Rumichaca-Pasto, el nuevo viaducto y la segunda calzada de 6,8 kilómetros, en la variante de Gualanday, Tolima.

Asimismo, con 84 kilómetros de mejoramiento del proyecto Puerta de Hierro-Cruz del Viso, y con la reactivación del proyecto Ruta del Sol 3 [RDS3], se ha logrado avanzar en la construcción de obras para la costa norte del país y la generación de 2.880 empleos directos en el área de influencia. Precisamente, en Ruta del Sol 3 recientemente fueron entregados 30,4 km de segunda calzada y 18 km de mejoramiento, con una inversión de \$138.714 millones de pesos [cifras de agosto de 2020].



Estas obras solo traducen una cosa: no se ha parado en el objetivo de conectar más y mejor a los colombianos. Un trabajo que se ha ejecutado de la mano con las comunidades, las veedurías, los alcaldes municipales, las bancadas parlamentarias de cada departamento, y, por supuesto, los entes de control. El país merece obras de infraestructura de calidad que permita la consolidación de corredores estratégicos y fortalecer el desarrollo económico.

Los proyectos de 5G, a toda marcha

Por otra parte, en el empeño que tiene la Agencia Nacional de Infraestructura de desarrollar infraestructura para conectar a los colombianos se ha entendido que aprender de la experiencia y construir sobre lo construido, constituyen la base para la estructuración de los nuevos proyectos de infraestructura que estamos trabajando.

Por esta razón, la Agencia Nacional de Infraestructura está estructurando la Quinta Generación de Concesiones - 5G. Estos proyectos serán de vital importancia para nuestro país en un escenario de post pandemia, dado que la apuesta principal de esta nueva generación consiste en el multimodalismo, para conectar a los colombianos mediante diferentes modos de transporte. De tal manera que se pretenden adjudicar en los siguientes meses proyectos férreos, fluviales, aeroportuarios y carreteros. Así las cosas, Colombia busca erigirse como un país altamente competitivo en el continente.

Además, estos proyectos se fundamentarán en la sostenibilidad aplicada a cuatro niveles. Por una parte, se encuentra el componente institucional, mediante la aplicación de estándares de

gobernanza y de cooperación interinstitucional. También el componente ambiental, para propender por una infraestructura resiliente al cambio climático.

Igual de importantes son el componente social para fomentar la inclusión, promover la comunicación, y visibilizar el apoyo a las comunidades en las zonas de influencia de los proyectos. Por último, está el nivel financiero con el fin de garantizar las condiciones suficientes y necesarias para la obtención de la retribución de las obras, mediante la identificación y distribución eficiente de los riesgos. Los últimos dos elementos serán supremamente importantes para el desarrollo social y económico de nuestro país en los siguientes años, dado que se pretende aumentar la inversión social en las regiones, así como fomentar la equidad de género en los empleos generados en los proyectos de infraestructura de transporte, entre muchas otras cualidades.

Precisamente, este programa de 5G estará dividido en dos grandes olas, las cuales abarcan 24 proyectos, 12 en la primera ola y 12 en la segunda. El costo total de las inversiones en CAPEX, se estima en \$48,29 billones de pesos.

El programa avanza a ritmo significativo en su primera ola. Así ocurre con la Malla Vial del Valle del Cauca: Accesos Cali-Palmira, el primer proyecto de 5G que ya publicó los pliegos definitivos y que comprende la construcción, mejoramiento y rehabilitación de 310 km de vía que conectará Buga, en el Valle del Cauca, con Santander de Quilichao, en el Cauca. También en proceso de estructuración avanzado se encuentran la APP del río Magdalena y del Canal del Dique.



Sin duda, los proyectos de infraestructura presentan varios retos para mejorar los procesos, la transparencia, la integridad de la Entidad y recuperar la confianza de los ciudadanos, además de garantizar el desarrollo sostenible e inclusivo de los proyectos en el país. El Gobierno Nacional desarrolla con fuerza los proyectos de infraestructura de transporte para aumentar el flujo de recursos en la economía y entregar obras de calidad a los ciudadanos. La culminación de los proyectos en ejecución y la adjudicación de los nuevos proyectos preparan a nuestro país para afrontar los siguientes años con mayores índices de crecimiento, competitividad y propendiendo un mejor desarrollo de la región.



¿UN NUEVO PERFECCIONAMIENTO DEL CONTRATO ESTATAL?



FELIPE DE VIVERO ARCINIEGAS
Profesor asociado de la Universidad de los Andes.

De tiempo atrás se ha tenido claro, en lo que tiene que ver con los contratos estatales regidos por el Estatuto Contractual de la Administración Pública, que existe una diferencia entre los requisitos para el perfeccionamiento y los requisitos para su ejecución.

Para su perfeccionamiento, el artículo 41 de Estatuto General de la Contratación de la Administración Pública [ECAP] consagra la necesidad de que se eleve a escrito una vez existe un acuerdo sobre el objeto y la contraprestación. Es por ello que es posible clasificar el contrato estatal regido por la Ley 80 de 1993, como un contrato solemne.

"Artículo 41. Del perfeccionamiento del contrato. Los contratos del Estado se perfeccionan cuando se logre acuerdo sobre el objeto y la contraprestación y éste se eleve a escrito".

Frente a los requisitos de ejecución, se establece que existen dos exigencias, la primera es la aprobación por parte de la entidad pública de las garantías exigidas en el contrato, y la segunda consiste en la expedición del respectivo registro presupuestal. Se ha vuelto costumbre, a pesar de no ser exigencia legal, que el cumplimiento de estos últimos dos requisitos debe constar en un acta que se ha denominado de "inicio de la ejecución", llegando incluso a situaciones en que las entidades afirman que sin existir esta acta no es posible iniciar, no obstante que el cumplimiento

de los requisitos es la exigencia de que se produzcan mas no el que consten en un acta. Se ha introducido como un requisito de ejecución adicional, no previsto en la ley.

El acta mencionada será necesaria si en el contrato, como sucede en la mayoría de contratos de obra o de concesión lo establece para efectos de iniciar la ejecución. Lo anterior surgiría como obligación contractual en virtud de la libre autonomía de la voluntad o ya sea por aplicación del manual de contratación de la respectiva entidad, donde se hubiese previsto tal exigencia.

Claramente la ausencia de acta, si no se trata de ninguno de los casos mencionados en el párrafo anterior, no constituye el incumplimiento de lo contenido en la ley ya que con que exista la aprobación de garantías y la constancia de expedición del registro presupuestal del contrato, es posible iniciar el plazo de ejecución de las obligaciones contractuales.

Pero regresando al punto del perfeccionamiento, como se puede ver, la norma mencionada obliga a que el acuerdo en el objeto y la contraprestación debe elevarse a escrito para que éste exista en la vida jurídica. Es importante destacar que los contratos estatales regidos por derecho privado, al no aplicarles el Estatuto Contractual de la Administración Pública [ECAP], no estarán obligados



a esta solemnidad. Es por ello que cuando se trate de contratos consensuales, como son la mayoría de los contratos privados, con la salvedad que ya hice en un acápite anterior, respecto a que con fundamento en la libre autonomía de la voluntad se decida modificar dicha circunstancia, no será necesario que se eleven a escrito.

En los contratos regidos por el ECAP el artículo citado no establece la manera en que debe elevarse a escrito. Tradicionalmente, se había entendido que debía constar por escrito de manera física en una impresión sobre una hoja de papel. Sin embargo, desde la expedición de la Ley 527 de 1999, mediante la cual se reguló lo relativo al comercio electrónico, los mensajes de datos y las firmas electrónicas, entre otros aspectos, empezamos a desplazarnos en muchos campos de los documentos impresos en papel a documentos electrónicos. Con lo cual en nada significó que se modificara el carácter solemne de muchas actividades, sino simplemente se modificó el medio a través del cual se cumplía esta solemnidad.

La Agencia de Contratación Colombia Compra Eficiente ha implementado dos versiones de sistemas electrónicos de compras públicas [SECOP]. La primera versión fue una plataforma mediante la cual se pretendió dar publicidad a los contratos estatales y a algunas de las actuaciones con ocasión de éstas, ya fuere en la etapa precontractual o en la etapa contractual. Esta plataforma se conoció como el SECOPI. Posteriormente, se evolucionó a la plataforma existente al momento de escribir estas reflexiones, que es una plataforma transaccional, que se ha denominado SECOPII.

Para efectos de las utilizaciones de estas plataformas la Agencia ha adelantado una serie de acciones a efectos de lograr su implementación así como su utilización por parte de los actores de la contratación. No es menor el reto, porque sin duda sus complejidades son importantes.

El Decreto 1082 de 2015 determina lo siguiente:

"Artículo 2.2.1.2.5.2. Estándares y documentos tipo. Sin perjuicio de la función permanente que el Decreto-Ley 4170 de 2011 le asigna, Colombia Compra Eficiente debe diseñar e implementar los siguientes instrumentos estandarizados y especializados por tipo de obra, bien o servicio a contratar, así como cualquier otro manual o guía que se estime necesario o sea solicitado por los participantes en la contratación, el cual debe cumplir con los lineamientos que para el efecto señale Colombia Compra Eficiente." de la contratación pública:

1. Manuales para el uso de los Acuerdos Marco de Precios".

"Artículo 2.2.1.2.5.3. Las Entidades Estatales deben contar con un manual de contratación, el cual debe cumplir con los lineamientos que para el efecto señale Colombia Compra Eficiente".

En el marco de lo anterior, Colombia Compra Eficiente ha emitido la Circular Única Externa —cuya última versión es del 16 de abril de 2019—, en la cual se establece lo siguiente:

"12. Manuales y guías de Colombia Compra Eficiente

De conformidad con los artículos 2.2.1.2.5.2. y 2.2.1.2.5.3. del Decreto 1082 de 2015 y de acuerdo con las funciones establecidas en el Decreto Ley 4170 de 2011, Colombia Compra Eficiente debe diseñar e implementar manuales o guías que estime necesario o sea solicitado por los participantes del Sistema de Compra Pública.

Los Manuales y Guías establecidos en los numerales 1 y 2 del artículo 2.2.1.2.5.2. y en el artículo 2.2.1.2.5.3 del Decreto 1082 de 2015 son de



obligatorio cumplimiento por disposición del mismo Decreto 1082 de 2015. Los demás manuales y guías son herramientas de orientación para los partícipes del Sistema de Compra Pública en Procesos de Contratación.

Los partícipes del Sistema de Compra Pública podrán acceder a los manuales y guías expedidos por la Agencia Nacional de Contratación Pública en <https://www.colombiacompra.gov.co/manuales-guias-ypliegos-tipo/manuales-y-guias>.

Además, Colombia Compra Eficiente como ente rector del Sistema de Compra Pública pone a disposición de todos los usuarios las Guías de uso del SECOP II, en donde encontrará de manera detallada las instrucciones en las diferentes funcionalidades de la plataforma para las distintas etapas de los Procesos de Contratación y modalidades de selección, las cuales puede encontrar en el mini sitio <https://www.colombiacompra.gov.co/secop-ii>.

12.1 SECOP II

Además, Colombia Compra Eficiente como ente rector del Sistema de Compra Pública pone a disposición de todos los usuarios las Guías de uso del SECOP II, en donde encontrará de manera detallada las instrucciones en las diferentes funcionalidades de la plataforma para las distintas etapas de los Procesos de Contratación y modalidades de selección, las cuales puede consultar en el mini sitio <https://www.colombiacompra.gov.co/secop-ii>.

Ahora bien, en la Guía referente a contratación directa sin ofertas —actualizado el 21 de agosto de 2019— establece lo siguiente:

"Recuerde que el SECOP II es una plataforma transaccional. Para crear el contrato es obligatorio que el contratista ya se encuentre registrado. Los contratos en la plataforma son electrónicos y se aceptan con el usuario y la contraseña del ordenador del gasto designado y del contratista de la contratación directa sin ofertas respectivamente. Usted no debe imprimir y hacer firmar minutas porque la aceptación electrónica a través del SECOP II equivale a una firma".https://www.colombiacompra.gov.co/sites/cce_public/files/cce_

<step/20190821guiamscontrataciondirectasinofertasentidadestatalv5.pdf>

Así, la Guía especifica la manera en que se eleva a escrito el contrato estatal: establece que se hará electrónicamente. Esto en concordancia con la Ley 527 de 1999 que establece lo siguiente:

"Artículo 6o. Escrito Cuando cualquier norma requiera que la información conste por escrito, ese requisito quedará satisfecho con un mensaje de datos, si la información que éste contiene es accesible para su posterior consulta.

Lo dispuesto en este artículo se aplicará tanto si el requisito establecido en cualquier norma constituye una obligación, como si las normas prevén consecuencias en el caso de que la información no conste por escrito".

Así las cosas, es claro que teniendo en cuenta lo establecido por Colombia Compra Eficiente, hoy día, el mencionado contrato debe elevarse a escrito electrónicamente y no es viable imprimir el contrato y suscribirlo físicamente. Dicho en otras palabras, el contrato deberá suscribirse de manera electrónica, teniendo en cuenta que el SECOP II es una plataforma transaccional. El acuerdo respecto del objeto y la contraprestación se introduce a la plataforma donde constará electrónicamente su aceptación por los contratantes, con lo cual de no hacerse de esta manera y recurrirse a la impresión física, el contrato será inexistente, salvo en aquellos casos en que exista un fallo de la plataforma, caso en el cual las mismas guías dan el camino para cumplir el requisito legal.

Es importante aclarar que el primer acto que se inscribe en la plataforma transaccional no es el contrato. Toda la etapa precontractual se surte en la plataforma y es allí donde se presentan las ofertas y se adjudican los contratos. Es por ello que no tendría sentido que una vez surtida la etapa



precontractual electrónicamente, el contrato se suscribiera físicamente. Este igualmente se perfecciona de manera electrónica, como se ha indicado previamente, y adicionalmente, tanto el cumplimiento de los requisitos de ejecución, como toda su ejecución, continúa electrónicamente.

Por esta razón, la respuesta al interrogante planteado en el título de estas reflexiones, definitivamente es negativa, ya que no cambió el requisito de perfeccionamiento sino el instrumento a través del cual se cumple la solemnidad.



IV. DOCTRINA EN MATERIA DE CONTRATACIÓN ESTATAL

RELATORÍA

La Agencia Nacional de Contratación Pública –Colombia Compra Eficiente–, a través de la Subdirección de Gestión Contractual puso a disposición de la ciudadanía, desde agosto del 2020, la herramienta «Relatoría», mediante la cual se dan a conocer de manera efectiva y organizada: i) los conceptos proferidos por la Agencia; ii) las providencias del Consejo de Estado en materia de contratación pública, las cuales son indizadas de manera detallada y rigurosa; y, iii) la concordancia de los conceptos con las normas del sistema de contratación pública.

Esta herramienta, además de facilitar la búsqueda de información, permite que cualquier interesado este actualizado en las normas, jurisprudencia y doctrina relacionada con contratación pública. Actualmente, podrá encontrar indizadas 2432 providencias del Consejo de Estado de los años 2012 a 2020 y 1776 conceptos emitidos por la Agencia desde 2019.

Próximamente daremos a conocer un nuevo aplicativo de la herramienta relacionado con laudos arbitrales, en el cual se realizará un análisis jurídico de decisiones arbitrales del sector de infraestructura de transporte.

Para acceder a esta herramienta solo debe escanear el código QR, y empezar a conocer más del Sistema de Compra Pública:



CONCEPTOS

Los conceptos jurídicos emitidos por la Subdirección de Gestión Contractual son el resultado de absolver consultas formuladas por los interesados en la contratación pública sobre la aplicación de normas de carácter general en la materia. De igual forma, por su calidad, basada en la argumentación, el análisis e interpretación con fundamento en la doctrina y la jurisprudencia, constituyen un referente en los procesos de compra pública para los proveedores, compradores y la ciudadanía en general.

En los años 2020 y 2021 se fortaleció la metodología de expedición de conceptos, lo que le ha permitido a la Subdirección expedir, hasta noviembre de 2021, 1422 conceptos jurídicos junto con su indización, analizando temas como convocatorias limitadas a Mipymes, régimen de subsanabilidad de ofertas, evaluación de las ofertas económicas,



plan anual de adquisiciones, publicidad en el SECOP, procedimiento sancionatorio contractual, Documentos tipo, medios electrónicos en la contratación estatal, mecanismos de solución de controversias y aplicación de la Ley de Emprendimiento.

Los conceptos con su correspondiente indización pueden consultarse escaneando el código QR:



DOCUMENTOS TIPO

En ejercicio de la función de brindar instrumentos y herramientas que faciliten las compras y contratación pública del Estado y promuevan las mejores prácticas, acceso a la información, lucha contra la corrupción, gestión presupuestal y eficiencia del gasto público, la Agencia Nacional de Contratación Pública -Colombia Compra Eficiente- ha expedido y pone a disposición de los interesados los documentos tipo que se relacionan a continuación, los cuales son obligatorios para todas las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública:

- I. Documentos tipo para licitación de obra pública de infraestructura de transporte versión 1, versión 2 y versión 3.
- II. Documentos tipo para procesos de selección abreviada de menor cuantía de infraestructura de transporte versión 1 y versión 2
- III. Documentos tipo para procesos de mínima cuantía de infraestructura de transporte.
- IV. Documentos tipo para procesos de concurso de méritos para contratar la interventoría de obras públicas de infraestructura de transporte.
- V. Documentos tipo para procesos de concurso de méritos abiertos para contratar la consultoría de estudios de ingeniería de obras públicas de infraestructura de transporte.
- VI. Documentos tipo para procesos de licitación pública para obras de infraestructura de agua potable y saneamiento básico.
- VII. Documentos tipo para procesos de licitación pública para obras de infraestructura de agua potable y saneamiento básico en la modalidad llave en mano.
- VIII. Documentos tipo para procesos de gestión catastral con enfoque multipropósito que se celebren a través de contratos interadministrativos.
- IX. Documentos tipo de licitación de obra pública para proyectos de infraestructura social.
- X. Documentos tipo complementarios para los procesos de licitación de obra pública de infraestructura social relacionados con el sector educativo.

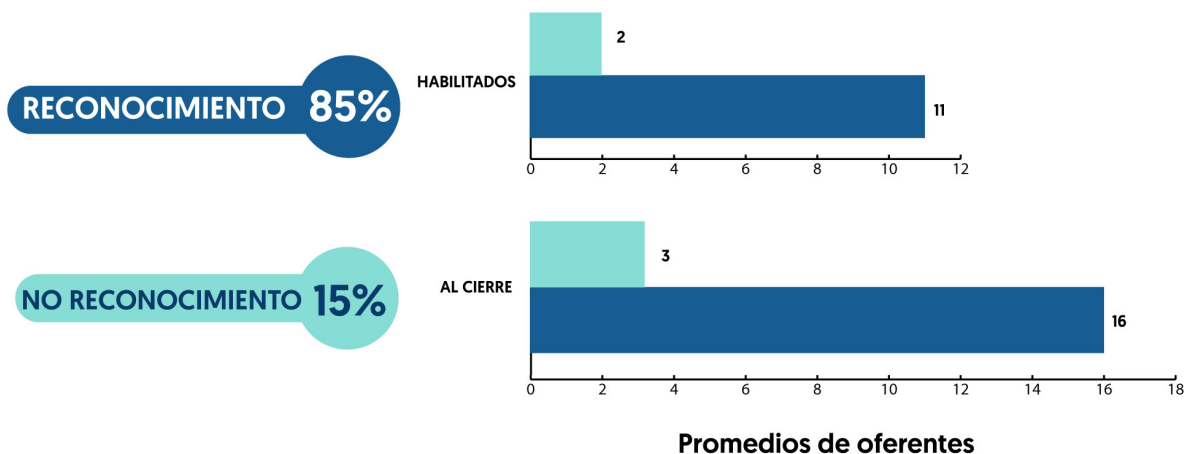
Los documentos tipo pueden ser consultados escaneando el código QR:



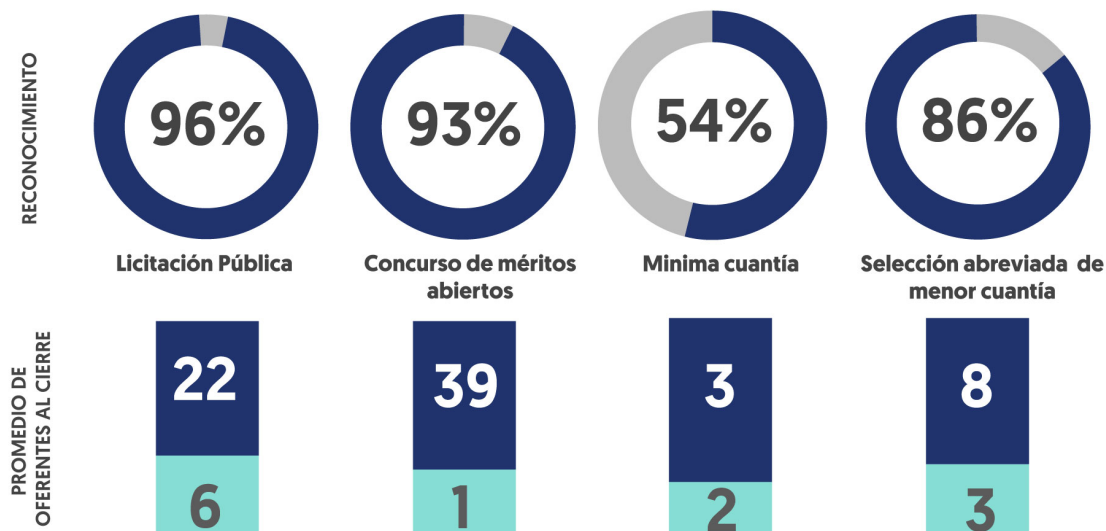
IMPLEMENTACIÓN DE PLIEGOS Y DOCUMENTOS TIPO

PLURALIDAD DE OFERENTES POR IMPLEMENTACIÓN

* 4.345 procesos convocados entre abril de 2019 y noviembre de 2021



IMPLEMENTACIÓN Y PLURALIDAD POR MODALIDAD



CONCEPTOS DE UNIFICACIÓN

CONCEPTO	Unificación	Web
CU-003 de 2020	La Agencia Nacional de Contratación Pública -Colombia Compra Eficiente- unificó la tesis sobre la Publicidad de la actividad contractual en el Sistema Electrónico de Contratación Pública SECOP.	
CU-021 de 2020	La Agencia Nacional de Contratación Pública -Colombia Compra Eficiente- unificó el criterio sobre la posibilidad de limitar los procesos contractuales a Mipymes.	
CU-028 de 2020	La Agencia Nacional de Contratación Pública -Colombia Compra Eficiente- unificó el criterio respecto cierre del expediente del contrato estatal y su procedencia.	
CU-060 de 2020	La Agencia Nacional de Contratación Pública -Colombia Compra Eficiente- unificó criterio en relación con el alcance de la regla de subsanabilidad de las ofertas en los procedimientos de selección.	
CU-182 de 2020	La Agencia Nacional de Contratación Pública -Colombia Compra Eficiente- unificó el criterio entorno a la incidencia del régimen tributario en la evaluación de las propuestas.	
CU-348 de 2020	La Agencia Nacional de Contratación Pública -Colombia Compra Eficiente- unificó la tesis en cuanto a la naturaleza jurídica del plan anual de adquisiciones, así como los sujetos obligados a publicarlo.	
CU-367 de 2020	La Agencia Nacional de Contratación Pública -Colombia Compra Eficiente- unificó sobre el deber de publicidad de los procesos de contratación pública en el SECOP, particularmente de los adelantados por las entidades estatales regidas por el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.	
CU-606 de 2020	La Agencia Nacional de Contratación Pública -Colombia Compra Eficiente- unificó el criterio sobre la vigencia de los pliegos de condiciones tipo, dado el tránsito normativo entre la Ley 1882 de 2018 y la Ley 2022 de 2020.	



V. CIFRAS Y ESTADÍSTICAS DEL SISTEMA DE COMPRA PÚBLICA

El artículo 3o. de la Ley 1150 de 2007, establece que la sustanciación de las actuaciones, la expedición de los actos administrativos, los documentos, contratos y en general los actos derivados de la actividad precontractual y contractual, podrán tener lugar por medios electrónicos.

La norma citada generó un cambio en la contratación pública, en tanto que se pasó de una actividad contractual impresa que se publicaba en el Diario Único de Contratación, a una contratación pública electrónica desarrollada mediante el SECOP.

Con el fin de materializar los objetivos descritos, el Gobierno Nacional desarrolló el SECOP, el cual es definido por el artículo 2.2.1.1.3.1. del Decreto 1082 de 2015, como el Sistema Electrónico de Contratación Pública. Sobre este punto, cabe destacar que el SECOP, es una herramienta tecnológica de apoyo a la contratación pública que integra, combina y proporciona centralizadamente información sobre la misma; que promueve la interacción entre las entidades contratantes, las entidades de control y los contratistas; y busca ofrecer herramientas para la “selección objetiva” de estos últimos y para la celebración de contratos electrónicos.

Ahora bien, en cumplimiento del mandato contemplado en el artículo 3 de la Ley 1150 de 2007, en el que se señala de manera expresa que el gobierno nacional designará un administrador del SECOP, el artículo 3 del Decreto- Ley 4170 de

2011 le asignó la función a la Agencia Nacional de Contratación Pública -Colombia Compra Eficiente- de desarrollar y administrar el SECOP y gestionar nuevos desarrollos tecnológicos en los asuntos de su competencia, teniendo en cuenta los parámetros fijados por el Consejo Directivo.

Inicialmente la función de la plataforma SECOP fue la de ser un mecanismo de publicación de la información sobre la contratación estatal, sin embargo la Agencia desarrolló una segunda versión de la plataforma, la cual se denominó SECOP II, cuya naturaleza es transaccional, por lo que permite gestionar en línea todos los procedimientos de contratación, con cuentas y usuarios asociados a éstas, para las entidades y los proveedores, y vista pública para cualquier interesado en hacer seguimiento a la contratación pública.

Desde sus cuentas, las entidades crean, evalúan y adjudican procedimientos de contratación, así como gestionan la fase de ejecución del contrato. Por su parte, los proveedores pueden hacer comentarios a los documentos del procedimiento, presentar ofertas y seguir el procedimiento de selección en línea.

Igualmente, para efectos de garantizar el funcionamiento de los Acuerdos Marco de Precio e Instrumentos de Agregación de Demanda que adopte la Agencia Nacional de Contratación Pública -Colombia Compra Eficiente-, se desarrolló la plataforma de la Tienda Virtual del Estado Colombiano,



En ese sentido, se observa que los tres sistemas han sido creados en tiempos diferentes y su desarrollo tiene objetivos funcionales diversos tal y como se pasa a explicar:

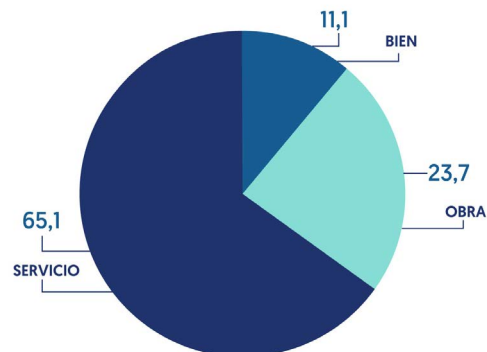
SECOP I es una plataforma de publicidad, que se limita al registro de los valores puntuales del proceso de contratación. En esta plataforma gran parte de la información se presenta en forma estructurada [documentos], la cual se digitaliza y almacena en la plataforma.

SECOP II es una evolución en el modelo, el cual presenta ya un escenario transaccional, el cual obliga a que las entidades hagan el registro en la medida que avanza el proceso de compra.

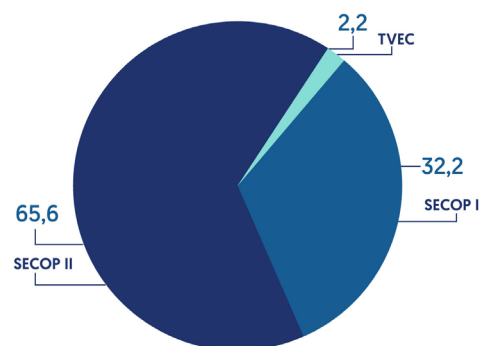
La Tienda Virtual Del Estado Colombiano es una plataforma dedicada puntualmente a la publicación de los catálogos de precios y proveedores derivados de las agregaciones de demanda y los acuerdos marco de precios desarrollados por la Agencia Nacional de Contratación Pública -Colombia Compra Eficiente-.

A la fecha, las plataformas presentan el siguiente comportamiento:

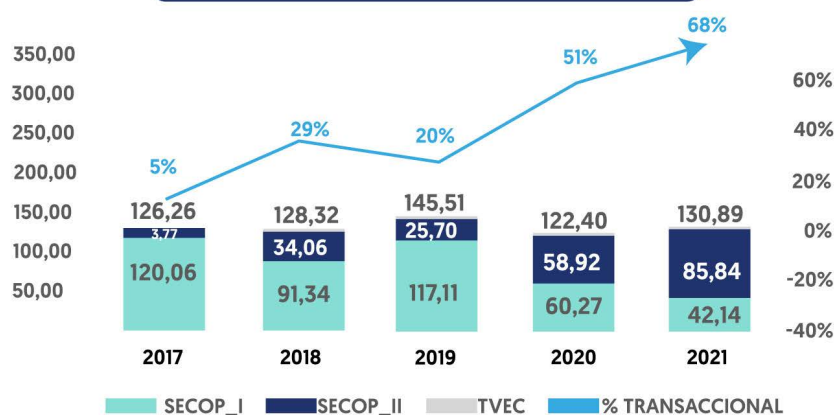
DISTRIBUCIÓN POR TIPO DE PROCESO A NOVIEMBRE DE 2021



EJECUCIÓN POR PLATAFORMA A NOVIEMBRE DE 2021



EVOLUCIÓN PLATAFORMAS 2017-2021 Y TRANSACCIONALIDAD



INSTRUMENTOS DE AGREGACIÓN DE DEMANDA VIGENTES EN LA TIENDA VIRTUAL AL 10 DE NOVIEMBRE DE 2021

• Combustible de Aviación	• Adquisición de productos derivados del papel, cartón y corrugado
• Combustible Nacional	• Grandes Superficies
• IAD Almacenamiento, ensamble y distribución de refrigerios escolares Bogotá PAE III	• Servicios de Impresión II
• Dotaciones Escolares II	• Servicios Postales de Pago
• IAD Suministro Operación PAE SED III	• Elementos para la Atención, Prevención y Mitigación del Riesgo y de Emergencias
• Material Pedagógico II	• Compra o alquiler de ETP II
• Adquisición de (i) Servicio de Mantenimiento Preventivo y Correctivo incluidas Autopartes y Mano de Obra; y (ii) Adquisición de autopartes	• Conectividad III
• Motocicletas, cuatrimotos y motocarros II	• Mesa de Servicio I
• Transporte Terrestre Automotor	• Nube Privada III
• Vehículos III	• Servicios BPO II
• Dotación de Vestuario III	• Software Empresarial
• Material de Intendencia II	• Software por Catálogo
• Medicamentos Fondo Nacional de Estupefacientes	• Soluciones de Videovigilancia y sus Mantenimientos
• Seguros de Vehículos II	• Sistemas de Celdas Fotovoltaicas
• Servicios Financieros II	• IAD COVID General
• SOAT III	• Aseo y Cafetería III
• Consumibles de Impresión II	

TIENDA VIRTUAL DEL ESTADO COLOMBIANO EN 2021 (NOVIEMBRE)

META 2021	VALOR TRANSADO NOV 24
2,9 BILLONES	3 BILLONES
100 %	103%

INSTRUMENTO DE AGREGACIÓN DE DEMANDA EMERGENCIA COVID – 19 – VENTAS TOTALES

Catálogo	Valor Transado	Cuenta de OC
ASEO	\$ 117.379,01	3.462
AYUDAS	\$ 196.828,08	141
CF	\$ 3.282,15	29
DESINFECCION	\$ 635,73	97
EB	\$ 7.105,75	342
EEH	\$ 1.189,11	4
EPP	\$ 116.977,87	3.065
MEN	\$ 5.834,75	19
TEC	\$ 3.692,88	38
Total general	\$ 452.925,34	7.197

INSTRUMENTOS DE AGREGACIÓN DE DEMANDA / ACUERDOS MARCO DE PRECIOS

7 DE AGOSTO DE 2018 – 10 DE NOVIEMBRE DE 2021

AÑO	TRANSACCIONES EN LA TIENDA VIRTUAL	AHORROS
2018	\$ 1.493.373.441.267	\$ 254.566.435.967
2019	\$ 2.677.338.271.650	\$ 290.009.349.054
2020	\$ 3.124.289.548.371	\$ 171.685.697.863
2021	\$ 2.911.834.682.094	\$ 259.000.476.635
TOTAL	\$ 10.206.835.943.382	\$ 975.261.959.519

CONSOLIDADO DE COMPRAS Y AHORROS EN LA TIENDA VIRTUAL DEL ESTADO COLOMBIANO (2013-2021)

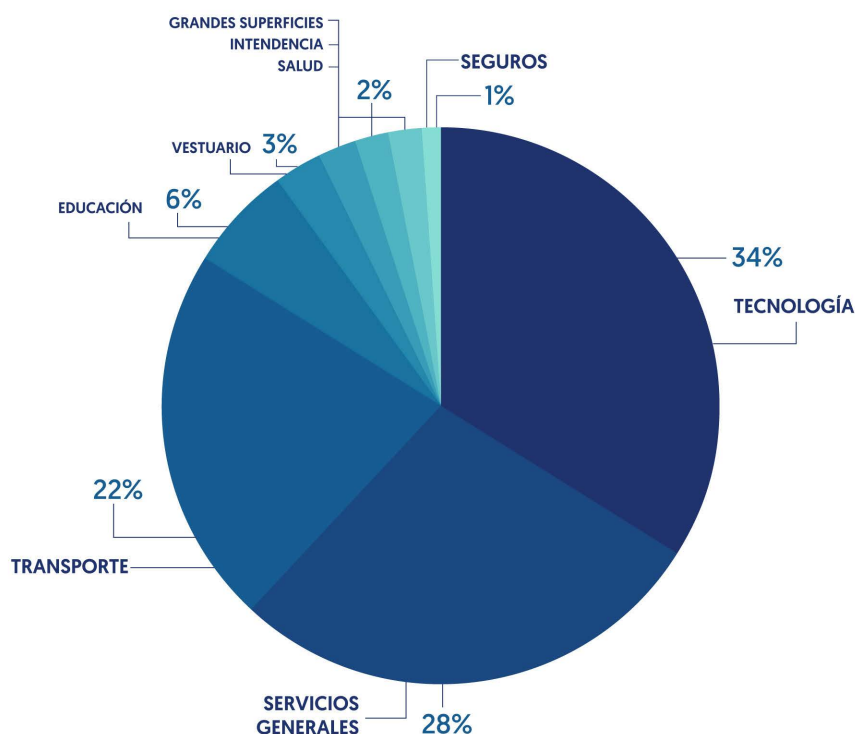
AÑO	TRANSACCIONES HISTÓRICO TVEC	AHORROS HISTÓRICOS TVEC
2013	\$ 1.389.300.174	\$ 65.018.985
2014	\$ 485.770.958.796	\$ 105.424.762.644
2015	\$ 1.269.925.803.008	\$ 196.139.398.032
2016	\$ 1.491.439.688.551	\$ 189.816.597.648
2017	\$ 2.442.125.361.866	\$ 243.673.207.453
2018	\$ 2.907.403.517.349	\$ 371.295.290.532
2019	\$ 2.677.338.271.650	\$ 290.009.349.054
2020	\$ 3.124.289.548.371	\$ 171.685.697.863
2021	\$ 2.911.834.682.094	\$ 259.000.476.635
TOTAL	\$ 17.311.517.131.859	\$ 1.827.109.798.846

TRANSACCIONES POR CATEGORÍAS 07 DE AGOSTO DE 2018 AL 17 DE NOVIEMBRE DE 2021

TOP 5 (CIFRAS EN MILES DE MILLONES)

Valor	Categoría
\$ 3.270	Tecnología
\$ 2.650	Servicios Generales
\$ 2.110	Transporte
\$ 539	Educación
\$ 272	Vestuario

TRANSACCIONES POR CATEGORÍA 07 DE AGOSTO 2018 AL 17 DE NOVIEMBRE 2021

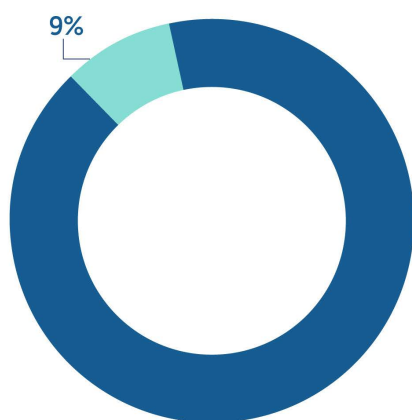


Entre el 07 de agosto de 2018 y 17 de noviembre de 2021, las categorías que mayores transacciones reportaron fueron i) Tecnología [34%], ii) Servicios Generales [28%], iii) Transporte [22%].

MIPYMES EN TVEC PARA EL CIERRE DEL PRIMER SEMESTRE DE 2021

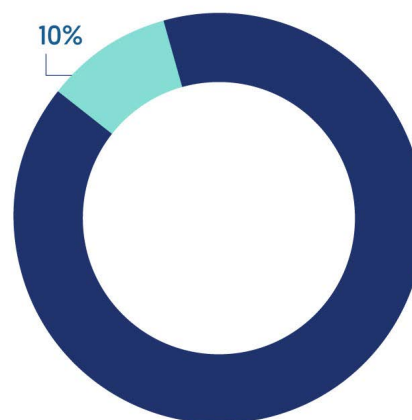
IADS 2021				
Sector Empresarial	Tamaño Empresas			
	Grande	%	Mipymes	%
Comercio	42	27,64%	172	46,11%
Manufacturero	22	14,47%	95	25,47%
Servicios	88	57,89%	106	28,42%
Total Tamaño	152	100,00%	373	100,00%
Total Mipymes en TVEC			373	

DESDE EL 7 DE AGOSTO DE 2018 HASTA EL 17 DE NOVIEMBRE DE 2021



■ Transacciones 07 agosto de 2018 - 17 de noviembre de 2021 \$10.206.835.943.382
■ Ahorros 07 de agosto de 2018 a 17 de noviembre de 2021 \$ 975.261.959.519

CONSOLIDADO HISTÓRICO [2013-2021-NOV.]

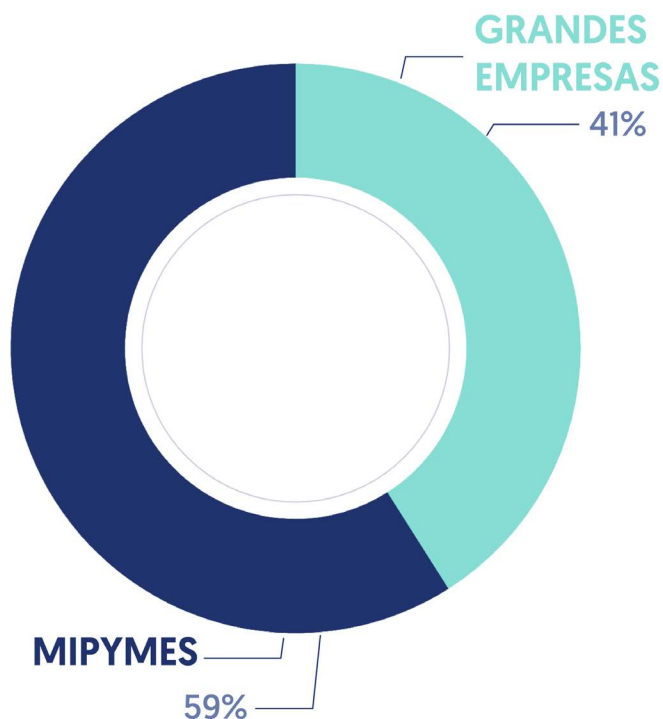


■ Transacciones Histórico TVEC \$ 17.311.517.131.859
■ Ahorros Históricos TVEC \$ 1.827.109.798.846

Entre el 7 de agosto de 2018 y el 17 de noviembre de 2021, se ha aumentado significativamente el número de Instrumentos de Agregación de Demanda disponibles en la Tienda Virtual del Estado Colombiano -TVEC-, lo cual permite que las Entidades Estatales cuenten con una mayor variedad para sus adquisiciones bienes y servicios de características técnicas uniformes, todo bajo un marco de transparencia, eficiencia y optimización. Es así, que la TVEC ha logrado un ahorro histórico [2013-2021] del 10.6%, y un ahorro del 9,6% entre agosto de 2018 y noviembre de 2021.

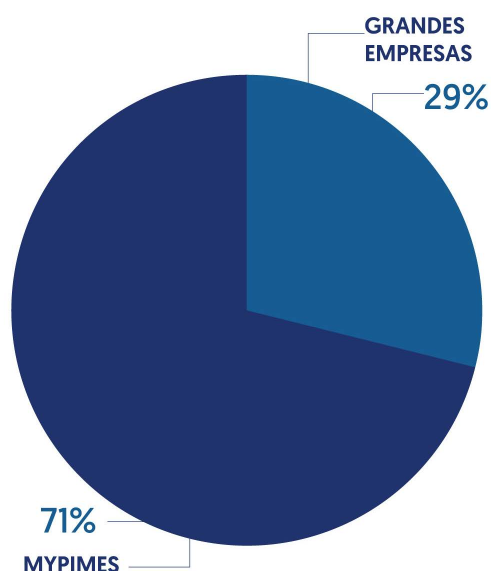
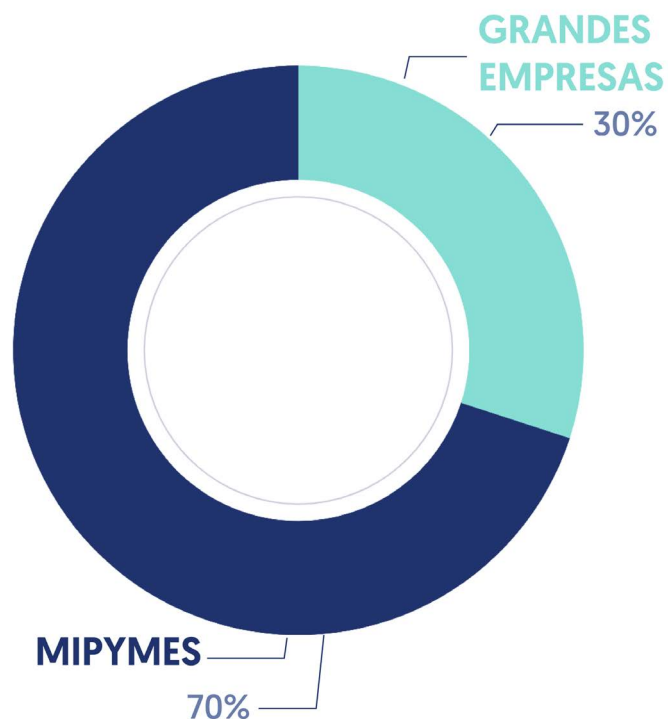
MIPYMES EN LA TIENDA VIRTUAL DEL ESTADO COLOMBIANO

ANTES DEL IAD COVID-19



MIPYMES EN LA TIENDA VIRTUAL DEL ESTADO COLOMBIANO

DESPUÉS DEL IAD COVID-19

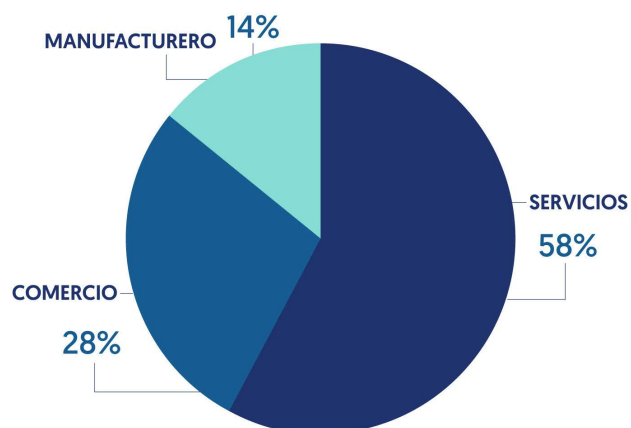


Desde el inicio de la emergencia sanitaria con ocasión del Covid-19 Colombia Compra Eficiente creó el Instrumento de Agregación de Demanda Covid-19.

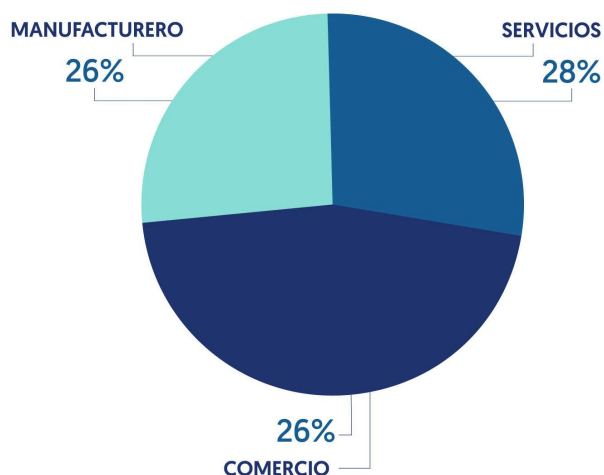
A finales del primer semestre de 2021, las Mipymes en la TVEC habían pasado de un 59% a un 71% del total de proveedores con respecto al 2020.

DISTRIBUCIÓN POR SECTOR EMPRESARIAL DE GRANDES EMPRESAS EN LA TVEC

En relación con los Bienes y Servicios provistos por parte de las Grandes Empresas durante el periodo 07 de agosto de 2018 y noviembre 17 de 2021 en la TVEC, el sector con mayor porcentaje de participación en las transacciones es Servicios [58%] seguido por el Comercio [28%] y por Manufactura [14%].

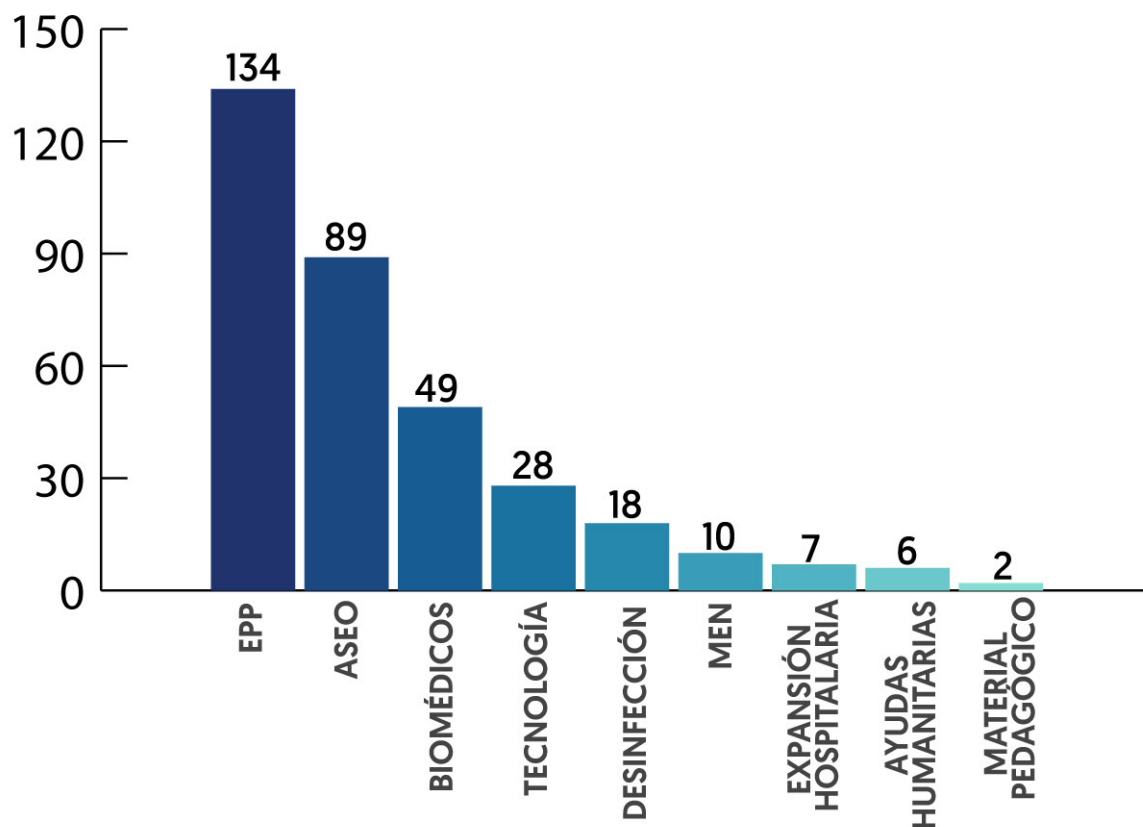


DISTRIBUCIÓN POR SECTOR EMPRESARIAL DE MIPYMES EN LA TVEC



En relación con los bienes y servicios provistos por parte de las Mipymes durante el periodo 07 de agosto de 2018 y noviembre 17 de 2021 en la TVEC, el sector con mayor porcentaje de participación en las transacciones es Comercio [46%] seguido de Servicios [28%] y Manufacturera [26%].

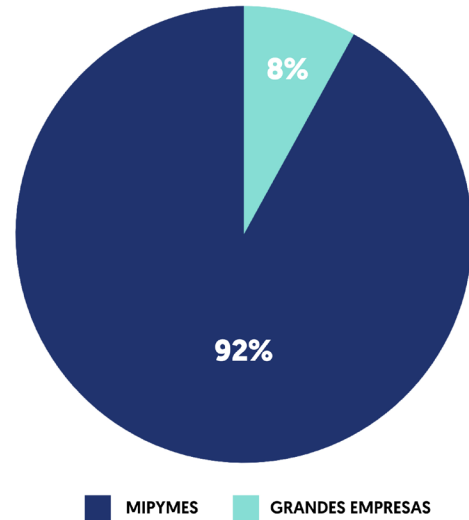
PARTICIPACIÓN DE PROVEEDORES POR CATÁLOGO IAD COVID-19



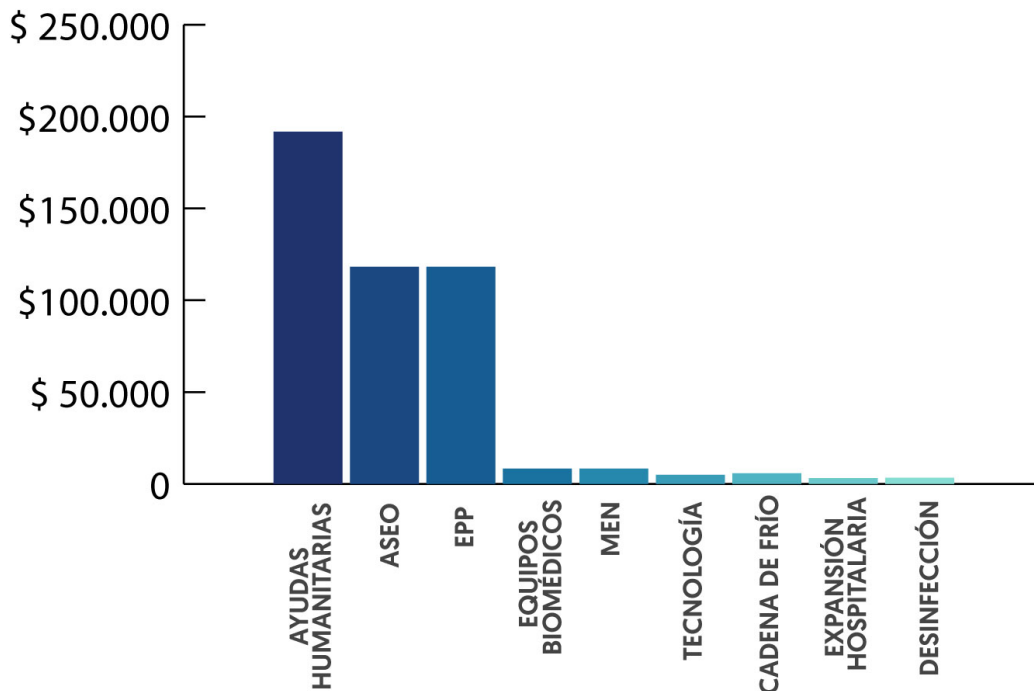
Desde el inicio de la operación del IAD Covid-19 el catálogo con mayor participación de proveedores es el de “Elementos de Protección Personal” con 134 proveedores activos, lo cual equivale a una participación del 39% en el IAD Covid-19.

PROVEEDORES EN EL IAD COVID-19

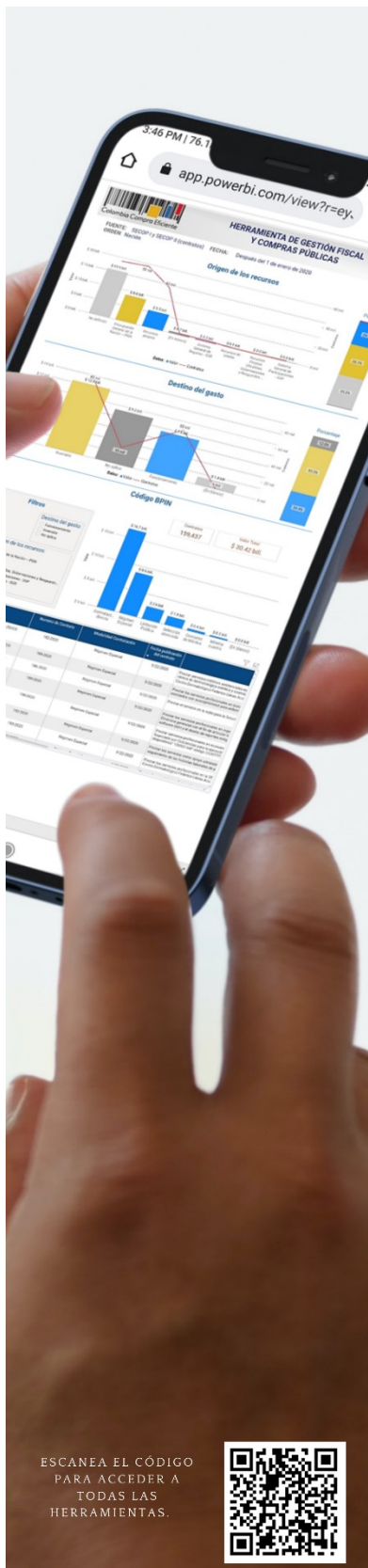
El 92 % de los proveedores activos en el IAD Covid-19 son Mipymes.



VENTAS POR CATÁLOGO EN EL IAD COVID-19 (MILES DE MILLONES DE PESOS)



El catálogo del IAD Covid-19 que ha generado mayores compras es el de Ayudas Humanitarias, seguido por el catálogo de Aseo y Equipos de Protección Personal.



ESCANEA EL CÓDIGO
PARA ACCEDER A
TODAS LAS
HERRAMIENTAS.



Visualizaciones Interactivas

Para el ciudadano

01

OPORTUNIDADES DE NEGOCIOS

Identifica las oportunidades vigentes en el sistema de compra pública. Permite filtrar por clasificador de bienes y servicios y monto.

02

TABlero DE CONTROL DE PLIEGOS TIPO

Evidencia la aplicación de pliegos tipo, su aplicación e identifica los procesos adelantados por región y sus proveedores.

03

ANÁLISIS DE LA DEMANDA

Identifica el gasto de las entidades: cuánto y en qué categorías ha gastado, a quién le ha comprado y bajo qué modalidad de selección.

04

ANÁLISIS DE LA OFERTA

Facilita conocer el comportamiento del mercado: qué oferentes existen para determinada categoría de productos o servicios, características de esos oferentes, etc.

05

CONTRATACIÓN HISTÓRICA POR SECTORES 2015-2020

Identifica la contratación pública histórica por sectores de la economía, regiones y modalidad de contratación.

06

HERRAMIENTA DE CONTROL CIUDADANO COVID-19

Identifica y caracteriza la contratación pública a partir del inicio de la pandemia por COVID-19.

07

CONTROL FISCAL Y COMPRAS PÚBLICAS

Identifica el origen presupuestal de los recursos y el destino del gasto de los procesos de compra pública.

08

REPORTE DE COMPETENCIA EN COMPRAS PÚBLICAS:

Analiza la cantidad de oferentes para los procesos del sistema de compras públicas.

09

ANÁLISIS DESCRIPTIVO SECTORIAL DE LOS PLANES ANUALES DE ADQUISICIÓN 2021

Presenta un análisis del gasto proyectado en los planes anuales de adquisición mediante la visualización del comportamiento de las adquisiciones por sector o por modalidad de contratación.

10

PROVEEDORES COVID-19

Identifica a los proveedores de los contratos relacionados con la atención de la pandemia por COVID-19.



Director General

José Andrés O'Meara Riveira

Secretaria General

Claudia Ximena López Pareja

Subdirector de Negocios

Andrés Ricardo Mancipe González

Subdirector de Gestión Contractual

Jorge Augusto Tirado Navarro

**Subdirectora de Estudios de Mercado y
Abastecimiento Estratégico (EMAE)**

Catalina Pimienta Gómez

**Subdirector de Información y
Desarrollo Tecnológico (IDT)**

Rigoberto Rodríguez Peralta

Secretario Privado

Mauro Palta Cerón

Asesor Jurídico

Juan David Marín López

Asesor Económico

Steven Orozco Rodríguez

Asesora de Comunicaciones

María Fabiana De La Espriella

Asesor Control Interno

Judith Gómez Zambrano

Asesor Planeación

Karina Blanco Marín



Agencia Nacional de Contratación Pública



Colombia Compra Eficiente

Carrera 7 No 26 - 20 / Edificio Seguros Tequendama (Bogotá D.C)

Piso 23: Dirección General - **Piso 33:** Subdirección de Negocios - **Piso 17:** Secretaría General –
Subdirección de Estudios de Mercado y Abastecimiento Estratégico - **Piso 10:** Subdirección de
Información y Desarrollo Tecnológico - **Piso 8:** Subdirección de Gestión Contractual



/ColombiaCompraEficiente



@colombiacompraeficiente_cce



/ColombiaCompra



@ColombiaCompra



@ColombiaCompra