

ANÁLISIS DE LA NORMATIVIDAD EN CONTRATACIÓN PÚBLICA

La contratación pública ha sido objeto de una sustanciosa regulación normativa desde la expedición de la Ley 80 de 1993. Esta última fue concebida como un instrumento fundamental para entender la nueva forma de emprender la gestión pública, en un marco más convencional que impositivo, contentivo de un conjunto de principios rectores que debe ser observado por la Administración y los particulares.

Si bien se pretendió la adopción universal de un estatuto general,²³⁸ esto no condujo al establecimiento de un esquema único de contratación, pues la Corte Constitucional avaló una regulación particular para cada ámbito; con ello resaltó el carácter de estatuto legal y no único²³⁹ y mantuvo los regímenes particulares, verbigracia, los contratos de explotación de recursos naturales,²⁴⁰ los aspectos

.....
238 "Corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejerce las siguientes funciones:

[...] Compete al Congreso expedir el Estatuto general de contratación de la administración pública y en especial de la administración nacional". República de Colombia, *Constitución Política*, art. 150.

239 Colombia, Corte Constitucional, *Sentencia C-633 de 21 de noviembre de 1996*, M. P. José Gregorio Hernández Galindo; *Sentencia C-949 de 5 de septiembre de 2001*, M. P. Clara Inés Vargas Hernández.

240 "De los contratos de exploración y explotación de los recursos naturales. Los contratos de exploración y explotación de recursos naturales renovables y no renovables, así como los concernientes a la comercialización y demás actividades comerciales e industriales propias de las entidades estatales a las que correspondan las competencias para estos asuntos, continuarán rigiéndose por la legislación especial que les sea aplicable. Las entidades estatales dedicadas a dichas actividades determinarán en sus reglamentos internos el procedimiento de selección de los contratistas, las cláusulas excepcionales que podrán pactarse, las cuantías y los trámites a que deben sujetarse.

específicos en materia de telecomunicaciones,²⁴¹ la exclusión del estatuto para los contratos del sector financiero público²⁴² y la aplicación de los reglamentos propios de los organismos internacionales de cooperación y de la banca multilateral.

De igual manera, subsiste el reconocimiento a varios temas en los que las leyes particulares instituyeron la aplicación del derecho privado, como el régimen de las universidades públicas (Ley 30 de 1992), la apertura del sistema de seguridad social a la competencia (Ley 100 de 1993), la regulación en materia de servicios públicos domiciliarios (Ley 142 de 1994) y del sector eléctrico (Ley 143 de 1994).

En suma, el carácter de ley de principios de la Ley 80 de 1993 implicó una variada actividad reglamentaria que amplió el panorama en la materia, al regular desde la forma y el contenido negocial hasta la terminación y liquidación del contrato.

A continuación se describirá el marco jurídico que la soporta: el Estatuto General de contratación pública (Ley 80 de 1993), las normas que complementan, modifican y amplían la Ley 1150 de 2007 y demás normas concordantes, entre las cuales podemos enunciar (Tabla 1):

Tabla 1. Compendio normativo en materia de contratación

Decreto	Tema
77 de 1992	Reglamenta la contratación prevista en el Artículo 355 de la Constitución Nacional con entidades sin ánimo de lucro. Contiene también el Decreto 1403 de 1992, al que reformó parcialmente.
1400 de 1993	Señala que la celebración o adición de contratos de concesión de obras públicas no causará la contribución definida por el Decreto 2009 de 1992.
2155 de 1993	Regula aspectos relacionados con la vigencia de la Ley 80 de 1993.
2155 de 1993	Trata la contratación directa de consultoría, en particular el Artículo 1.

Los procedimientos que adopten las mencionadas entidades estatales, desarrollarán el deber de selección objetiva y los principios de transparencia, economía y responsabilidad establecidos en esta Ley.

En ningún caso habrá lugar a aprobaciones o revisiones administrativas por parte del Consejo de Ministros, el Consejo de Estado ni de los Tribunales Administrativos". Colombia, Congreso de la República, *Ley 80 de 1993*, art. 76.

241 Colombia, Congreso de la República, *Ley 80 de 1993*, arts. 33-36.

242 Colombia, Congreso de la República, *Ley 80 de 1993*, art. 32, par., modificado por el art. 15, *Ley 1150 de 2007*.

2459 de 1993	Adopta decisiones acerca de los contratos a los que se refiere el inciso 2 del Artículo 355 de la Constitución Nacional —con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad, con el fin de impulsar programas y actividades de interés público acordes con el plan nacional y los planes seccionales de desarrollo—.
2681 de 1993 y 94 y 95 de 1994	Reglamenta las operaciones de crédito público, las de manejo de la deuda pública, sus asimiladas y conexas y su contratación directa.
313 de 1994	Regula los Artículos 20 (reciprocidad) y 21 (bienes y servicios de origen nacional) de la Ley 80 de 1993.
318 de 1994	Trata sobre reciprocidad.
620 de 1994	Aborda las operaciones de crédito público. Su Artículo 1 aclara el Artículo 7 del Decreto 2681 de 1993.
679 de 1994	Regula aspectos varios de la Ley 80 de 1993.
855 de 1994	Reglamenta lo relacionado con la contratación directa.
856 de 1994	Normaliza el funcionamiento del registro de proponentes en las Cámaras de Comercio.
1584 de 1994	Define la clasificación y calificación del registro de proponentes.
1898 de 1994	Pauta parcialmente el concurso de intermediarios de seguros.
1985 de 1994	Señala el límite para delegar facultades por parte del jefe de la entidad estatal, en particular el Artículo 1, de acuerdo con lo dispuesto en los Artículos 12 y 25, numeral 10, de la Ley 80 de 1993.
2115 de 1994	Expresa que la Superintendencia de Industria y Comercio determinará los libros necesarios para cumplir la finalidad del registro de proponentes e impartir instrucciones sobre dicha materia.
329 de 1995	Adiciona el Decreto 855 de 1994.
457 de 1995	Fija las reglas relativas al registro de proponentes.
1375 de 1995	Adiciona el Artículo 4 del Decreto 855 de 1995. Hace referencia a la adquisición de bienes y servicios para la organización electoral.
1477 de 1995	Reglamenta la Ley 190 del 6 de junio de 1995 en materia de publicación de contratos en el <i>Diario Único de Contratación Pública</i> .
287 de 1996	Regula los Artículos 24, 25, 29 y 30 de la Ley 80 de 1993.
74 de 1995	Reglamenta la Ley 223 de 1995, por medio de la cual se aclara la tarifa de IVA aplicable a los contratos celebrados con anterioridad al 1 de enero de 1996.
92 de 1998	Normaliza lo relacionado con la calificación y clasificación en el Registro único de proponentes. Incluye la capacidad máxima de contratación de proveedores.
1436 de 1998	Pauta la Ley 80 de 1993 en materia de selección de intermediarios de seguros.
280 de 2002	Reglamenta el numeral 19 del Artículo 25 de Ley 80 de 1993 en cuanto a la garantía de cumplimiento en los contratos de concesión.
2170 de 2002	Modifica parcialmente el Decreto 855 de 1994, dicta normas sobre publicidad de los procesos de selección de contratistas y fija reglas sobre licitaciones públicas y contratación directa. También se puede consultar la Directiva Presidencial 12 de 2002, que dicta acciones para luchar contra la corrupción en la contratación estatal.
3629 de 2004	Reglamenta la Ley 80 de 1993 en cuanto a contratos que incluyen en su objeto varias obligaciones.

Fuente: elaboración propia.

El Gráfico 1 presenta una compilación de la variada normatividad existente en relación con el tema que nos compete.

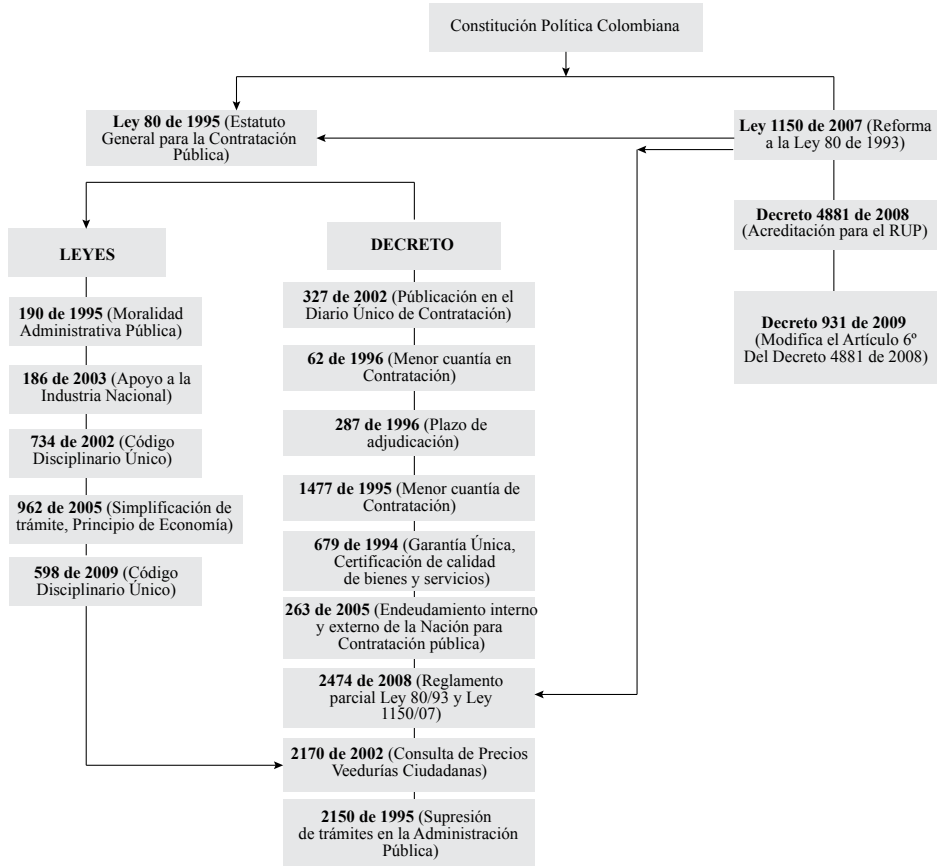


Gráfico 1. Compilación normativa contractual

Fuente: elaboración propia.

La Constitución Política de Colombia de 1991, que constituye nuestra norma de normas,²⁴³ enmarca la contratación pública en algunos artículos: “[...] 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

243 República de Colombia, *Constitución Política*, art. 4.

adelanten ante éstas”²⁴⁴ y más adelante: “El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas”.²⁴⁵

El concepto de daño antijurídico²⁴⁶ es, entonces, un aspecto esencial en la materia, en la medida en que la cláusula general de responsabilidad civil del Estado abarca la actuación en la relación jurídico-negocial, es decir, en el contrato estatal, en las actuaciones y en las omisiones derivadas de hechos u omisiones administrativas que se refieren a la responsabilidad extracontractual. De tal manera, conforme a lo planteado por la Corte Constitucional en la Sentencia C-333 de 1996, cuando se trata de responsabilidad patrimonial del Estado, en la actuación contractual está comprendida la responsabilidad precontractual y la responsabilidad contractual, así como la derivada de los hechos y las actuaciones de la Administración que causaran daños antijurídicos a los particulares.²⁴⁷

El Artículo 90 de la Constitución Política se convierte en la fuente mediata y en el fundamento para efectos de responsabilidad. En cuanto a responsabilidad extracontractual, el término hace referencia a las consecuencias frente a la actuación, omisión, extralimitación o abstención en cualquier caso por parte de

.....
244 República de Colombia, *Constitución Política*, art. 83.

245 República de Colombia, *Constitución Política*, art. 90.

246 “El perjuicio que es provocado a una persona que no tiene el deber jurídico de soportarlo. La Corte considera que esta acepción del daño antijurídico como fundamento del deber de reparación del Estado armoniza plenamente con los principios y valores propios del Estado Social de Derecho, pues al propio Estado corresponde la salvaguarda de los derechos y libertades de los particulares frente a la actividad de la administración. Así, la responsabilidad patrimonial del Estado se presenta entonces como un mecanismo de protección de los administrados frente al aumento de la actividad del poder público, el cual puede ocasionar daños, que son resultado normal y legítimo de la propia actividad pública, al margen de cualquier conducta culposa o ilícita de las autoridades, por lo cual se requiere una mayor garantía jurídica a la órbita patrimonial de los particulares. Por ello el actual régimen constitucional establece entonces la obligación jurídica a cargo del Estado de responder por los perjuicios antijurídicos que hayan sido cometidos por la acción u omisión de las autoridades públicas, lo cual implica que una vez causado el perjuicio antijurídico y éste sea imputable al Estado, se origina un traslado patrimonial del Estado al patrimonio de la víctima por medio del deber de indemnización. Igualmente no basta que el daño sea antijurídico sino que éste debe ser además imputable al Estado, es decir, debe existir un título que permita su atribución a una actuación u omisión de una autoridad pública”. Colombia, Corte Constitucional, *Sentencia C-333 de 1 de agosto de 1996*, M. P. Alejandro Martínez Caballero.

247 Acerca de la responsabilidad patrimonial de la Administración en la etapa precontractual, Vallejo aduce que “el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho no solo se ejerce para garantizar la legalidad en abstracto, sino también para obtener el reconocimiento de una situación jurídica particular y la adopción de las medidas adecuadas para su plena reparación”. Germán Vallejo Almeida, “El procedimiento de formación de voluntad de la Administración y su responsabilidad patrimonial en el marco de la contratación estatal” en *Fundamentos contemporáneos del derecho público. Transformaciones necesarias*, Mónica Fernández et al. (Bogotá: Universidad Católica de Colombia, 2016), 61.

la Administración pública contratante o por parte del particular que entra a ofrecer, mediante su propio negocio jurídico de promesa unilateral futura constitutiva de oferta.

Para estudiar esas consecuencias hay que examinar en qué consiste la etapa precontractual y analizar todo el proceso de formación de la voluntad, esto es, la etapa de los tratos y las tratativas preliminares, que se diferencian de la existente en el ámbito privado respecto al momento de su configuración.

La marcada proliferación normativa en el ordenamiento jurídico es un reflejo de variadas tendencias mundiales encaminadas a las continuas reformas en una materia tan sensible a la globalización como la contratación estatal. La contratación pública constituye un amplio porcentaje del PIB de los países,²⁴⁸ lo cual conlleva a permanentes procesos de apertura de mercados. Organismos internacionales como la OMC, la ONU y la OEA han abordado el tema; además, las inversiones de la banca multilateral condicionan sus préstamos a la observancia por parte de los países a las diversas directrices globales en materia de contratación.

En la medida en que la contratación pública ha sido un tema de creciente y marcado interés para los procesos de liberalización de las economías,²⁴⁹ ha sido objeto de regulación por acuerdos bilaterales y multilaterales de libre comercio como el Acuerdo de compras públicas de la Organización Mundial del Comercio, el Acuerdo de libre comercio de las Américas (ALCA) y los tratados de libre comercio suscritos por países de América. Lo anterior ha implicado la constitución de mecanismos de protección a la inversión extranjera que derivan en la modificación de instituciones contractuales y procedimientos de contratación, aspectos que buscan la libre competencia, la transparencia y publicidad en los procedimientos y la constitución de autoridades independientes para la solución de litigios de manera eficaz,²⁵⁰ entre otros aspectos.

248 José Luis Benavides, *Contratos públicos: estudios* (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2014), 17.

249 Benavides, *Contratos públicos*, 18.

250 Se observa que la Comisión de la Unión Europea destina recursos específicos para suspender en tiempo útil los procesos irregulares. Asimismo, varias legislaciones latinoamericanas han ido creando autoridades independientes, algunas de carácter administrativo, por ejemplo, la Ley de contrataciones del Estado de 2008 (Perú) y la Ley 19.886 de 2003 (Chile). Por su parte, en 2007, en Estados Unidos se constituyó el Civilian Board of Contract Appeals para la decisión expedita de conflictos originados durante los procesos de contratación, el cual cuenta con poderes de instrucción, suspensión de procedimientos e imposición de penas y sanciones.

Por su parte, el Banco Mundial y el Banco Interamericano de Desarrollo son factores de influencia en la regulación de la contratación pública en los países, pues dichas entidades constituyen una fuente significativa de asistencia financiera y técnica en varios proyectos que suelen involucrar contratos públicos suscritos por los países beneficiarios de estos préstamos. La banca multilateral tiene un interés significativo en que la inversión financiada observe aspectos clave como la correcta elección de los contratistas, la buena ejecución del contrato, la igualdad de oportunidades de competencia, el fomento a la amplia participación de proponentes y la transparencia en los procesos de contratación, todo ello basado en criterios de economía y eficiencia, así como en la necesidad de garantizar la debida inversión de los recursos y de prevenir y combatir el fraude y la corrupción.

De lo anterior resulta imperioso el estudio del derecho comparado, pues la contratación pública es sensible a la normativa extranjera por los programas que la banca multilateral ha llevado a cabo y en los cuales ha sido el instrumento para la inversión en los países. Se puede constatar la similitud de las legislaciones de los países latinoamericanos, en tanto instituciones contemporáneas, como la contratación electrónica, los tribunales administrativos especiales de contratación y nuevos modelos contractuales como las asociaciones público-privadas. Todas estas semejanzas también se reflejan en el empleo de un término, en la redacción de un enunciado normativo, en el contenido de las decisiones jurisprudenciales, en la adopción de instrumentos normativos internacionales vinculantes, etc.²⁵¹

Reconocimiento de un orden jurídico internacional en materia contractual

El fenómeno de la globalización ha generado un cambio de organización política y jurídica en la figura del Estado Nación sin que dicha modificación presente elementos institucionales que garanticen una transición pacífica, equilibrada, legítima y justa, en especial para los Estados en vías de desarrollo.²⁵² “Las profundas transformaciones producidas en el mundo por la aparición de complejos y serios

.....
251 Pablo Moreno Cruz y José Luis Benavides, *La contratación pública en América Latina* (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2016), 15-16.

252 Carolina Blanco ofrece al debate elementos críticos para el análisis integracionista del área andina y la descentralización en Colombia. Algunos de los apartes son resultado de la discusión y aporte de Blanco. Ruth Carolina Blanco Alvarado, “La descentralización territorial en el marco de la Comunidad Andina (CAN)” (tesis doctoral, Universidad Santo Tomás, 2015), 337.

problemas globales²⁵³ ha conducido a que los países se interrelacionen mediante alianzas tipificadas como integraciones para afrontar tan difícil panorama.²⁵⁴

La realidad mundial abarca la aparición de nuevos escenarios que ya no pueden ser solucionados por las funciones clásicas del Estado Nación,²⁵⁵ lo que hace que el concepto de Estado se vuelva demasiado complejo²⁵⁶ y a que parte de la doctrina considere procedente la reestructuración de la noción y de las funciones del Estado.²⁵⁷ Gran parte de ella ha señalado que la globalización es un fenómeno promovido por los países industrializados, enmarcado en las normas internacionales.

[...] las características de las normas o reglas que se establecen para regular las relaciones internacionales están prácticamente en la totalidad de los casos, en función de los intereses del país o países que tienen el poder o la capacidad para imponerlas en el momento de creación de la institución.²⁵⁸

El fomento y la promoción de estas normas se han desarrollado mediante diferentes instituciones creadas para ello y cuentan con la participación de todos los países reconocidos ante las Naciones Unidas. Se hace referencia a instituciones de orden supranacional²⁵⁹ encargadas de construir un marco normativo propicio que garantice su propia legitimidad, algunas de las cuales propenden por la integración de los mercados y las economías locales (multilateralismo) y otras, por la creación de normas que impulsen los acuerdos comerciales, como la Organización Mundial del Comercio y el Fondo Monetario Internacional.

253 Juan Antonio Carrillo, *El derecho internacional en un mundo en cambio* (Madrid: Tecnos, 1985), 13.

254 Adriana Dreyzin, *La integración como instrumento para la paz y el desarrollo: el modelo Mercosur en integración regional: una condición para la paz y el desarrollo* (Bogotá: Konrad-Adenauer Stiftung, 2001), 43-83.

255 Javier Perotti, "La acción internacional de las provincias y municipios argentinos" (ponencia presentada en el V Congreso de relaciones internacionales, La Plata, 24-26 noviembre, 2010).

256 Manuel Castells, *La era de la información economía, sociedad y cultura. El poder de la identidad* (Madrid: Alianza, 1997), 645.

257 Armando Estrada, "La lenta agonía de la descentralización", *Ratio Juris*, núm. 4 (2006), <http://publicaciones.unaula.edu.co/index.php/ratiojuris/article/view/266/245> (acceso septiembre 1, 2017).

258 José Manuel Revuelta Lapique, *Organización Económica Internacional: problemas actuales de la economía mundial* (Madrid: Ediciones Pirámide, 1991), 58.

259 Maximiliano Rodríguez Fernández, *Introducción al derecho comercial internacional* (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2009), 65.

Varios programas internacionales han tenido notable influencia en la regulación interna en materia de contratación pública, como el de la Comisión de las Naciones Unidas para el derecho mercantil internacional²⁶⁰ (CNUDMI o Uncitral, por su nombre en inglés) y la Red Interamericana de Compras Públicas. Junto a estos se encuentran aquellas instituciones dedicadas a la integración regional de las economías, como la Asociación de Países del Sudeste Asiático, la Unión Europea, el Mercosur, la Asociación de Cambio Libre Norteamericana (Nafta), la Organización de Estados Americanos (OEA), la Organización para la Unidad Africana (OUA) y la Comunidad Andina de Naciones, entre otras.

Se trata del reconocimiento de un orden jurídico internacional que ha impactado las legislaciones internas de los países, incluidas las temáticas de la contratación pública, pues impactan conceptualmente el orden jurídico interno, a lo cual el jurista debe prestar especial relevancia.

La meticulosa y amplia defensa de la industria y del trabajo nacionales se encuentra justificada en el marco proteccionista que orientó la actividad económica por varios lustros; sin embargo, la globalización necesariamente afecta el esquema tradicional y en ese contexto se justifica la propuesta de analizar el principio de reciprocidad de la contratación estatal establecido en el Estatuto Contractual colombiano, en el derecho comunitario andino.

El derecho administrativo se inserta en un sistema normativo que no se limita a la ley en sentido formal, sino que se extiende a la Constitución y a otros instrumentos de regulación de carácter internacional. En primera instancia, con la evolución del Estado contemporáneo, el derecho administrativo ha sido influenciado por el derecho comunitario andino, el cual permite la regulación homogénea en los Estados andinos;²⁶¹ en segunda instancia, en la globalización cobra importancia el proceso andino de integración andino, ya que facilita la construcción de realidades sociopolíticas en los países miembros²⁶² que se deberían materializar en proyectos de armonización legislativa.

260 Entre los temas de la Comisión sobresale la contratación pública y el desarrollo de la infraestructura. En 1987 la Comisión expidió la *Guía jurídica para la redacción de contratos internacionales de construcción de instalaciones industriales*, que reflejaba prácticas de la gestión contractual de la época.

261 María Alejandra Montes, "Efectos reglamentarios y jurisdiccionales del derecho comunitario andino sobre el derecho administrativo colombiano" (tesis de Maestría, Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, 2012), 246.

262 Rubén Vélez Núñez, "Déficit democrático vs reorientación" (ponencia presentada en el Simposio de la Cátedra andina Razón y sinrazón de la integración latinoamericana, Quito, 5 febrero, 2007), 17.

El marco normativo de los contratos estatales de los países que conforman a la Comunidad Andina ha evidenciado la herramienta jurídica de la armonización legislativa, la cual resultaría aplicable en diversas temáticas que componen la contratación estatal como instrumento útil frente al fenómeno de la globalización jurídica. Lo anterior es corroborado por las Naciones Unidas, organización que ha observado la necesidad de promover y fomentar el desarrollo de políticas públicas mediante la armonización de normas jurídicas entre los Estados miembros de la CAN y la creación o la adaptación de marcos legislativos que incentiven la confianza y la seguridad en el proceso de legalización y de ejecución de contratos privados y públicos.²⁶³

Por otro lado, a la par de la libertad contractual reconocida por la Ley 80 de 1993 y del sentido de la autonomía de la voluntad con la que cuenta la Administración²⁶⁴ —la cual permite la celebración de contratos bajo una “aplicación objetiva del derecho comercial”—,²⁶⁵ el estudio de las tipologías en materia de contratación estatal debe comprender el conjunto de modelos concebidos en otras latitudes y que han sido eficientemente aplicados en los demás ordenamientos jurídicos. La escasez en el presupuesto público que sobrevino a finales del siglo XX y la necesaria colaboración privada que se incrementó para la provisión de bienes y servicios públicos han hecho emerger nuevos esquemas para dar cabida a un mayor aporte privado, lo que ha implicado la creciente utilización de figuras como la asociación público-privada,²⁶⁶ el proyect finance, la titulación, el

263 Organización de Naciones Unidas, “Estudio sobre las perspectivas de la armonización de la ciberlegislación en América Latina”, http://unctad.org/es/docs/webdlktcd20091_sp.pdf (acceso junio 15, 2009).

264 “En cuanto atañe al postulado de la autonomía de la libertad entiende la Corte que su objetivo consiste en otorgarle un amplio margen de libertad a la administración para que, dentro de los límites que impone el interés público, regule sus relaciones contractuales con base en la consensualidad del acuerdo de voluntades, como regla general. La consecuencia obvia de este principio es la abolición de los tipos contractuales, para acoger en su lugar una sola categoría contractual: la del contrato estatal, a la cual son aplicables las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, salvo en las materias reguladas particularmente en dicha ley”. Colombia, Corte Constitucional, *Sentencia C-949 de 5 de septiembre de 2001*.

265 “La participación del sector privado en la gestión pública pone entredicho el funcionamiento mismo de la administración y la justificación de sus prerrogativas de poder público. Las razones económicas orientan con mayor fuerza las decisiones administrativas, y una lógica comercial se impone en la función administrativa”. José Luis Benavides, *El contrato estatal: entre el derecho público y el derecho privado* (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2004), 31.

266 “Es esta última (public-private partnership) la denominación que impera a escala mundial para aludir a este fenómeno asociativo de recursos públicos y privados, tan difundido en las dos últimas décadas, cuyo origen se sitúa en la experiencia vivida por el Reino Unido durante los años ochenta del siglo XX. En procura de mantener

peaje en la sombra, el contrato llave en mano, el *leasing* público y el fideicomiso público.

El estudio de los contratos comprende una serie de negocios reconocidos por la normativa interna, así como todos los modelos que han surgido de la búsqueda por parte de la Administración de la colaboración del sector privado por motivos económicos y técnicos, cuya complejidad crece y exige cada vez más especialización.

De la mano del obligatorio mantenimiento de la ecuación contractual establecida en el Artículo 27 de la Ley 80 de 1993, las relaciones señaladas por los nuevos modelos mencionados muestran un rico contenido respecto al estudio de los riesgos, concepto que en muchos casos resulta nulo en cuanto a su conocimiento y administración por las partes.

La determinación de los riesgos y su repartición desempeñan un papel importante en la estructuración económica y financiera del proyecto y en la fijación del precio que se habrá de pagar,²⁶⁷ aspectos que se desprenden del estudio de tipologías contractuales y de instrumentos auspiciados por el orden jurídico internacional.²⁶⁸

Las vicisitudes del negocio jurídico, tanto en derecho privado como público, en particular en un contexto internacional, exigen al operador jurídico el estudio de otras disciplinas, como estrategias de negociación.

su identificación bajo el acrónimo ppp, se ha optado por traducirla al español como *participación público privada* de modo similar a lo ocurrido entre los franceses con el término *partenariat*, y entre los portugueses con *parceria*". Ignacio M. De la Riva, "Nuevos modelos de financiación de infraestructuras públicas". *Revista digital de Derecho Administrativo*, núm. 17 (2017): 197.

267 Maximiliano Rodríguez Fernández, "La problemática del riesgo en los proyectos de infraestructura y en los contratos internacionales de construcción". *E-mercatoria* 6, núm. 1 (2007): 4.

268 "Así por ejemplo, la FIDIC, la Asociación de profesionales de la ingeniería más importante a nivel mundial y con sede en Lausanne (Suiza), creó y viene desarrollando la forma contractual usada por la mayoría de las operaciones de ingeniería civil adelantadas en los países en vía de desarrollo. Los contratos creados y desarrollados por FIDIC, son modelos que recopilan de a manera la práctica internacional en la materia, lo que en la práctica se ha denominado en 'sentido común en la ingeniería'.

En el año 1999 FIDIC produjo una nueva y actualizada versión de sus contratos modelo, incluyendo nuevas versiones de sus libros Rojo, Amarillo y Naranja. El propósito de esas nuevas publicaciones es el de entregar a la industria un nuevo grupo de contratos que respondan a los nuevos avances y a la nueva realidad de la industria de la construcción. Con estas nuevas publicaciones se pasó de la postura tradicional que distinguía entre aquellos contratos de ingeniería civil o de construcción y aquellos que incluían un componente mecánico y eléctrico a una nueva postura que diferencia los proyectos entre aquellos que se adelantan siguiendo los diseños del empleador de las obras y aquellos que se adelantan con un diseño provisto por el mismo constructor". Rodríguez Fernández, "La problemática del riesgo en los proyectos de infraestructura y en los contratos internacionales de construcción", 24.

La negociación, entendida como “el proceso que se utiliza para satisfacer las necesidades cuando alguien más controla lo que se desea y que normalmente ocurre porque uno tiene algo que el otro requiere y está dispuesto a negociar para obtenerlo”,²⁶⁹ comprende técnicas y tácticas de negociación, pues de su observancia se enriquecen todas las fases del negocio jurídico estatal, más aún en el panorama actual, en el cual la participación privada, en especial la extranjera, ha tenido un mayor auge para la satisfacción de las necesidades públicas. Las exigencias de hoy implican una visión integral de los negocios, en atención a las calidades, los perfiles y las nacionalidades de los actores que intervienen en los negocios jurídicos de la Administración.

Necesidad de reforma al Estatuto de Contratación

El contenido del Estatuto Contractual debe adaptarse a las mecánicas administrativas que, en esencia, son cambiantes; además, debe evitar el exceso de exigencias y requisitos (autorizaciones, revisiones, etc.) que solo llevan a sobrecostos en los servicios estatales y debe defender los derechos de los contratistas, para lo cual requiere despojar a la Administración de privilegios y facultades injustificados y defender los derechos de la entidad pública contratante.

Hasta ahora se ha abordado la contratación estatal en tanto cuerpo normativo y teórico, sin hacer mayores observaciones en torno a su funcionamiento o a la necesidad de reformarlo con la finalidad de hacerlo más eficiente y competitivo. Debe reconocerse que el Gobierno nacional ha venido adelantando en los últimos años una gestión encaminada a la mejora del sistema; sin embargo, no ha sido implementada y por tanto se mantienen las fallas del sistema de contratación pública.

Este subcapítulo se centrará en analizar la necesidad de reforma al Estatuto de Contratación Estatal, sobre el presupuesto teórico de los elementos analizados y las recomendaciones de la OCDE²⁷⁰ a Colombia:

269 Yesmina Morales Nemez, “Estrategia de negociación integrativa: la mejor alternativa para un acuerdo exitoso” en *Aspectos contemporáneos de la negociación nacional e internacional*, ed. Adriana Zapata Giraldo (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2016), 50.

270 Organización para la Cooperación y el Desarrollo [OCDE], “Estudios económicos de la OCDE Colombia: visión general”, https://www.oecd.org/eco/surveys/Overview_Colombia_ESP.pdf (acceso octubre 11, 2017); Organización para la Cooperación y el Desarrollo [OCDE], “Recomendación del Consejo sobre contratación pública”, <https://www.oecd.org/gov/ethics/OCDE-Recomendacion-sobre-Contratacion-Publica-ES.pdf> (acceso octubre 11, 2017);

- 1) La necesidad de simplificar y unificar las normas, debido a la existencia de un extenso cuerpo normativo disperso en varias leyes, lo cual impide una comprensión sencilla y adecuada de los parámetros de la contratación estatal tanto para los compradores públicos como para los proveedores.
- 2) Evaluación y criterios de selección de los contratos, solución de conflictos en la etapa precontractual y eliminación de los conflictos de intereses.
- 3) Reformulación y análisis de los aspectos económicos del contrato estatal, sobre todo en lo referente a la materialización del equilibrio económico.

En primer lugar, frente al desorden en materia de creación de normas, lo que empezó siendo un estatuto único de contratación estatal terminó cediendo ante una tendencia caótica del Legislador, que lo dividió a tal punto que, sin una revisión minuciosa y exhaustiva, se hace casi imposible comprender y conocer todas las normas aplicables a la contratación estatal. Ello trae como consecuencia la inaplicación de las leyes y la ejecución de procesos indebidos para la celebración de contratos y el desbordamiento de competencias de los órganos insertos en los procesos de contratación estatal, en tanto con guías y jurisprudencia se han regulado, derogado y modificado aspectos de la legislación, cuya competencia corresponde a la Rama Legislativa.

Al respecto, menciona Gómez Lee²⁷¹ que para el año 2011 existían en el país aproximadamente 73 decretos regulatorios de la contratación estatal, así como un total de 161 fuentes normativas que daban lugar a más de 3.600 reglas contractuales diferentes; de ellas, treinta fueron condensadas, sin modificación alguna, en el Decreto 734 de 2012 y al menos otras nueve tienen la pretensión de regular íntegramente la materia de la que se trata, a saber: la Ley 80 de 1993, la Ley 361 de 1997, la Ley 816 de 2003, la Ley 905 de 2004, la Ley 996 de 2005, la Ley 1150 de 2007, la Ley 1450 de 2011, la Ley 1774 de 2011 y el Decreto ley 019 de 2012. Ante esta excesiva producción normativa afirma Rincón Salcedo:

[...] tanto en los aspectos puramente normativos como en los prácticos, encontramos que los instrumentos establecidos para regular el ejercicio de la actividad contractual del Estado conforman una maraña de actividades que material y formalmente contri-

Colombia compra eficiente, "Colombia ha hecho de la compra pública un sistema más eficiente: OCDE", <https://www.colombiacompra.gov.co/sala-de-prensa/comunicados/colombia-ha-hecho-de-la-compra-publica-un-sistema-mas-eficienteocde> (acceso octubre 12, 2017).

271 Iván Darío Gómez Lee, *El derecho de la contratación pública en Colombia* (Bogotá: Legis, 2011), 856.

buyen, no solo a aumentar los niveles de corrupción, sino adicionalmente a la parálisis del sistema. De allí que podamos afirmar la existencia de una disfuncionalidad tanto normativa como operativa al interior de la contratación pública, que sin duda alguna redundará en una directa afectación al ciudadano como único destinatario de la actividad administrativa.

Lo anterior por cuanto no solo las normas que regulan la materia por la vía, entre otras, de la violación sistemática del principio de unidad legislativa y de la excesiva reglamentación, han aumentado la complejidad en la comprensión de las normas y en particular la complejidad en la aplicación de las mismas, sino que, a su vez, la intromisión por parte de los organismos de control en decisiones de carácter gerencial y su inadecuada tendencia a “legislar” en materia de contratación, están llevando a que para los funcionarios sea simplemente imposible entender, en el día a día, como se le da correcta aplicación a las múltiples disposiciones referentes a la contratación. Lo que en definitiva deja en evidencia que el régimen de la contratación pública colombiana, opera en contravía de los postulados más modernos del derecho administrativo, de acuerdo con los cuales la renovación de la administración pública debe estar encaminada a establecer procedimientos eficientes que puedan ser medidos con un criterio de resultado y en los que, se insiste, el único destinatario de la actuación administrativa sea el ciudadano, pues este se considera “el propietario” de dicha administración.²⁷²

Esto exige que el Congreso de la República legisle un nuevo estatuto de contratación estatal que no solo recoja y sintetice todas las disposiciones normativas, sino que las simplifique y defina lineamientos particulares para la generalidad de los contratos, así como excepciones claras y regladas para su aplicación, en tanto:

[...] el fracaso de las tentativas por reformar a cuentagotas y con absoluto irrespeto por el principio de unidad y coherencia legislativa redundará en un inadecuado ejercicio de la actividad contractual y en un correlativo e imposible ejercicio de una actividad seria y coherente de control contractual, que permita no solo reducir los niveles de corrupción, sino, particularmente, generar eficiencia en los mecanismos de contratación pública.²⁷³

Vallejo aduce que el modelo de Estado regulador ha tenido un tránsito que conlleva a reivindicar y reafirmar derechos y libertades de los asociados que,

272 Javier Rincón Salcedo, “Del ‘descontrol’ de la producción normativa en materia de contratación pública en Colombia”, *Vniversitas*, núm. 125 (2012): 323-324.

273 Rincón Salcedo, “Del ‘descontrol’ de la producción normativa en materia de contratación pública en Colombia”, 336.

como productos de la Revolución francesa, se enmarcan el Estado gendarme y en la Declaración de los derechos del hombre; estos se caracterizaron por surgir en una época de crecimiento de la industria y el cuestionamiento que trajo consigo a la explotación económica. El Estado cambia de paradigma hacia un modelo intervencionista pensado en la satisfacción de las necesidades básicas, pero entra en “crisis en razón a la sostenibilidad fiscal”²⁷⁴ y da paso a un modelo regulador enfocado en la vigilancia económica como gestor y prestador de servicios públicos y la privatización y la desregulación son sus características principales y distintivas.

Por su parte, a partir del punto de vista económico y en concordancia con la planteado por Gorbaneff y Cabarcas.

La contratación pública en Colombia es conflictiva, poco eficaz y eficiente; con frecuencia, causa daño patrimonial al Estado. El mecanismo del daño es doble. La vía más común es que los empleados públicos, responsables de la contratación, causan el daño antijurídico a los contratistas por la negligencia, el desconocimiento de las normas o debido a la rigidez de las mismas. Los contratistas, víctimas del daño antijurídico, demandan al Estado, que es condenado y se ve obligado a pagar [...]. La segunda vía, por la cual ocurre el detrimento patrimonial del Estado, es la corrupción, un complejo fenómeno que abarca una gama de las conductas antisociales. Es una transacción entre un agente público y un agente privado, mediante la cual el primero obtiene del segundo un beneficio particular ilícito, pecuniario o no pecuniario, a cambio de un “servicio” público privilegiado.²⁷⁵

Además, la contratación estatal es ineficiente, en tanto los costos de transacción se elevan sobremanera como resultado de la oferta artificialmente baja, las conductas contrarias a la ley y la celebración de contratos imperfectos. Siendo relevantes para el caso de la contratación estatal:

[...] los costos de transacción *ex ante*, quiere decir los costos de la negociación del contrato, la formulación de las contingencias y las responsabilidades de los agentes y los costos de transacción *ex post*, es decir, los costos que surgen como consecuencia

274 Vallejo Almeida, “El procedimiento de formación de voluntad de la Administración y su responsabilidad patrimonial en el marco de la contratación estatal”, 17.

275 Yuri Gorbaneff y Gina Cabarcas, “Equilibrio económico y la contratación pública en Colombia”, *Revista de Derecho*, núm. 31 (2009): 67-91.

del oportunismo de los agentes y de la renegociación, del establecimiento del mecanismo de arbitraje y de la imposición de los acuerdos.²⁷⁶

Ahora bien, en términos contractuales, el Estado se asemeja a una empresa encaminada a reducir los costos de prestación de un servicio y del cumplimiento de sus obligaciones por medio de la celebración de contratos, los cuales poseen un alto costo de transacción en tanto contratos incompletos, entendidos como aquellos que presentan una o más lagunas en su contenido.²⁷⁷ Acerca de la elección del mejor proponente, es posible afirmar desde el análisis económico de la norma que:

Cuando la Ley 80 de 1993 manda hacer la escogencia del mejor proponente, se basa en la teoría económica clásica. Esta teoría entra en contradicción con la realidad y la realidad prevalece. Esta prevalencia se expresa en forma del reconocimiento de la necesidad de la renegociación de los términos del contrato y el restablecimiento de la famosa “ecuación económica”. Resultado es una mezcla teórica, que no es deseable en una ley, porque dificulta su interpretación y aplicación y, además, plantea incentivos equivocados ante los contratistas.²⁷⁸

De allí que al ofrecer la ley un único “tipo” o modelo de contratación, el contrato obtenido —al menos en materia de obras— se perciba como uno incompleto.

La ley ofrece un contrato único, que es uno incompleto con los términos más importantes sujetos a la renegociación. El hecho de ofrecer sólo un grado de completitud contractual le ata las manos al gobierno y lo condena a unos resultados subóptimos. La ley de esta manera entra en la contradicción con la teoría económica neoinstitucional, que sugiere la multiplicidad de tipos de contrato según la complejidad ambiental y el oportunismo. La ley debería prever una gama de contratos tipo, jerarquizados según su grado de la completitud.²⁷⁹

Por su parte, los programas contra la corrupción se basan en una lógica de costos-beneficios y se enfocan en cuatro mecanismos: “1. Reducir el número de transacciones en las cuales participan los funcionarios públicos, 2. Reducir los

276 Yuri Gorbaneff, “La Ley 80 y la teoría económica”, *Vniversitas*, núm. 105 (2003): 28-29.

277 Marco Farina, “Integración del contrato ‘incompleto’ en el ordenamiento italiano”, *Revista de Derecho Privado*, núm. 29 (2015): 113-139.

278 Yuri Gorbaneff, “Problemas teóricos en la contratación pública en Colombia”, *Cuadernos de Administración* 16, núm. 25 (2003): 106.

279 Gorbaneff, “Problemas teóricos en la contratación pública en Colombia”, 106.

beneficios derivados de cada transacción corrupta, 3. Elevar la posibilidad de ser penalizado, y 4. Elevar las penas para corrupción”²⁸⁰.

Sin embargo, se critica la atención que surge entre el incremento del monto de la sanción y la posibilidad de que sea impuesta, en tanto una mayor pena pecuniaria tiene como resultado implícito el desvío de recursos hacia la persecución de los infractores y, por tanto, una disminución en términos de eficiencia del efecto de disuasión de la conducta perseguida.²⁸¹

A ello se añade la participación de la sociedad civil en el control a dicha conducta, pues mediante los mecanismos de participación:

Las organizaciones ciudadanas pueden ser una herramienta poderosa para supervisar y atender los intereses públicos, es decir, los intereses comunes de la sociedad en general y no los de grupos que tradicionalmente ejercen influencias, especialmente sobre la base del poder económico. El desarrollo tecnológico, a través de la facilitación y mejoramiento de las comunicaciones en ambientes interconectados permite que los ciudadanos comunes y sus instituciones libres puedan vincularse, intercambiar información y contribuir a conocer mucho más acerca de decisiones que antes estaban totalmente ocultas o con datos escasos y contradictorios. En este sentido la sociedad civil e incluso los ciudadanos individuales cuentan en el presente con instrumentos de monitoreo que ayudan a transparentar la actividad del Estado. Seguramente en el futuro las organizaciones de la sociedad civil serán aún más activas y podrán contribuir a mejorar la calidad ética de las acciones de Gobierno y de los privados en su dimensión pública.²⁸²

Respecto a las formas para eliminar las problemáticas implícitas de la contratación estatal, plantean Gorbaneff y Cabarcas:

El sistema legal no fue suficiente para controlar las causas del daño antijurídico ni para hacer eficiente la contratación pública porque la contratación pública transcurre en un ambiente institucional que se caracteriza por los altos costos de transacción,

280 Édgar Enrique Martínez Cárdenas y Juan Manuel Ramírez Mora, “La corrupción y los costos de transacción. Una mirada desde la contratación estatal colombiana”, *Cuadernos de Administración*, núm. 33 (2005): 55.

281 Jesús María Silva Sánchez, “Eficiencia y derecho penal”, *Anuario de derecho penal y ciencias penales ADPCP XII*, núm. 1 (1996): 93-127; Íñigo Urbina Gimeno, “Análisis económico del derecho y política criminal”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, núm. extra 2 (2004): 31-74.

282 Édgar Enrique Martínez Cárdenas y Juan Manuel Ramírez Mora, “La corrupción en la contratación estatal colombiana. Una aproximación desde el neoinstitucionalismo”, *Reflexión política* 8, núm. 15 (2006): 161.

que cuando se aplican a los acuerdos típicos en la contratación pública, los hace incompletos, pues esto dificulta la imposición del mismo contrato.²⁸³

Tal situación se ve agravada por la implementación del principio del equilibrio económico contractual, con origen normativo en la Ley 80 de 1993, en tanto incrementa la contratación inacabada y la aparición de una oferta artificialmente baja, lo que dificulta la utilización de los incentivos económicos para diezmar el oportunismo y alcanzar la eficiencia contractual.²⁸⁴

Por último, los requisitos habilitantes económicos y financieros para la contratación son ineficientes para el cumplimiento de los fines estatales, pues no están encaminados a determinar al mejor proponente en términos de asumir las posibles contingencias derivadas del objeto contractual, sino solo a indicar si los proponentes cumplen unos requisitos mínimos. De allí que tampoco sea eficiente la mera valoración del precio de la propuesta para definir la mejor entre estas, puesto que es necesario formular una política pública encaminada a obtener un mayor beneficio económico en cada contrato, lo cual se traduce en:

[La] obtención de mayor eficiencia, eficacia y economía. Eficiencia: relacionada con los costos de adquisición del producto (recursos administrativos, costos asociados a la transacción, tiempo, etc.). Eficacia: relación entre la necesidad y el producto adquirido para satisfacer esa necesidad. Economía: costo de comprar y usar el producto durante todo el ciclo de su vida útil (incluidos los costos de consumibles y de disposición final). No es solamente precio.

La política y la regulación deben estar orientadas a la efectividad del gasto. Las formas contractuales deben estar alineadas con el tipo de bienes y servicios a adquirir, las necesidades de las Entidades Estatales y la eficiencia en el gasto. La gestión de compras debe estar atada al desempeño de las Entidades Estatales, al cumplimiento de sus metas y de los fines del Estado. La rendición de cuentas debe estar basada en el desempeño de la Entidad Estatal. El esquema de coordinación central debe permitir conocer y coordinar la actividad de los compradores públicos, consolidar información y mejorar la posición negociadora del Estado.²⁸⁵

.....
283 Gorbaneff y Cabarcas, "Equilibrio económico y la contratación pública en Colombia", 70.

284 Gorbaneff y Cabarcas, "Equilibrio económico y la contratación pública en Colombia", 67-91.

285 Gloria Marcela Pineda Jaimés, "¿Qué tan eficientes son los requisitos habilitantes económicos y financieros en los procesos de contratación estatal?" (tesis de Especialización, Universidad Militar Nueva Granada, 2015), 19.