



# Elementos y presupuestos de la contratación estatal

Martha Lucía Bahamón Jara

**PÚBLICO 26**

IUS-Público es la colección que presenta los resultados de investigación, reflexión y análisis sobre las problemáticas del Derecho Público actual; propicia y abre espacios para la consulta, la discusión y la divulgación de los aspectos que afectan a nuestra sociedad en lo pertinente al Derecho TIC, el Derecho Internacional, el Derecho Constitucional o el Derecho Administrativo.

De esta manera, y en reconocimiento de la importancia de las transformaciones en el Derecho Público, la Universidad Católica de Colombia pone a disposición de la comunidad educativa y de la sociedad en general esta colección, con la convicción de contribuir al debate y la mejora del sector público a escala nacional e internacional.

#### OTROS TÍTULOS DE LA COLECCIÓN

- Derecho y Big Data
- Responsabilidad internacional y protección ambiental
- Acceso al Sistema Interamericano de Derechos Humanos
- El acto administrativo en los procesos y procedimientos
- La inversión extranjera directa: estudio de casos y lecciones aprendidas para su aplicación en Colombia

## Martha Lucía Bahamón Jara

Abogada de la Universidad Libre de Colombia, especialista en Derecho Administrativo de la Universidad Santo Tomás y magíster en Defensa de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario ante organismos, cortes y tribunales internacionales de la misma casa de estudios. Exvicerrectora Académica de la Universidad Militar Nueva Granada (2009-2015). Directora de la Maestría en Relaciones y negocios internacionales (2016-2017). Directora de Posgrados de la Facultad de Relaciones internacionales, estrategia y seguridad (2018). Docente de tiempo completo de carrera de la misma institución. Asesora y consultora en procesos de gestión, planeación, liderazgo y gobernanza, con experiencia en procesos de alta calidad de programas académicos de instituciones de educación superior. Par en el Consejo Nacional de Acreditación (CNA), docente investigadora de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Colombia (2017). Correspondencia: [marthalucia.bahamonjara@gmail.com](mailto:marthalucia.bahamonjara@gmail.com)

Martha Lucía Bahamón Jara

# Elementos y presupuestos de la contratación estatal

**B**  
**PÚBLICO 26**



**UNIVERSIDAD CATÓLICA**  
de Colombia  
Vigilada Mineducación

Bahamón Jara, Martha Lucía  
Elementos y presupuestos de la contratación estatal / Martha Lucía Bahamón Jara. –  
Bogotá: Universidad Católica de Colombia, 2018  
130 páginas; 17x24 cm. – (Colección Jus Público ; no. 26 )

ISBN: 978-958-5456-22-8 (impreso)  
978-958-5456-23-5 (digital)

I. Título II. Serie

1. Administración pública 2. Contratos administrativos 3. Derecho administrativo

Dewey 352.53. ed. 21

### **Proceso de arbitraje**

1er concepto

Evaluación: 28 de enero de 2018

2do concepto

Evaluación: 13 de febrero de 2018

© Universidad Católica de Colombia

© Martha Lucía Bahamón Jara

Primera edición, Bogotá, D. C.

Junio de 2018

#### *Dirección Editorial*

Stella Valbuena García

#### *Coordinación Editorial*

María Paula Godoy Casasbuenas

#### *Corrección de estilo*

Gabriela de la Parra M.

#### *Diseño de colección*

Juanita Isaza

#### *Diagramación*

Mauricio Salamanca

#### *Publicación digital*

Hipertexto Ltda.

www.hipertexto.com.co

Bogotá, D. C., Colombia

#### *Impresión*

Xpress Estudio Gráfico y Digital S. A.

Bogotá, D. C., Colombia

#### Cómo citar esta obra

En APA:

Bahamón Jara, M. L. (2018). *Elementos y presupuestos de la contratación estatal*. Bogotá: Editorial Universidad Católica de Colombia.

En Chicago:

Bahamón Jara, Martha Lucía. *Elementos y presupuestos de la contratación estatal*. Bogotá: Editorial Universidad Católica de Colombia, 2018.

#### **Facultad de Derecho**

Carrera 13 N°. 47-49

Bogotá, D. C.

derecho@ucatolica.edu.co

#### **Editorial**

Universidad Católica de Colombia

Av. Caracas 46-72, piso 5

Bogotá, D. C.

editorial@ucatolica.edu.co

www.ucatolica.edu.co

Todos los derechos reservados. Esta publicación no puede ser reproducida ni total ni parcialmente o transmitida por un sistema de recuperación de información, en ninguna forma ni por ningún medio, sin el permiso previo del editor.

Hecho el depósito legal

© Derechos reservados



**UNIVERSIDAD CATÓLICA**  
de Colombia  
Vigilada Mineducación

**Facultad de Derecho**

**Grupo de investigación**  
Derecho público y TIC, G-TICCY

**Línea de investigación**  
Derecho administrativo

**Proyecto de investigación**  
Transformaciones del derecho público en la actualidad, fase 2



## Resumen

El derecho de la contratación estatal constituye desde hace algunos años un importante campo de estudio al interior de la Doctrina y Jurisprudencia propia del derecho administrativo. Este, tiene su génesis teórica en el derecho de los contratos del derecho privado y, sin embargo, se ha separado de este a tal punto que ha roto con la tradicional autonomía de la voluntad de aquellos para dar lugar a una relación contractual supeditada a principios de orden público al interior de la cual, se otorga a la administración una serie de facultades exorbitantes o extraordinarias que excluye, toda posibilidad, de igualdad entre las partes contratantes.

La celebración de contratos administrativos, en concordancia con los mandatos constitucionales, tiene como principal causa la satisfacción de las necesidades colectivas y de interés general, conllevando a afirmar que el objeto de su celebración sea el cumplimiento mismo de los fines estatales, la prestación de servicios garantía y materialización de los derechos constitucionales de los particulares, siendo por tanto un medio para el cumplimiento de un fin de interés general, susceptible de ser realizado mediante la aplicación del Estatuto de Contratación Estatal y demás normas concordantes.

Están supeditados en la práctica a restricciones y limitaciones, tal como los procesos de selección, cuya finalidad es limitar la indebida utilización de los recursos públicos en beneficio de los particulares, así como disminuir los índices de corrupción y la percepción de la misma al interior de la opinión pública.

### *Palabras clave*

Derecho administrativo, contratación estatal, principios, procesos de selección, clases de contrato, resolución de conflicto, orden jurídico internacional, reforma estatutaria.

## **Abstract**

For some time, the law of state contracting has been an important area of study within the doctrine and jurisprudence of administrative law. This area of the law has its theoretical roots in the contract law of private law, but, nonetheless, has distanced itself from the former such that it has broken with the traditional free will of the parties. The principle of free will has instead given way to a contractual relationship subordinated to principles of public order, in which the administration is granted a series of enormous or extraordinary powers that exclude any possibility of equality between the contracting parties.

In accordance with constitutional mandates, the celebration of administrative contracts is to satisfy collective needs and those of the general interest. This implies that the object of the contract is the fulfillment of state purposes, the provision of services, and the guarantee and materialization of the constitutional rights of individuals. Thus, the contract is a means for the fulfillment of a goal of general interest, which is capable of realization through the application of the Statute of State Contracting and other concordant laws.

In practice, these contracts are subject to restrictions and limitations, such as selection processes, the goal of which is to limit the undue use of public resources to the benefit of particulars, thus reducing levels of corruption and the perception of corruption among the public.

### *Key words*

Administrative law, State contracting, principles, selection processes, types of contracts, conflict resolution, international legal order, statutory reform.



## CONTENIDO

<b>Prólogo</b> .....	9
<b>Introducción</b> .....	11
<b>Capítulo 1. Contratación estatal</b> .....	15
Principios de la contratación pública .....	17
Algunos aspectos del contrato estatal y sus particularidades en el derecho administrativo .....	26
<b>Capítulo 2. Aspectos básicos aplicables a los procesos de selección</b> .....	43
Licitación pública .....	47
Selección abreviada .....	55
Concurso de méritos .....	58
Mínima cuantía .....	61
Contratación directa .....	62
Contratación pública electrónica .....	68
<b>Capítulo 3. Consideraciones en torno a los principales contratos públicos e instrumentos de resolución de conflictos derivados de su ejecución</b> .....	71
Obra pública .....	73
Contrato de concesión .....	76
Prestación de servicios .....	80
Contrato de consultoría .....	83
Controversias contractuales .....	83
Algunos mecanismos constitucionales para la solución de problemas jurídicos en el marco de la contratación estatal .....	87

Arbitraje .....	92
Liquidación del contrato estatal .....	97
<b>Capítulo 4. Análisis de la normatividad en contratación pública .....</b>	<b>101</b>
Reconocimiento de un orden jurídico internacional en materia contractual.....	107
Necesidad de reforma al Estatuto de Contratación .....	112
<b>Bibliografía .....</b>	<b>119</b>

## PRÓLOGO

En el presente libro, la profesora Martha Lucía Bahamón Jara ha pretendido contextualizar a la comunidad académica en lo relacionado con las temáticas esenciales que componen la contratación estatal colombiana, en razón a que son estas las que han generado, en no pocos casos, demandas por controversias contractuales ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, por acciones u omisiones de cualquiera de las partes que componen el contrato estatal.

Este producto de investigación es resultado de su experiencia profesional, pues con acuciosidad se ha convertido en una experta en procesos de acreditación y de aseguramiento de la calidad en varias universidades del país y ha apoyado la creación de programas académicos y la renovación de registros calificados de pregrado y posgrado.

Este libro se convierte no solo en un estudio de los temas fundamentales de los contratos estatales, sino también en una herramienta útil para los estudiantes de pregrado y posgrado que quieran contextualizar problemas jurídicos y de investigación en los asuntos propios de la contratación estatal, motivo por el cual animamos a estudiantes, docentes, litigantes e investigadores a la lectura juiciosa de las líneas que se desarrollarán a continuación.

Mis más profundos sentimientos de consideración y estima a la doctora Martha Bahamón y mis mejores augurios para este libro, que muy seguramente en pocos meses contará con una segunda parte por el interés y el impacto que tendrá en la comunidad académica

Carolina Blanco Alvarado  
PhD en Derecho, Universidad Santo Tomás, sede Bogotá



## INTRODUCCIÓN

El derecho de la contratación estatal constituye desde hace algunos años un importante campo de estudio para la doctrina y la jurisprudencia propia del derecho administrativo. Tiene su génesis teórica en el derecho de los contratos del derecho privado y, sin embargo, se ha separado de este a tal punto, que ha roto con la tradicional autonomía de la voluntad de aquellos para dar lugar a una relación contractual supeditada a principios de orden público en la cual se otorga a la Administración una serie de facultades exorbitantes o extraordinarias que excluye toda posibilidad de igualdad entre las partes contratantes.

En concordancia con los mandatos constitucionales, la celebración de contratos administrativos tiene como principal causa “la satisfacción de las necesidades colectivas y de interés general a cuyo logro deben colaborar quienes contratan con la administración, no obstante que pretendan obtener con su ejecución un beneficio económico inicialmente calculado”.<sup>1</sup> El pronunciamiento del Consejo de Estado lleva a afirmar que el objeto de la celebración es el cumplimiento mismo de los propósitos estatales, la prestación de servicios, la garantía y la materialización de los derechos constitucionales de los particulares; por tanto, es un medio para lograr un fin de interés general, susceptible de ser realizado mediante la aplicación del Estatuto de contratación estatal (Ley 80 de 1993) y de las demás normas concordantes.

.....  
<sup>1</sup> Colombia, Consejo de Estado, *Radicado 25000-23-26-000-1997-04390-01 (18080)*, *Sentencia de 31 de agosto de 2011*, M. P. Ruth Stella Correa Palacio.

Estos tienden a estar supeditados en la práctica a una serie de restricciones como los procesos de selección, que tienen como finalidad limitar la indebida utilización de los recursos públicos en beneficio de los particulares y disminuir los índices de corrupción y su percepción por la opinión pública.

Con el presente trabajo se pretende determinar si las instituciones contractuales existentes en materia de contratación estatal son eficientes o si es necesario modificarlas y unificarlas de acuerdo con lo recomendado por la OCDE. En este orden de ideas, el objetivo general es evidenciar temáticas de interés sobre la contratación estatal colombiana que a la fecha han originado debates en la comunidad académica. Lo anterior supuso para la autora la tarea de conocer la norma jurídica propia del derecho de los contratos estatales y estudiar los problemas que suscita su aplicación, sus contradicciones, deficiencias y omisiones.

Toda investigación científica en el ámbito de la ciencia jurídica ha de responder a las exigencias de un método científico; por eso, el presente documento contó con un proceso técnico que refleja un trabajo de síntesis, en razón a que se trató de poner de manifiesto la totalidad de las principales temáticas de los contratos estatales y sus partes esenciales. Se adelantó una investigación cualitativa, en aras de obtener una comprensión profunda de los principales significados de las figuras jurídicas que componen la contratación estatal. En concordancia con lo anterior, se siguió un modelo descriptivo para especificar aspectos de coyuntura de la contratación estatal colombiana, de conformidad con un análisis jurídico que se circunscribió a la reflexión en el marco doctrinal y normativo del derecho interno en la contratación estatal colombiana.

En términos metodológicos, el presente trabajo parte de una revisión sistemática de la jurisprudencia, la doctrina y la normatividad, para determinar el contenido de los contratos estatales, sus elementos, requisitos, clases y formas de control y analizar la institución misma de los contratos administrativos con la finalidad de identificar las modificaciones necesarias para mejorar su funcionamiento.

La Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Colombia ha jalonado una serie de libros producto de los grupos de investigación —en este caso, del grupo Derecho Público y TIC, en la línea de derecho administrativo. Personas, instituciones y exigencias de justicia, en el marco de la fase 1 del proyecto “Grandes transformaciones del derecho”—.

Junto con este libro, resultado de la investigación que lleva por título “Contratación estatal: presupuestos teóricos, eficiencia y necesidad de reforma”, se publicaron otros textos, entre ellos, *Derecho público en el siglo XXI. Regulación del mercado, contratación pública y derechos humanos*, el cual plasma las materias que tienen una reglamentación autónoma frente al proceso de formación de la voluntad administrativa en el momento de la contratación pública, en particular en la celebración de contratos; asimismo, hace mención especial a las modalidades de selección de las que dispone la Administración para celebrar sus negocios.

Por su parte, *El derecho a la buena administración electrónica* plasma las bases y los fundamentos del derecho frente a la transparencia de los medios electrónicos como elemento esencial de la buena administración del Gobierno, enriquecedor en los campos del derecho y las TIC en cumplimiento de sus fines.

En esta misma línea se publicó *La responsabilidad del Estado por la utilización de las tecnologías de la información y la comunicación (TIC)*, centrado en crear un marco de comprensión del fenómeno de la responsabilidad estatal en la violación de derechos relacionados con la aplicación de las TIC. Se trata de comprender desde el mundo jurídico cómo las TIC crean, afectan y modifican los derroteros tradicionales de los derechos.

En el marco de la contratación estatal, aporta al desarrollo de la productividad investigativa el libro *Fundamentos contemporáneos del derecho público. Transformaciones necesarias*, el cual abarca temáticas de derecho administrativo y constitucional, en particular del procedimiento de la voluntad de la Administración y su responsabilidad patrimonial como consecuencia de la elaboración de los mecanismos necesarios para celebrar, perfeccionar, ejecutar y liquidar el acuerdo de voluntades.

*Transparencia y buen gobierno, una perspectiva desde los derechos humanos y las obligaciones de los gobiernos locales* parte del debate que suscita la legitimidad, el buen gobierno, la transparencia y el gobierno abierto, la política pública, el marco normativo, los derechos, la ley de transparencia, los principios, las obligaciones de las regiones y las localidades frente a los derechos humanos en un modelo de organización administrativa descentralizado, las estrategias de implementación de las obligaciones del derecho de acceso a la información pública, la transparencia y, por último, el derecho disciplinario y el derecho penal frente a las obligaciones de protección y promoción de los derechos.





La contratación estatal tiene como propósito la regulación de todos los procedimientos adelantados por las entidades estatales para la satisfacción y cumplimiento de los fines misionales del Estado mediante la celebración de un contrato, el cual, de acuerdo con la Ley 80 de 1993, no solo debe cumplir con los requisitos de existencia y validez de todo contrato establecidos en el Artículo 1502 del Código Civil, sino también con una serie de particularidades que conllevan a su configuración como un contrato de la Administración, a saber:

- La ejecución de una obra, la prestación de un servicio público o cualquier otra contraprestación cuyo objetivo sea el fomento de los intereses o la satisfacción de las necesidades de la población como objeto del contrato.<sup>2</sup>
- Para que un contrato devenga en administrativo, debe comprender la participación de un órgano estatal o de un ente de carácter público en ejercicio de la función administrativa.
- El contrato debe ser por naturaleza adhesivo, sea por la existencia de un contrato macro o por la limitación de las condiciones y los requisitos por parte de la Administración, como resultado de la elaboración unilateral de las cláusulas contractuales por el Estado.

.....  
2 Colombia, Congreso de la República, *Ley 489 de 1998*, "Por la cual se dictan normas sobre la organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional, se expiden las disposiciones, principios y reglas generales para el ejercicio de las atribuciones previstas en los numerales 15 y 16 del artículo 189 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones" (Bogotá: *Diario Oficial* No. 43.464, 30 de diciembre de 1998), art. 4.

- La existencia de prerrogativas especiales de la Administración que, si bien se encuentran delimitadas en su alcance por la constitucionalización del derecho administrativo, subordinan al interés público los principios de la contratación privada como la autonomía de la voluntad y la igualdad de las partes.<sup>3</sup>

Tras verificar las particularidades anteriores se predica la existencia de un contrato administrativo. Además, es pertinente aclarar la diferencia entre convenios y contratos de la Administración, en tanto es posible apreciar con regularidad un uso como sinónimo de ambos términos, cuando en realidad no lo son. Mientras en el contrato se presenta una contraposición de intereses, el convenio despliega una serie de objetivos comunes en relación con los cuales se celebra; de igual manera, la ejecución contractual implica prestaciones recíprocas, pero con el convenio lo que se presenta es una colaboración distributiva de actividades para el cumplimiento de un fin. En el contrato existe una remuneración pactada, es decir, tiene una naturaleza onerosa, mas en el convenio esta se encuentra ausente, en tanto no hay subordinación o prestación de un servicio que deba ser retribuida.<sup>4</sup> En consecuencia, el contrato estatal corresponde a un acto jurídico bilateral, que conlleva un acuerdo de voluntades en el que una de las partes es una entidad pública y el convenio supone un acuerdo de voluntades que obedece a una finalidad específica de colaboración, con un interés común diferente a la simple contraprestación propia del contrato.

Con la finalidad de hacer un cabal abordaje del tema de los contratos de la Administración pública como instituciones de derecho, el presente acápite se divide en cuatro apartes con los cuales se pretende mostrar al lector los principios que rigen la contratación estatal, sus elementos, sus principales especies y los mecanismos de control sobre ellos, así como la posibilidad de cesión y la forma de su liquidación.

.....  
3 Pablo Leiza Zunino, *Contratos de la Administración pública: teoría, principios y aplicación práctica* (Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2012), 730.

4 José Vicente Blanco Restrepo, "Los convenios de colaboración: una modalidad de actuación de la administración que no se encuentra sometida a la Ley 80 de 1993", *Revista Universidad Católica de Oriente*, núm. 19 (2005): 139-150.

## Principios de la contratación pública

De acuerdo con el Artículo 209 de la Constitución Política y los postulados de la Ley 80 de 1993, la contratación pública tiene como principales principios: transparencia, economía, buena fe, publicidad, debido proceso y responsabilidad, en concordancia con los postulados que rigen la función administrativa;<sup>5</sup> conmutatividad;<sup>6</sup> equilibrio económico del contrato;<sup>7</sup> planeación<sup>8</sup> y selección objetiva.<sup>9</sup> Respecto a estos ha afirmado la Corte Constitucional:

Dada la evolución en materia de contratación pública y de las condiciones bajo las cuales los particulares contratan con el Estado, ya no se está ante reglas que buscan morigerar el poder exorbitante del Estado, sino ante reglas que pretenden satisfacer los principios que orientan la función administrativa, previstos en el artículo 209 de la Carta (igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad), y que imponen a las Entidades Estatales asegurar el cumplimiento de tales principios en los contratos que celebran.<sup>10</sup>

El principio de publicidad en el marco de los contratos estatales supone el conocimiento oportuno y efectivo de los actos jurídicos que la entidad pública contratante emita en los períodos de selección, ejecución y liquidación contractual. Los avances de las tecnologías de la información y la comunicación (TIC)<sup>11</sup> han permitido que el Estado introduzca el uso de la Internet como instrumento

5 Colombia, Congreso de la República, *Ley 80 de 1993*, "Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública" (Bogotá: *Diario Oficial* No. 41.094, 28 de octubre de 1993), arts. 23 y ss.

6 Colombia, Congreso de la República, *Ley 80 de 1993*, art. 28.

7 Colombia, Congreso de la República, *Ley 80 de 1993*, art. 3, art. 4, num. 3, art. 5, num. 1 y 27.

8 Colombia, Congreso de la República, *Ley 1474 de 2011*, "Por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública" (Bogotá: *Diario Oficial* No. 48.128, 12 de julio de 2011), art. 10; Colombia, Presidencia de la República, *Decreto 1510 de 2013*, "Por el cual se reglamenta el sistema de compras y contratación pública" (Bogotá: *Diario Oficial* No. 48.854, 17 de julio de 2013), art. 5, derogado parcialmente por el Decreto 1081 de 2015 y modificado por el Decreto 1275 de 2015, modificado por el Decreto 1609 de 2015, modificado por el Decreto 124 de 2016.

9 Colombia, Congreso de la República, *Ley 1150 de 2007*, "Por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993 y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con recursos públicos" (Bogotá: *Diario Oficial* No. 46.691, 16 de julio de 2007), art. 5.

10 Colombia, Corte Constitucional, *Sentencia C-713 de 7 de octubre de 2009*, M. P. María Victoria Calle Correa.

11 Las TIC "tienen la potencialidad de acercar a la ciudadanía, al Estado y al gobierno mismo. En esta medida pueden maximizar la transparencia, horizontabilidad e interactividad entre administradores y administrados". Jairo Becerra et al., *La responsabilidad del Estado por la utilización de las tecnologías de la información y la comunicación (TIC)* (Bogotá: Universidad Católica de Colombia, 2015), 38.

para dar a conocer los actos jurídicos producidos por las entidades públicas contratantes en la gestión contractual. Ello ha dado lugar al fenómeno de la contratación pública por medios electrónicos, el cual pretende reemplazar las prácticas tradicionales y los procedimientos de contratación por las nuevas alternativas ofrecidas por la era digital. Al respecto, el profesor Laguado ha manifestado:

[...] desde abril de 2003 se creó como consecuencia de un propósito impulsado por la Vicepresidencia de la República, el Portal Único de Contratación, el cual se constituye en herramienta que se basa en la Internet, a través de la cual las entidades públicas carentes de infraestructura de conectividad propia, y también cualquier otra entidad que aunque cuente con dicha infraestructura quiera comprometerse con una política de mayor transparencia y lucha contra la corrupción en la contratación pública, publican información sobre sus procesos de contratación pública con base en unos formatos y unos requerimientos diseñados por el propio sistema. Así pues, la herramienta funciona como solución para las entidades pobres sin sistema propio y como multiplicador de la transparencia en el caso de las entidades que ya contaban con sus propias páginas Web y venían cumpliendo los requerimientos del decreto 2170 de 2002 y de la Directiva Presidencial 02 de 2000.<sup>12</sup>

Otro elemento orientador de la contratación estatal colombiana es el principio del debido proceso. Las etapas que conforman el procedimiento de la contratación estatal están sustentadas en ese derecho fundamental, en razón a que el Artículo 29 de la Constitución Política obliga la aplicación de un debido proceso en las actuaciones judiciales y administrativas.<sup>13</sup> Lo anterior trae como consecuencia que tanto los actos administrativos que se emitan a causa de la gestión contractual y los contratos deberán cumplir con las condiciones procedimentales

12 Roberto Laguado Giraldo, "La contratación pública electrónica en Colombia", *Vniversitas*, núm. 108 (2004): 470. La transparencia y el derecho de acceso a la información pública —en correspondencia con la ampliación democrática—, la descentralización y la política (local, regional y nacional) de derechos como marco de la transparencia desempeñan un rol importante frente a principios como el de participación y autonomía de las comunidades en un Estado social de derecho que "presenta dificultades como la corrupción, la ineficacia y la carencia de una cultura política de base". Jheison Torres Ávila, *La transparencia y el buen gobierno. Una perspectiva desde los derechos humanos y las obligaciones de los gobiernos locales* (Bogotá: Universidad Católica de Colombia, 2016), 72.

El mismo autor señala que se deben tener en cuenta: 1) el principio de soberanía expresado en los pactos firmados por los Estados; 2) las responsabilidades de todos los poderes del Estado en su promoción, respeto y garantía; 3) el respeto al principio de igualdad; 4) los mínimos que desarrolla cada derecho; 5) el reconocimiento de la autonomía de las comunidades en la formulación y ejecución de las políticas, y 6) la transferencia de medios financieros y competencias para alcanzar los objetivos. Torres Ávila, *La transparencia y el buen gobierno*, 73-77.

13 Jaime Eduardo Chaves-Villada, "El desarrollo del debido proceso en las actuaciones administrativas para la formación de contratos estatales", *Vniversitas* 64, núm. 130 (2015): 91-134.

que determinen la Constitución y la ley, dado que Colombia es un Estado social de derecho y por eso debe brindar garantías para la formación de la voluntad del Estado. Se comprende el principio del debido proceso como aquel que tiene por finalidad hacer efectivas las garantías del derecho material de las entidades públicas contratantes y de los contratistas, la toma de decisiones justas y la materialización de otros principios como la seguridad jurídica y la legalidad.

El principio de transparencia se regula con fundamento en el Artículo 24 de la Ley 80 de 1993, con importantes aportes a la expedición de la Ley 1712 de 2014, por medio de la cual se crea la Ley de transparencia y del derecho de acceso a la información pública nacional. Acerca de este, Palacios afirma:

Mediante este principio se ataca la corrupción; con él se busca garantizar la moralidad en la contratación, la imparcialidad de la Administración en la escogencia del contratista al exigir que se haga de acuerdo con unas reglas precisas, claras, completas y objetivas. En este principio se conjugan también los de igualdad, el de la publicidad, y de la libre concurrencia o competencia, que sirven de base a la forma más clara de selección del contratista, que es la licitación, pero que deben estar presentes en los otros mecanismos de selección del contratista cualquiera que sea la forma escogida, como se expresó en la exposición de motivos de la Ley, que debe existir “aun en los casos de contratación directa o urgencia.”<sup>14</sup>

El principio en cuestión no solo implica que en toda contratación estatal se escogerá de forma imparcial al contratista,<sup>15</sup> sino que se garantiza el derecho a conocer todas las actuaciones derivadas del proceso de contratación, su publicidad y los pliegos de condiciones, que deberán incluir en forma detallada los plazos y las reglas para la confección de las propuestas por parte de los oferentes. Para la Corte Constitucional, este:

[...] garantiza la imparcialidad de la administración y por consiguiente la escogencia objetiva de contratistas. La aplicación de dicho principio implica que dicha escogencia se efectúe siempre a través de licitación o concurso, salvo las excepciones previstas en la misma norma, y que en los procesos contractuales los interesados tengan oportunidad de conocer y controvertir los informes, conceptos y decisiones que se rindan o adopten, para lo cual se deben establecer etapas que permitan el cono-

14 Juan Ángel Palacio Hincapié, *La contratación de las entidades estatales* (Medellín: Librería Jurídica Sánchez, 2010), 56-57.

15 Ómar Franco Gutiérrez, *La contratación administrativa: comentarios a la Ley 80 de 1993 y sus decretos reglamentarios* (Bogotá: Gustavo Ibáñez, 2000), 184.

cimiento de dichas actuaciones y otorguen la posibilidad de expresar observaciones. En el mismo sentido, las actuaciones de las autoridades deben ser públicas y los expedientes que las contengan igualmente deben estar abiertos al público, permitiendo, en el caso de licitación, el ejercicio del derecho de que trata el artículo 273 de la Constitución Política. En virtud del mismo principio de transparencia, el artículo 24 exige que en los pliegos de condiciones o términos de referencia se indiquen los requisitos objetivos necesarios para participar en el correspondiente proceso de selección, y se definan reglas objetivas, justas, claras y completas que permitan la confección de ofrecimientos de la misma índole, aseguren una escogencia objetiva y eviten la declaratoria de desierta de la licitación o concurso. Prohíbe, además, la inclusión de condiciones y exigencias de imposible cumplimiento, y finalmente, cabe también resaltar que, como otra garantía adicional, derivada del principio de transparencia, la norma dispone que toda actuación de las autoridades, derivada de la actividad contractual, deberá ser motivada.<sup>16</sup>

La transparencia puede ser considerada como un instrumento en la esfera de lo público encaminada a la modernización burocrática y la democracia material, así como una herramienta de relegitimación frente a lo que implica la lucha contra al flagelo de la corrupción.<sup>17</sup>

Por su parte, los principios conexos de economía y planeación exigen la elaboración de estudios y de los documentos previos, así como el análisis de riesgos de acuerdo con una metodología pertinente y eficaz, el deber de planeación, la solicitud de la garantía única de cumplimiento como elemento necesario para la ejecución contractual<sup>18</sup> y la utilización de los procedimientos requeridos para la consecución de los fines estatales. Frente a lo anterior, el Consejo de Estado señaló:

El deber de planeación, en tanto manifestación del principio de economía, tiene por finalidad asegurar que todo proyecto esté precedido de los estudios de orden técnico, financiero y jurídico requeridos para determinar su viabilidad económica y técnica y

16 Colombia, Corte Constitucional, *Sentencia C-128 de 18 de febrero de 2003*, M. P. Álvaro Tafur Galvis. También puede verse Colombia, Corte Constitucional, *Sentencia C-400 de 2 de junio de 1999*, M. P. Vladimiro Naranjo Mesa.

17 Torres Ávila, *La transparencia y el buen gobierno*, 23.

18 Carlos Fernando Amaya Rodríguez, "El principio de planeación en la contratación estatal, un principio no tipificado", *Via Iuris* 20 (2016): 105-119

## •Contratación estatal•

así poder establecer la conveniencia o no del objeto a contratar, si resulta o no necesario celebrar el respectivo negocio jurídico y su adecuación a los planes de inversión.<sup>19</sup>

En la actualidad, el principio de planeación se ha materializado en el marco legal colombiano:

[...] la Entidad Estatal debe hacer durante la etapa de planeación el análisis necesario para conocer el sector relativo al objeto del Proceso de Contratación desde la perspectiva legal, comercial, financiera, organizacional, técnica, y de análisis de riesgo; y que la Entidad Estatal debe dejar constancia de este análisis en los Documentos del Proceso.<sup>20</sup>

Además, prevé:

Artículo 6. [...] la Entidad Estatal debe publicar su Plan Anual de Adquisiciones y las actualizaciones del mismo en su página web y en el Secop, en la forma que para el efecto disponga Colombia Compra Eficiente.

Artículo 7. [...] la Entidad Estatal debe actualizar el Plan Anual de Adquisiciones por lo menos una vez durante su vigencia, en la forma y la oportunidad que para el efecto disponga Colombia Compra Eficiente.<sup>21</sup>

En este sentido:

[...] la Entidad Estatal debe actualizar el Plan Anual de Adquisiciones cuando: (i) haya ajustes en los cronogramas de adquisición, valores, modalidad de selección, origen de los recursos; (ii) para incluir nuevas obras, bienes y/o servicios; (iii) excluir obras, bienes y/o servicios; o (iv) modificar el presupuesto anual de adquisiciones.<sup>22</sup>

La buena fe como principio es de raigambre constitucional y absoluto, entendido como aquel:

[...] que exige a los particulares y a las autoridades ajustar sus comportamientos a una conducta honesta, leal y conforme con las actuaciones que podrían esperarse de una “persona correcta (*vir bonus*)”. Así la buena fe presupone la existencia de rela-

19 Colombia, Consejo de Estado, *Sentencia 1999-00546 de 28 de mayo de 2012, Sección Tercera*, M. P. Ruth Stella Correa Palacio.

20 Colombia, Presidencia de la República, *Decreto 1510 de 2013*, “Por el cual se reglamenta el sistema de compras y contratación pública” (Bogotá: *Diario Oficial* No. 48.854, 17 de julio de 2013), art. 15.

21 Colombia, Presidencia de la República, *Decreto 1510 de 2013*, art. 6.

22 Colombia, Presidencia de la República, *Decreto 1510 de 2013*, art. 7.

ciones recíprocas con trascendencia jurídica, y se refiere a la “confianza, seguridad y credibilidad que otorga la palabra dada”.<sup>23</sup>

**Acerca de su aplicación directa en la contratación estatal, ha dicho la Corte Constitucional:**

[Es] oportuno destacar que a partir del fundamento constitucional al que se ha hecho mención, el mismo aparece expresamente contenido en el artículo 28 del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública —Ley 80 de 1993— que, al hacer referencia a los criterios de interpretación de las reglas contractuales, dispone: “En la interpretación de las normas sobre contratos estatales, relativas a procedimientos de selección y escogencia de contratistas y en la de las cláusulas y estipulaciones de los contratos, se tendrá en consideración los fines y los principios de que trata esta ley, los mandatos de la buena fe y la igualdad y equilibrio entre prestaciones y derechos que caracteriza a los contratos conmutativos”. El valor ético de la confianza como fundamento del contrato administrativo adquiere relevancia particular porque contribuye a humanizar las relaciones entre la Administración y el administrado. Dada la supremacía jurídica de la Administración Pública es necesario que su conducta se someta a los dictados éticos de la buena fe; por ejemplo, en los contratos administrativos, que es el objeto de esta tutela, en los que el derecho le confiere a la Administración una posición de *potentior personae*, que se manifiesta no sólo en la atribución de las potestades de modificarlo, terminarlo o interpretarlo mediante el ejercicio de la decisión unilateral y ejecutoria, sino también en otros poderes y privilegios, tales como el de control y dirección, el de imponer sanciones, etc.<sup>24</sup>

El principio de selección objetiva de los contratistas “fundamenta uno de los principales deberes de todos los responsables de la contratación estatal”<sup>25</sup> y tiene una doble naturaleza como deber-regla de conducta que orienta los procesos de selección contractual.<sup>26</sup>

[Es] un principio de la contratación estatal consagrado en el artículo 29 del estatuto, consistente en escoger el contratista que hace el ofrecimiento más favorable a la enti-

23 Colombia, Corte Constitucional, *Sentencia C-1194 de 3 de diciembre de 2008*, M. P. Rodrigo Escobar Gil.

24 Colombia, Corte Constitucional, *Sentencia T-209 de 17 de marzo de 2006*, M. P. Jaime Córdoba Triviño.

25 Colombia, Corte Constitucional, *Sentencia C-128 de 18 de febrero de 2003*.

26 Colombia, Consejo de Estado, *Sentencia 31447 de 3 de diciembre de 2007*, C. P. Ruth Stella Correa Palacio.



•Contratación estatal•

dad y a los fines que ella busca, sin tener en consideración factores de afecto o interés y, en general, cualquier clase de motivación subjetiva.<sup>27</sup>

Sin embargo, para otros autores, no constituye un principio, sino un deber jurídico claramente delimitado. Édgar González sostiene:

[...] la selección objetiva no es un principio, sino una finalidad instrumental del proceso contractual; vale recordar que el fin corresponde a la aspiración que se quiere llegar, mientras que el principio supone los pensamientos generales normativos que han orientado la labor del legislador o que prescriben que un valor o un bien jurídico debe ser realizado en la mayor medida que resulte posible.<sup>28</sup>

El Consejo de Estado afirmó que la selección objetiva:

[...] es una regla de conducta de la actividad contractual, así como un principio que orienta los procesos de selección tanto de licitación pública como de contratación directa, y un fin, pues apunta a un resultado, el cual es la escogencia de la oferta más ventajosa para los intereses colectivos perseguidos con la contratación [...]. El Legislador al definir lo que se entiende por selección objetiva, pretende regular la escogencia de la mejor oferta mediante un proceso en el que prime la transparencia, la imparcialidad e igualdad de oportunidades, ajena a consideraciones subjetivas, para lo cual juegan un papel preponderante los factores y criterios de selección que en función de la específica necesidad pública haya fijado la administración en los pliegos de condiciones. Por estas razones la consagración legal del deber de selección objetiva [se enmarca en] la institución del acto reglado. Una decisión administrativa encaja en la noción de acto reglado cuando su contenido es el único posible [debido a] la ley y los reglamentos, siendo ilegal si los desconoce.<sup>29</sup>

El principio de conmutatividad es el resultado del carácter eminentemente económico de los contratos estatales y hace posible:

[...] predicar para el mismo una regla básica e indispensable para garantizar la convivencia en la relación negocial, cual es la de la existencia de un equilibrio permanente

.....  
27 Libardo Rodríguez, *Derecho administrativo general y colombiano* (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2001), 403

28 Édgar González López, *El pliego de condiciones en la contratación estatal* (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2010), 135.

29 Colombia, Consejo de Estado, *Radicado No. 11001-03-06-000-2010-00034-00(1992)*, *Sentencia del 20 de mayo de 2010*, C. P. Enrique José Arboleda Perdomo.

entre las prestaciones y el derecho de las partes involucradas, lo que implica partir del expreso reconocimiento legal y admitir su carácter conmutativo y oneroso.<sup>30</sup>

Implica, por tanto, que se pacten entre las partes —el Estado, por un lado y los contratistas, por el otro— con fundamento en referentes objetivos los presupuestos para la comisión de éxito y el pago del contrato, de forma que se aproximen a un real equilibrio económico.<sup>31</sup>

El principio de responsabilidad conlleva que tanto los contratistas como las entidades estatales y sus funcionarios que actúen o sean parte del proceso de selección serán responsables civil, disciplinaria o penalmente, según sea el caso, por las actuaciones u omisiones que causen un perjuicio a los proponentes o contratistas, así como a los terceros incidentes. Además:

[...] impone al servidor público la rigurosa vigilancia de la ejecución del contrato, incluida la etapa precontractual, por cuanto atribuye la obligación de realizar evaluaciones objetivas sobre las propuestas presentadas, de acuerdo con los pliegos de condiciones efectuados con anterioridad. El principio de responsabilidad se encuentra en el principio de selección objetiva en virtud del cual “la oferta que sea seleccionada deberá ser aquella que haya obtenido la más alta calificación como resultado de ponderar los factores o criterios de selección establecidos en los documentos de la licitación, concurso o contratación directa” [...].<sup>32</sup>

En lo que se refiere a la justicia disciplinaria y los derechos, Torres aduce:

[...] el concepto de lo disciplinario no se funda en la idea de generar un régimen policial frente al funcionario, pero sí se trata de desarrollar dentro de la lógica del Estado social de derecho, la idea de poner límites a las acciones, no obstante de no incurrir en una acción punible, si violan los objetivos para los cuales se les otorgó el poder que ostentan.<sup>33</sup>

Por su parte, el principio del equilibrio económico contractual se encuentra consignado en la Ley 80 de 1993:

30 Jaime Orlando Santofimio Gamboa, “El carácter conmutativo y por regla general sinalagmático del contrato estatal y sus efectos respecto de la previsibilidad del riesgo y del mantenimiento de su equilibrio económico”, *Revista digital de Derecho Administrativo*, núm. 1 (2008): 13.

31 Santofimio Gamboa, “El carácter conmutativo y por regla general sinalagmático del contrato estatal”, 1-57.

32 Colombia, Consejo de Estado, *Sentencia 17767 de 31 de enero de 2011*, C. P. Olga Mélida Valle de la Hoz.

33 Torres Ávila, *La transparencia y el buen gobierno*, 105.

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. Para tales efectos, las partes suscribirán los acuerdos y pactos necesarios sobre cuantías, 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.<sup>34</sup>

#### **Al respecto, menciona la Corte Constitucional:**

La Administración Pública tiene el deber jurídico de restablecer el *sinalagma* económico del contrato y entrar a satisfacer los derechos del contratista afectado por los mayores costos, dando así aplicación a los principios constitucionales de justicia conmutativa (art. 2.º), igualdad (art. 13) y garantía de los derechos adquiridos (art. 58).<sup>35</sup>

#### **Finalmente, enuncia la Ley 1150 de 2011:**

[En] entidades estatales<sup>36</sup> 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.<sup>37</sup>

34 Colombia, Congreso de la República, *Ley 80 de 1993*, art. 27.

35 Colombia, Corte Constitucional, *Sentencia C-892 de 22 de agosto 2001*, M. P. Rodrigo Escobar Gil.

36 El Artículo 14 exceptúa de la aplicación del Estatuto estatal a las sociedades de economía mixta con un porcentaje de participación estatal inferior a 50 %; el Artículo 15 exceptúa a las entidades financieras estatales en lo referente al giro de sus actividades ordinarias y el Artículo 16, a las entidades del sector defensa: “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—”.

37 Colombia, Congreso de la República, *Ley 1150 de 2007*, art. 13.

## Algunos aspectos del contrato estatal y sus particularidades en el derecho administrativo

Por regla general, se entiende como contrato a todo acuerdo de voluntades entre dos o más personas encaminado a generar efectos jurídicos y extinguir, crear o modificar obligaciones;<sup>38</sup> de allí que se asuma el contrato administrativo como “el acuerdo de voluntades, generador de obligaciones y derechos, entre un órgano del Estado, con otro órgano administrativo o con un particular o administrado, para satisfacer necesidades públicas”.<sup>39</sup> Existe en ellos una desigualdad necesaria que resulta de la posición dominante en cabeza de la Administración, lo cual determina unas características especiales propias, a saber:

1. La desigualdad de las partes
2. La existencia de prerrogativas especiales en cabeza de la administración durante el lapso de ejecución, así como de vigencia del contrato.
3. Tener como causa, invariablemente, el cumplimiento de los fines propios de la administración.<sup>40</sup>

Los contratos estatales, al igual que los civiles y mercantiles, se componen de elementos esenciales, accidentales y de la naturaleza y, para que surtan efectos jurídicos, deben cumplirse con los esenciales, a saber: capacidad, consentimiento, objeto y causa, pues “si faltan consentimiento, y/u objeto, y/o causa y/o los demás propios de cada acto jurídico”,<sup>41</sup> el acto será considerado inexistente.

Estos deben cumplir a su vez con los elementos de validez del contrato: capacidad, consentimiento libre de vicios, objeto lícito y causa lícita, establecidos en el Artículo 1503 del Código Civil.

En el marco de la contratación estatal y dada la noción de capacidad, pueden contratar todas las entidades públicas a las que hace referencia la Ley 80 de 1993, tengan o no personería jurídica, como quiera que la misma Ley las habilita a

38 Carlos Gómez Vásquez, *Teoría del contrato* (Medellín: Universidad de Medellín, 2010), 166

39 Miguel Marienhorff, *Tratado de derecho administrativo* (Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1971), 174, citado en Claudia Esteban, “La teoría de los contratos administrativos”, [http://www.uca.edu.ar/uca/common/grupo83/files/2011\\_-\\_04\\_-\\_03\\_Esteban.pdf](http://www.uca.edu.ar/uca/common/grupo83/files/2011_-_04_-_03_Esteban.pdf) (acceso julio 17, 2017).

40 Esteban, “La teoría de los contratos administrativos”.

41 Jorge Parra Benítez, *Manual de derecho civil. Personas, familia y derecho de menores* (Medellín: Biblioteca Jurídica Diké, 1988), 31.

contratar, puesto que no les está reconociendo personería jurídica, sino capacidad para contratar, lo que en el derecho público se denomina competencia.

La capacidad es comprendida como “la aptitud de una persona para ser titular de derechos y para ejercerlos”<sup>42</sup> o, en palabras de la Corte Constitucional:

[...] la “aptitud” para ser sujeto de derechos y para ejercer plenamente la facultad de tales mediante la celebración de negocios jurídicos, la consideración que subyace a ello es la de poseer o no, y en qué grado, “...una voluntad reflexiva por el hecho de alcanzar cierta edad (mayoría), estabilidad y madurez emocional.”<sup>43</sup>

Por su parte, en la Ley 80 de 1993, la capacidad es entendida como “poder obligarse por sí misma, sin el ministerio o la autorización de otra”,<sup>44</sup> de forma libre y consiente, sin incurrir en ningún vicio en su formación. Siendo esta, susceptible de ser entendida como la voluntad efectiva de la persona en obligarse libre de vicios,<sup>45</sup> en tanto, estos suponen que “el consentimiento de las partes o de una de ellas se halla viciado hasta el punto de que puede anularse el contrato”<sup>46</sup> bien como resultado de incurrir en error, la existencia de fuerza o dolo.<sup>47</sup>

El error puede ser de tres tipos: de derecho, de hecho y común. De estos, el primero y el último carecen de la capacidad de viciar el acuerdo de voluntades: el primero porque los contratos deben ceñirse en su formación y ejecución a los parámetros normativos y el segundo, porque es fuente creadora del derecho cuando es común y reiterado.<sup>48</sup> Así las cosas, solo cuenta con la aptitud para viciar el consentimiento el error de hecho, que se divide en tres clases: el que impide la existencia del acto, el que lo hace anulable y el que permite su subsistencia.<sup>49</sup> Al respecto, el Código Civil expresa:

El error de hecho vicia el consentimiento cuando recae sobre la especie de acto o contrato que se ejecuta o celebra; como si una de las partes entendiese empréstito y

42 Alex Weill y Francois Terré, *Droit civil: les obligations* (Paris: Dalloz, 1975), 244.

43 Colombia, Corte Constitucional, *Sentencia C-534 del 24 de mayo de 2005*, M. P. Humberto Sierra Porto.

44 Colombia, Congreso de la República, *Ley 80 de 1993*, art. 1502.

45 Miguel Betancourt, *Derecho privado: categorías básicas* (Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, 1996), 586.

46 Luis Claro, *Derecho civil: obligaciones* (Santiago: Imprenta Nacional de Chile, 1986), 631.

47 Álvaro Ortiz Monsalve, *Manual de obligaciones* (Bogotá: Temis, 2013), 170.

48 Raimundo Emiliani Román, *Conferencias de obligaciones* (Bogotá: Temis, 1980), 356.

49 René Savatier, *La théorie des obligations* (Paris: Dalloz, 1967), 425.

la otra donación; o sobre la identidad de la cosa específica de que se trata, como si en el contrato de venta el vendedor entendiese vender cierta cosa determinada y el comprador entendiese comprar otra.<sup>50</sup>

**La fuerza vicia el consentimiento siempre y cuando no sea legítima o el temor producido sea reverencial. Puede ser de dos tipos:**

Física (*vis absoluta*) o moral (*vis compulsiva*). La fuerza o violencia física, consiste en toda coacción sobre la integridad y libertad material de la persona de la víctima, como pueden ser los maltratos, las torturas y el secuestro, y en ella existe ausencia total de elección en el sentido de la manifestación de la voluntad del compelido materialmente a la realización del acto; y la fuerza o violencia moral, consiste en una presión psicológica que perturba a la víctima y conduce su voluntad contractual manifestada, de manera que ella no elimina la voluntad del contratante, sino que la guía en la formación del negocio jurídico y hacia su celebración, conservando un margen de elección entre su suscripción o el riesgo de sufrir un mal amenazado; por lo general, se traduce “en las amenazas encaminadas a intimidar a la víctima y crear en su ánimo la resolución de consentir en el acto jurídico para librarse del mal con que se le conmina, como las amenazas de muerte, el secuestro de un pariente, de destrucción.”<sup>51</sup>

**Ortiz Monsalve afirma:**

Se entiende por fuerza todo desplazamiento de energía de un cuerpo hacia otro; cuando esa energía es ilegítima y se ejerce sobre una persona se transforma en violencia, la cual genera a su vez un fenómeno psicológico que es lo que conocemos como miedo: este miedo es en realidad el que induce a contratar [...] la violencia puede ser física o absoluta y moral: la violencia moral se traduce en amenazas y vicia el consentimiento. En la física no hay consentimiento y en consecuencia no existe el negocio.<sup>52</sup>

Por su parte, el dolo se entiende como una “serie de maniobras fraudulentas o reticencias provenientes de una parte a fin de engañar a la otra o a terceros y hacerles expresar su voluntad”<sup>53</sup> y se diferencia del error en tanto la discrepancia entre lo declarado y lo querido es consciente para una de las partes de la relación contractual.

50 Colombia, Congreso de la República, *Ley 57 de 1887*, “Código Civil” (Bogotá: *Diario Oficial* No. 7.019, 20 de abril de 1887), art. 1510 (en adelante, Código Civil).

51 Colombia, Consejo de Estado, *Radicado 13001-23-31-000-1998-00343-01(23605)*, *Sentencia de 26 de julio de 2012*, C. P. Danilo Rojas Betancourth.

52 Ortiz Monsalve, *Manual de obligaciones*, 63-64.

53 Ortiz Monsalve, *Manual de obligaciones*, 65.

El objeto y la causa lícita son aquellos que no están expresamente prohibidos por la ley; el objeto es lo que se adeuda como resultado de la celebración del contrato y la causa es su razón o fundamento.

Respecto a los elementos esenciales del contrato estatal o administrativo, como subcategoría de los contratos, aplican los mismos de todos los contratos, salvo algunas particularidades, pues la capacidad para contratar con el Estado no solo se encuentra viciada por las causales propias del Código Civil, sino también por el régimen de inhabilidad, entendida como:

Una limitación de la capacidad para contratar con las entidades estatales que de modo general se reconoce a las personas naturales y jurídicas, y obedecen a la falta de aptitud o a la carencia de una cualidad, calidad o requisito del sujeto que lo incapacita para poder ser parte en una relación contractual con dichas entidades, por razones vinculadas con los altos intereses públicos envueltos en las operaciones contractuales que exigen que éstas se realicen con arreglo a criterios de imparcialidad, eficacia, eficiencia, moralidad y transparencia.<sup>54</sup>

Esta ha sido definida por la Corte Suprema de Justicia como:

[Las circunstancias negativas] del individuo, el defecto o impedimento para ejercer u obtener un empleo o que le resta mérito para ejercer ciertas funciones en un cargo determinado y se traduce en la prohibición legal para desempeñarlo independientemente de otras. La constitución y la ley son los encargados de señalar esta circunstancia.<sup>55</sup>

La incompatibilidad, por otro lado, es:

[...] una prohibición dirigida al titular de una función pública a quien, por ese hecho, se le impide ocuparse de ciertas actividades o ejercer, simultáneamente, las competencias propias de la función que desempeña y las correspondientes a otros cargos o empleos, en guarda del interés superior que puede verse afectado por una indebida acumulación de funciones o por la confluencia de intereses poco conciliables y capaces, en todo caso, de afectar la imparcialidad y la independencia que deben guiar las actuaciones de quien ejerce la autoridad en nombre del Estado.<sup>56</sup>

Las incompatibilidades se encuentran contenidas en el Artículo 8 de la Ley 80 de 1993, complementada por la Ley 1150 de 2007 y la Ley 1474 de 2011.

.....  
54 Colombia, Corte Constitucional, *Sentencia C-498 de 26 de septiembre de 1996*, M. P. Antonio Barrera Carbonell.

55 Colombia, Corte Suprema de Justicia, *Sentencia No. 62, exp. 1799 de 9 de junio de 1988*, M. P. Fabio Morón Díaz.

56 Colombia, Corte Constitucional, *Sentencia C-903 de 17 de septiembre de 2008*, M. P. Jaime Araujo Rentería.

Son inhábiles frente a la participación en licitaciones y celebración de contratos estatales, por un período de cinco años como regla general, los individuos que la Constitución considera inhábiles para contratar, así como aquellos que, aun bajo estas inhabilidades, participaron en licitación alguna o celebraron contratos con el Estado. También es inhábil quien haya dado lugar a la declaratoria de caducidad de un contrato y los socios en una sociedad de personas a la cual se le haya declarado la caducidad de un contrato; el condenado penalmente a quien se le hubiera impuesto la pena accesoria de interdicción de derecho y funciones públicas, así como quien haya sido sancionado disciplinariamente con destitución —por plazo igual al de la sanción, salvo delitos contra la Administración, en cuyo caso la inhabilidad se extenderá por un período de veinte años—; quien sin justa causa se abstenga de suscribir el contrato estatal adjudicado y los servidores públicos.

También serán inhábiles para contratar, en virtud del estado civil, “quienes sean cónyuges o compañeros permanentes y quienes se encuentren dentro del segundo grado de consanguinidad o segundo de afinidad con cualquier otra persona que formalmente haya presentado propuesta para una misma licitación”,<sup>57</sup> así como las sociedades distintas de las anónimas abiertas:

[...] en las cuales el representante legal o cualquiera de sus socios tenga parentesco en segundo grado de consanguinidad o segundo de afinidad con el representante legal o con cualquiera de los socios de una sociedad que formalmente haya presentado propuesta, para una misma licitación.<sup>58</sup>

#### De igual forma, son inhábiles para contratar:

Las personas que hayan financiado campañas políticas a la Presidencia de la República, a las gobernaciones o a las alcaldías con aportes superiores al dos punto cinco por ciento (2.5%) de las sumas máximas a invertir por los candidatos en las campañas electorales en cada circunscripción electoral, quienes no podrán celebrar contratos con las entidades públicas, incluso descentralizadas, del respectivo nivel administrativo para el cual fue elegido el candidato.

La inhabilidad se extenderá por todo el período para el cual el candidato fue elegido. Esta causal también operará para las personas que se encuentren dentro del segundo grado de consanguinidad, segundo de afinidad, o primero civil de la persona que ha financiado la campaña política.

57 Colombia, Congreso de la República, *Ley 80 de 1993*, art. 8, lit. g.

58 Colombia, Congreso de la República, *Ley 80 de 1993*, art. 8, lit. h.



Esta inhabilidad comprenderá también a las sociedades existentes o que llegaren a constituirse distintas de las anónimas abiertas, en las cuales el representante legal o cualquiera de sus socios hayan financiado directamente o por interpuesta persona campañas políticas a la Presidencia de la República, a las gobernaciones y las alcaldías.<sup>59</sup>

Con base en la misma Ley, son inhábiles para contratar los interventores que incumplan el deber de entregar información relativa al incumplimiento contractual o con hechos y circunstancias que puedan constituir un acto de corrupción debidamente tipificado; quienes fueron miembros de la junta o consejo directivo o servidores públicos de la entidad contratante durante un año contado a partir de la desvinculación y quienes tengan vínculos de parentesco, hasta el segundo grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil con estos, ni las corporaciones, asociaciones, fundaciones y sociedades anónimas, salvo abiertas, en las que ocupen cargos directivos u obren como asesores ejecutivos.

De igual forma, estas pueden ser sobrevinientes, como se plantea en los términos del Artículo 9 de la Ley 80 de 1993, frente a la cual ha mencionado el Consejo de Estado:

[...] para aquellos otros casos en los que el correspondiente contrato estatal se hubiere celebrado con una persona que, al momento de dicha celebración, no estaba incurso en causal alguna de inhabilidad o de incompatibilidad, pero a quien con posterioridad le sobreviene una de tales causales, la ley establece y determina efectos diferentes a los de la nulidad del vínculo, los cuales en nada inciden sobre su validez, como son los de tener que ceder el contrato o, si ello no resulta posible, renunciar a su ejecución. Así lo regula de manera expresa y precisa el artículo 9 de la citada Ley 80 [...]. De la norma legal en cita —bueno es reiterarlo—, se desprende sin lugar a la menor hesitación, que la configuración sobreviniente de una causal de inhabilidad o de incompatibilidad respecto del contratista particular, de ninguna manera genera la nulidad absoluta del contrato sino que, por el contrario, abre paso a la observancia de una consecuencia diferente, cual es la obligación de proceder a la cesión del contrato —previa aprobación expresa y escrita de la entidad estatal contratante— o, si ello no fuere posible, a renunciar a su ejecución. Por lo tanto, la causal sobreviniente

59 Colombia, Congreso de la República, *Ley 80 de 1993*, art. 8, lit. j, añadido mediante Colombia, Congreso de la República, *Ley 1474 de 2011*, art. 2.

no afecta la validez del contrato sino el derecho a la continuidad en la ejecución por parte del contratista incurso en la respectiva causal.<sup>60</sup>

Los consorcios y las uniones temporales se tratan de contratos consensuales mediante los cuales un grupo de personas se une para presentar una propuesta ante la Administración para participar en un proceso de selección.<sup>61</sup> Estos requieren el cumplimiento de dos formalidades para su constitución o nacimiento: i) la existencia de una propuesta conjunta u oferta para la celebración de un contrato estatal, y ii) que en documento anexo a la propuesta con la que pretenden participar en la licitación los proponentes indiquen si participarán a título de consorcio o unión temporal y definan para esta última la participación y la responsabilidad de cada uno de sus integrantes;<sup>62</sup> por su sola constitución, tiene capacidad jurídica para obrar.<sup>63</sup>

Frente a la autonomía de la voluntad, propia de los contratos civiles y mercantiles, es posible afirmar la existencia de una dicotomía legal en relación con el principio de legalidad correspondiente a los contratos estatales, en tanto aquella se ve limitada por dicho principio.<sup>64</sup> La primera permite a los particulares:

i) celebrar contratos o no celebrarlos, en principio en virtud del solo consentimiento, y, por tanto, sin formalidades, pues éstas reducen el ejercicio de la voluntad; ii) determinar con amplia libertad el contenido de sus obligaciones y de los derechos correlativos, con el límite del orden público, entendido de manera general como la seguridad, la salubridad y la moralidad públicas, y de las buenas costumbres; iii) crear relaciones obligatorias entre sí, las cuales en principio no producen efectos jurídicos

60 Colombia, Consejo de Estado, *Radicado 25000-23-26-000-1999-02197-01(25646)*, *Sentencia de 13 de noviembre de 2013*, C. P. Mauricio Fajardo Gómez.

61 José Luis Benavides y Jaime Orlando Santofimio, *Contratación estatal. Estudios sobre la reforma del estatuto contractual. Ley 1150 de 2007* (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2009), 514. Jorge Pino Ricci, *El régimen jurídico de los contratos estatales* (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2005), 657

62 Jaime Arrubla Paucar, *Contratos mercantiles* (Medellín: Dike, 2004), 588, citado en Andrea Álvarez Acevedo, "La capacidad jurídica de consorcios y uniones temporales en el marco de la contratación estatal", *Verba Iuris* 27 (2012): 115.

63 Colombia, Corte Constitucional, *Sentencia C-414 de 22 de septiembre de 1994*, M. P. Antonio Barrera Carbonell; Juan Ángel Palacio Hincapié, *La contratación de las entidades estatales*. 6a ed. (Medellín: Librería Jurídica Sánchez, 2010), 698.

64 Ministerio de Gobierno, *Nuevo régimen de contratación administrativa* (Bogotá: Imprenta Nacional, 1993), 329.

respecto de otras personas, que no son partes del contrato, por no haber prestado su consentimiento, lo cual corresponde al llamado efecto relativo de aquel [...].<sup>65</sup>

La legalidad se presenta como un límite a la función estatal, pues la somete a la normatividad jurídica con la finalidad de clarificar y garantizar una correcta utilización de las competencias discrecionales de la Administración.<sup>66</sup> Dichas limitaciones se clasifican en:

a. Limitaciones legales, entendidas como aquellas que han sido impuestas por el Estado mediante normas legales de carácter imperativo, el orden público y las buenas costumbres. Entendiendo por orden público el conjunto de normas jurídicas que el Estado ha considerado como de obligatorio cumplimiento, del cual no escapan las actuaciones de los órganos del Estado ni de los particulares, que salvaguardan principios jurídicos y éticos fundamentales del ordenamiento; y buenas costumbres se entienden como sinónimo de la moral, es decir, convicciones de ética social imperante en un momento determinado de la sociedad.

b. Limitaciones actuales, entendidas como las limitaciones sociales que les son impuestas tanto al Estado como a los particulares en la celebración de un contrato masivo, ya que las partes no negocian el contenido del mismo, por el contrario, una de ellas elabora, parcial o íntegramente el contenido del contrato, limitándose la otra a aceptarlo o rechazarlo, reduciendo la autonomía de la voluntad en aras de la fluidez del intercambio de bienes y servicios a un menor costo, pues en la contratación masiva se reducen los costos que genera la contratación individual de cada contrato, y como justificación de ello está el agilizar el tráfico patrimonial y reducir los costos de contratar o de transacción.<sup>67</sup>

El principio de autonomía de la voluntad de las partes encuentra un límite en las facultades exorbitantes de la Administración,<sup>68</sup> porque estas exceden el ámbito de la libertad contractual al permitir que la Administración —unilateralmente y durante la ejecución del contrato administrativo, por medio del *ius*

65 Colombia, Corte Constitucional, *Sentencia C-341 de 3 de mayo de 2006*, M. P. Jaime Araujo Rentería.

66 Diana Amazo Parrado, "¿Es paradójica la autonomía de la voluntad frente al principio de legalidad en los contratos estatales?", *Revista Estudios Socio-Jurídicos* 9, núm. 2 (2007): 188.

67 Amazo Parrado, "¿Es paradójica la autonomía de la voluntad frente al principio de legalidad en los contratos estatales?", 200.

68 Néstor David Osorio Moreno, "Las cláusulas excepcionales en la actividad contractual de la Administración pública: ¿Autonomía de la voluntad o imposición del Legislador?", *Revista digital de Derecho Administrativo*, núm. 10 (2013): 95-108.

*variandi*— introduzca modificaciones al contrato ejecutado, siempre y cuando estas sean razonables.<sup>69</sup> Frente a lo anterior, ha expresado la Corte Constitucional:

A través de las potestades excepcionales generales la Administración goza de prerrogativas que le permiten llevar a cabo el objeto del contrato celebrado, la dirección general del mismo, así como el control y la vigilancia de su ejecución, a fin de evitar la paralización o la afectación grave de los servicios públicos a su cargo y poder, así, asegurar la inmediata, continua y adecuada prestación de los mismos. Se garantiza de esta manera, el cumplimiento de los fines estatales que se desarrollan a través de la contratación estatal mediante el reconocimiento a la Administración Pública, de un poder especial de orden administrativo.<sup>70</sup>

Estas facultades encuentran su origen en la legislación francesa<sup>71</sup> y permiten diferenciar un contrato administrativo, de uno privado.

Las cláusulas exorbitantes constituyen la expresión de prerrogativas que por mandato legal se otorgan a la Administración, lo que hace que el principio de igualdad que caracteriza los contratos privados se rompa y que se le otorgue a las entidades públicas contratantes, privilegios, que les permiten desarrollar ciertas actuaciones unilaterales, con la potestad de hacerlas cumplir oficiosamente; es decir, sin necesidad de acudir a la jurisdicción contencioso administrativa, amparada en el principio de la ejecución oficiosa de los actos administrativos.<sup>72</sup>

**El Consejo de Estado ha sostenido:**

En materia contractual, la administración tiene la dirección y control de la celebración y ejecución del contrato, función que desarrolla, entre otras formas, a través de las cláusulas exorbitantes, caracterizadas, esencialmente, por la inaplicabilidad de algunos principios contractuales del derecho civil, toda vez que, precisamente, al practicarse quebrantan la igualdad y conmutatividad propias del acuerdo de voluntades [...]. El fundamento de estos poderes, reservados a la administración, es el interés general, deducible de la teleología de los extremos del contrato estatal. En efecto, la entidad pública que acude al negocio jurídico, directa o indirectamente, espera un beneficio colectivo, y el contratista, por su parte, pretende con la suscripción del acuerdo incrementar su patrimonio. [...] las cláusulas exorbitantes son —de acuerdo con la Ley 80 de 1993—: la interpretación unilateral de los documentos contractuales y

69 Esteban, "La teoría de los contratos administrativos".

70 Colombia, Corte Constitucional, *Sentencia T-1341 de 11 de diciembre de 2001*, M. P. Álvaro Tafur Galvis.

71 Georges Vedel, *Derecho administrativo* (Madrid: Aguilar, 1980), 759.

72 Ciro Norberto Güecha Medina, "Falacia de las cláusulas exorbitantes en la contratación estatal", *Opinión Jurídica* 5, núm. 10 (2006): 41.

de las estipulaciones en ellos convenidas, la introducción de modificaciones a lo pactado, la terminación unilateral, la caducidad administrativa, la reversión y el sometimiento a las leyes nacionales. En este orden de ideas, las cláusulas exorbitantes le otorgan ventajas a la Administración, porque es gestora del interés colectivo. Ahora bien, con la Ley 80 de 1993, su existencia opera tanto *ex lege* como *ex contractu*, dependiendo del acuerdo que se trate [...]. Que estos poderes operan *ex lege* significa que se integran a los contratos aun cuando no se pacten, porque la norma los incorpora directamente en algunos negocios, concretamente los que tienen por objeto: el ejercicio de una actividad que constituya monopolio estatal, la prestación de servicios públicos, la explotación y concesión de bienes del Estado, y los contratos de obra. En estos casos la norma es impositiva, al advertir que para el efectivo cumplimiento de los fines de la contratación las entidades “pactarán” estos poderes; no obstante, si no se estipulan, el inciso tercero del mismo numeral señala que se entienden pactadas, aunque no se consignent expresamente. Sin embargo, estas cláusulas también pueden ser *ex contractu*, es decir, que sólo harán parte del negocio por voluntad expresa de las partes, aunque la ley sólo establece tal posibilidad en dos tipos de contratos: suministro y prestación de servicios profesionales.<sup>73</sup>

En relación con la aplicación de la discrecionalidad en las cláusulas exorbitantes, el Artículo 44 de la Ley 1437 de 2011 señala que, para poder ser declaradas, deben ser adecuadas a los fines de la norma y proporcionales a los hechos que les dan origen.

La discrecionalidad que excepcionalmente otorga la ley nunca es absoluta, con lo cual se evita que se confunda con la arbitrariedad y el capricho del funcionario. La discrecionalidad relativa atenúa entonces la exigencia de motivación de ciertos actos, aun cuando no libera al funcionario del deber de obrar conforme a los principios constitucionales y legales que rigen la función administrativa y podrían dar lugar a la nulidad de actos por desviación de poder o por las causales previstas [en la ley].<sup>74</sup>

El marco normativo que da lugar a las cláusulas exorbitantes y su aplicación indica que la Administración podrá utilizar como medios para el cumplimiento del objeto contractual:

1. Tendrán la dirección general y la responsabilidad de ejercer el control y vigilancia de la ejecución del contrato. En consecuencia, con el exclusivo objeto de evitar la pa-

73 Colombia, Consejo de Estado, *Radicado 23001-23-31-000-2000-02857-01(24697)*, *Sentencia de 24 de octubre de 2012*, C. P. Enrique Gil Botero.

74 Colombia, Corte Constitucional, *Sentencia SU-917 de 16 de noviembre de 2010*, M. P. Jorge Iván Palacio Palacio.

realización o la afectación grave de los servicios públicos a su cargo y asegurar la inmediata, continua y adecuada prestación, podrán, en los casos previstos en el numeral 2o. de este artículo, interpretar los documentos contractuales y las estipulaciones en ellos convenidas, introducir modificaciones a lo contratado y, cuando las condiciones particulares de la prestación así lo exijan, terminar unilateralmente el contrato celebrado. En los actos en que se ejerciten algunas de estas potestades excepcionales deberá procederse al reconocimiento y orden de pago de las compensaciones e indemnizaciones a que tengan derecho las personas objeto de tales medidas y se aplicarán los mecanismos de ajuste de las condiciones y términos contractuales a que haya lugar, todo ello con el fin de mantener la ecuación o equilibrio inicial. Contra los actos administrativos que ordenen la interpretación, modificación y terminación unilaterales, procederá el recurso de reposición, sin perjuicio de la acción contractual que puede intentar el contratista, según lo previsto en el artículo 77 de esta ley.

2. Pactarán las cláusulas excepcionales al derecho común de terminación, interpretación y modificación unilaterales, de sometimiento a las leyes nacionales y de caducidad en los contratos que tengan por objeto el ejercicio de una actividad que constituya monopolio estatal, la prestación de servicios públicos o la explotación y concesión de bienes del Estado, así como en los contratos de obra.

En los contratos de explotación y concesión de bienes del Estado se incluirá la cláusula de reversión.

Las Entidades Estatales podrán pactar estas cláusulas en los contratos de suministro y de prestación de servicios. En los casos previstos en este numeral, las cláusulas excepcionales se entienden pactadas aun cuando no se consignent expresamente.<sup>75</sup>

### Se prescinde de su utilización en los contratos:

[...] con personas públicas internacionales, o de cooperación, ayuda o asistencia; en los interadministrativos; en los de empréstito, donación y arrendamiento y en los contratos que tengan por objeto actividades comerciales o industriales de las Entidades Estatales que no correspondan a las señaladas en el numeral 2. de este artículo, o que tengan por objeto el desarrollo directo de actividades científicas o tecnológicas, así como en los contratos de seguro tomados por las Entidades Estatales, se prescindirá de la utilización de las cláusulas o estipulaciones excepcionales.<sup>76</sup>

Estas cláusulas se hallan en los Artículos 15 a 19 de la Ley 80 de 1993 y comprenden la interpretación unilateral, la modificación unilateral, la terminación

75 Colombia, Congreso de la República, *Ley 80 de 1993*, art. 14.

76 Colombia, Congreso de la República, *Ley 80 de 1993*, art. 14, par.

unilateral, la declaratoria de caducidad y la reversión del contrato, a las que se suman las cláusulas relativas a multas y la cláusula penal pecuniaria. La primera consiste, de acuerdo con el Artículo 15 de la mencionada Ley, en la facultad que tiene la Administración frente a las discrepancias en torno a la interpretación del contrato, para determinar el sentido del clausulado de forma motivada y evitar la paralización o la afectación grave del servicio público que se pretende satisfacer mediante la ejecución contractual.<sup>77</sup>

La segunda es aquella que establece la modificación unilateral de los contratos:

Si durante la ejecución del contrato y para evitar la paralización o la afectación grave del servicio público que se deba satisfacer con él, fuere necesario introducir variaciones en el contrato y previamente las partes no llegan al acuerdo respectivo, la entidad en acto administrativo debidamente motivado, lo modificará mediante la supresión o adición de obras, trabajos, suministros o servicios. Si las modificaciones alteran el valor del contrato en un veinte por ciento (20 %) o más del valor inicial, el contratista podrá renunciar a la continuación de la ejecución. En este evento, se ordenará la liquidación del contrato y la entidad adoptará de manera inmediata las medidas que fueren necesarias para garantizar la terminación del objeto del mismo.<sup>78</sup>

#### Para la Corte Constitucional:

La modificación unilateral del contrato estatal constituye una facultad que el legislador, en uso de su facultad configurativa, le ha otorgado a la administración cuando ésta actúa como contratante en un negocio jurídico de carácter estatal. Esta prerrogativa pública o privilegio contractual que tiene la administración es de naturaleza reglada, porque para poder ejercerla debe constatar la existencia de los supuestos fácticos previstos en la norma, previa garantía del debido proceso. Además, esta medida, que debe hacerse mediante acto administrativo debidamente motivado, se encuentra revestida de la presunción de legalidad y como tal adquiere el carácter de obligatoriedad, de ejecutividad y de eficacia. Es decir, que la modificación unilateral no es discrecional ya que debe adoptarse solamente cuando dentro de la ejecución de un

.....  
77 Juan Camilo Arango Betancourth y Jorge Guillermo García Moncada, "Aplicación de las cláusulas exorbitantes en los contratos estatales regulados por regímenes especiales" (tesis de pregrado, Pontificia Universidad Javeriana, 2004), 169; Nora Elena Pardo Posada y Carlos Arturo Hernández, "La interpretación de las cláusulas del contrato estatal en el marco del orden jurídico", *Criterio Jurídico Garantista* 5, núm. 8 (2013): xx; Jaime Rodríguez Arana, "Las prerrogativas de la Administración en los contratos de las administraciones públicas", *AFDUDC* 12 (2008): xx.

78 Colombia, Congreso de la República, *Ley 80 de 1993*, art. 16.

contrato se presenten circunstancias que puedan paralizar o afectar la prestación de un servicio público que se deba satisfacer con este instrumento.<sup>79</sup>

**La terminación unilateral procede de forma anticipada a la ejecución cuando se presente uno de los siguientes eventos:**

- 1o. Cuando las exigencias del servicio público lo requieran o la situación de orden público lo imponga.
- 2o. Por muerte o incapacidad física permanente del contratista, si es persona natural, o por disolución de la persona jurídica del contratista.
- 3o. Por interdicción judicial o declaración de quiebra del contratista.
- 4o. Por cesación de pagos, concurso de acreedores o embargos judiciales del contratista que afecten de manera grave el cumplimiento del contrato.<sup>80</sup>

Es posible continuar con la ejecución del contrato, aun con el advenimiento de las causales mencionadas, si en el caso de los numerales 2 y 3 se mantiene la obligación con el garante de la misma. De acuerdo con el contenido de la norma, frente al concordato de acreedores no habrá lugar a la terminación unilateral del contrato, sino que el proceso deberá tramitarse por la vía de este y disponer las medidas pertinentes de inspección y control para asegurar el cumplimiento del objeto contractual en la mayor brevedad posible y sin incurrir en dilaciones injustificadas. Esta, al igual que las cláusulas de interpretación y modificación unilateral del contrato, proceden toda vez que no haya sido posible llegar a un acuerdo con entre las partes y deberán encontrarse notificadas mediante acto debidamente motivado.<sup>81</sup>

**Por su parte, la caducidad es concebida como:**

[...] la estipulación en virtud de la cual, si se presenta alguno de los hechos constitutivos de incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista, que afecte de manera grave y directa la ejecución del contrato y evidencie que puede conducir a su paralización, la entidad por medio de acto administrativo debidamente motivado lo dará por terminado y ordenará su liquidación en el estado en que se encuentre. En caso de que la entidad decida abstenerse de declarar la caducidad, adoptará las

79 Colombia, Corte Constitucional, *Sentencia C-949 de 5 de septiembre de 2001*, M. P. Clara Inés Vargas Hernández.

80 Colombia, Congreso de la República, *Ley 80 de 1993*, art. 17.

81 Luis Alfonso Rico Puerta, *Teoría general y práctica de la contratación estatal* (Bogotá: Leyer, 2007), 1498.



medidas de control e intervención necesarias, que garanticen la ejecución del objeto contratado. La declaratoria de caducidad no impedirá 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, a quien a su vez se le podrá declarar la caducidad, cuando a ello hubiere lugar. Si se declara la caducidad no habrá lugar a indemnización para el contratista, quien se hará acreedor a las sanciones e inhabilidades previstas en esta ley. La declaratoria de caducidad será constitutiva del siniestro de incumplimiento.<sup>82</sup>

**Frente a la oportunidad para su declaración, ha reiterado el Consejo de Estado:**  
[...] sólo puede declararse durante el plazo de ejecución y mientras se encuentre vigente y no durante la etapa de liquidación, habida cuenta que una vez fenecido el plazo convenido no se acompasa con la finalidad y sentido de esta medida excepcional que debe ser de interpretación restrictiva.<sup>83</sup>

Para su declaración, es necesario seguir el procedimiento definido en el Artículo 86 de la ley 1474 de 2011.

La reversión implica que al “finalizar el término de la explotación o concesión, los elementos y bienes directamente afectados a la misma pasen a ser propiedad de la entidad contratante, sin que por ello ésta deba efectuar compensación alguna”.<sup>84</sup> Esta constituye un elemento de la esencia del contrato, aunque no se pacte y es señalada por la doctrina como:

.....  
82 Colombia, Congreso de la República, *Ley 80 de 1993*, art. 18.

83 Colombia, Consejo de Estado, *Radicado 25000-23-26-000-2000-02151-01(26705)*, *Sentencia de 26 de junio 2014*, C. P. Ramiro Pazos Guerrero. En igual sentido, puede verse Pedro Lamprea Rodríguez, *Contratos estatales* (Bogotá: Temis, 2007); Benjamín Herrera Barbosa, *Contratos públicos* (Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2003).

84 Colombia, Congreso de la República, *Ley 80 de 1993*, art. 19.

La Corte Constitucional declaró la norma ajustada a la Constitución, al afirmar que: “A juicio de la Corte, al expedir las normas demandadas el legislador actuó dentro del ámbito de configuración constitucionalmente permitido. La decisión de excluir de la reversión los bienes afectos al servicio de telecomunicaciones, para ordenar sólo la devolución de las frecuencias radioeléctricas, en principio persigue un fin legítimo en tanto puede incentivar la participación en los procesos licitatorios. En este sentido, el legislador consideró más atractivo para los inversionistas participar a sabiendas de que se van a conservar los bienes destinados al servicio; e igualmente valoró el efecto económico a favor del Estado, en la medida en que los oferentes ya no podrán aducir que el Estado obtendrá el beneficio final de la entrega de los bienes comprometidos en el servicio, lo que eventualmente contribuiría a una mayor libertad de competencia y una mejor prestación del servicio. Sin embargo, el Tribunal advirtió que la exequibilidad del enunciado legal comporta una posibilidad interpretativa contraria a la Constitución. Si bien es cierto que la reversión, tal y como es regulada en las normas demandadas, es en principio constitucional, no lo es una interpretación de las mismas en el sentido de que autorizan modificar las cláusulas de reversión pactadas en los contratos de concesión suscritos antes de su entrada en vigencia, para entender que sólo revertirán al Estado las frecuencias radioeléctricas, con exclusión de los demás elementos y bienes directamente afectados a la prestación

[...] una cláusula contractual propia de los contratos de concesión administrativa, en virtud de la cual el particular se obliga a favor de la administración pública a entregarle, a título de propiedad, sin que exista, deber de erogación de ninguna clase por parte de ésta, todos los elementos, bienes y elementos que se encuentran afectados a la explotación del bien o del servicio entregado en concesión por la administración respecto de los cuales se haya producido la amortización y también a devolverle los bienes recibidos de la administración a título de mera tenencia, junto con las mejoras incorporadas a estos bienes.<sup>85</sup>

Esta opera por “ministerio de la ley como consecuencia directa de la terminación del contrato de concesión”,<sup>86</sup> sin importar la naturaleza de la terminación contractual y, dada su naturaleza como norma de orden público, su ejercicio es irrenunciable para la Administración.<sup>87</sup> Se trata de poco más que una contraprestación en beneficio de la Nación y a cargo del concesionario, en garantía del interés público.<sup>88</sup>

Respecto a las multas y a la cláusula penal, si bien no tienen su origen en la Ley 80 de 1993, se erigen como cláusulas especiales en los contratos estatales. La Ley 1150 de 2007 instituye:

.....  
del servicio. Tal interpretación permite que los particulares mantengan la titularidad de los bienes relacionados con la prestación del servicio, que de acuerdo con la ecuación financiera establecida al momento de la celebración del contrato podían ser amortizados por el concesionario durante su ejecución. De igual manera, dicha interpretación les facilitaría ostentar una posición dominante en el mercado, poniendo en riesgo el acceso en igualdad de condiciones con otros potenciales oferentes. Además, dejaría en sus manos las condiciones para asegurar la continuidad en un servicio que resulta de vital importancia en la sociedad contemporánea, en contravía de lo previsto en los artículos 1 y 75 de la Carta Política. Incluso avizó que una lectura en este sentido podría acarrear la transgresión de principios de la función administrativa como la igualdad, la imparcialidad y eventualmente la moralidad administrativa (Art. 209 CP). La Corte consideró que no es inconstitucional la reversión tal como la establecen las normas demandadas; lo que resulta inconstitucional es su interpretación en el sentido de que ellas modifican las cláusulas de reversión pactadas antes de su entrada en vigencia. En consecuencia, como los contratos celebrados con antelación a la entrada en vigencia de las leyes 422 de 1998 y 1341 de 2009 suponían para el Estado el derecho de propiedad sobre los bienes empleados en la concesión, de hacerse extensiva las disposiciones acusadas a esas situaciones se estarían desconociendo los derechos referidos; y por ende, desconociendo la seguridad jurídica en detrimento del patrimonio estatal”. Colombia, Corte Constitucional, *Sentencia C-555 de 22 de agosto de 2013*, M. P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

85 Jorge Enrique Santos Rodríguez, “La cláusula de reversión en los contratos de concesión administrativa” (ponencia presentada en las X Jornadas de derecho Administrativo. Incertidumbre en la contratación estatal, Bogotá, 11 de agosto de 2010), 469.

86 Santos Rodríguez, “La cláusula de reversión en los contratos de concesión administrativa”, 473.

87 Colombia, Consejo de Estado, *Sentencia de 23 de diciembre de 2005, exp. 23565*, C. P. Ramiro Saavedra Becerra.

88 Colombia, Consejo de Estado, *Sentencia de 7 de junio de 2001, exp. 166*. C. P. Alier Eduardo Hernández Enríquez.

La cláusula penal y las multas así impuestas, se harán efectivas directamente por las entidades estatales, pudiendo acudir para el efecto entre otros a los mecanismos de compensación de las sumas adeudadas al contratista, cobro de la garantía, o a cualquier otro medio para obtener el pago, incluyendo el de la jurisdicción coactiva.<sup>89</sup>

La cláusula penal pecuniaria y la multa contractual siempre requieren acuerdo entre las partes contratantes para que produzcan los efectos deseados y, cuando por ministerio de la ley un contrato estatal suponga la incorporación de la cláusula de caducidad, se entiende obligatoria la cláusula penal pecuniaria.

Asimismo, son elementos de relevancia del contrato estatal: el pliego de condiciones —sobre el cual volveremos más adelante— y la distribución de los riesgos previsibles en el momento de la contratación.

Los pliegos de condiciones o sus equivalentes deberán incluir la estimación, tipificación y asignación de los riesgos previsibles involucrados en la contratación.

En las licitaciones públicas, los pliegos de condiciones de las entidades estatales deberán señalar el momento en el que, con anterioridad a la presentación de las ofertas, los oferentes y la entidad revisarán la asignación de riesgos con el fin de establecer su distribución definitiva.<sup>90</sup>

De lo anterior se colige que la Administración tiene la obligación de tipificar, estimar y asignar riesgos. La tipificación es la identificación de estos y la clarificación de los elementos para su configuración; la estimación es la valoración aproximada de los riesgos en términos de cuantía y la asignación es la repartición de la carga de los mismos en cabeza de una de las partes contractuales.<sup>91</sup>

El Artículo 39 de la Ley 80 y el Artículo 41 del Estatuto orgánico del presupuesto indican que los contratos estatales deben ser celebrados por escrito y, por ende:

No requerirán ser elevados a escritura pública, con excepción de aquellos que impliquen mutación del dominio o imposición de gravámenes y servidumbres sobre bienes inmuebles y, en general, aquellos que conforme a las normas legales vigentes deban cumplir con dicha formalidad. Las Entidades Estatales establecerán las medidas que

89 Colombia, Congreso de la República, *Ley 1150 de 2007*, art. 17.

90 Colombia, Congreso de la República, *Ley 1150 de 2007*, art. 4.

91 Patricia Mier Barros, "Los riesgos, su identificación, asignación y amortización en los contratos del Estado", *Revista de Ingeniería*, núm. 32 (2010): 95-107.

demanden la preservación, inmutabilidad y seguridad de los originales de los contratos estatales.<sup>92</sup>

Para el perfeccionamiento del contrato estatal basta con “el simple acuerdo sobre el objeto y la contraprestación, acompañados de su reducción a escrito, dan lugar al perfeccionamiento del contrato estatal”,<sup>93</sup> sin embargo, de acuerdo con el Artículo 71 del Decreto 111 de 1996, se requiere el registro presupuestal para que el contrato celebrado se repunte como perfecto, así como la asignación del contrato en audiencia pública cuando se trata de licitaciones públicas.<sup>94</sup>

Por último, para la ejecución del contrato se precisa de la constitución de una póliza denominada garantía única de cumplimiento de contratos estatales, cuya finalidad es asegurar el cumplimiento del objeto contractual en caso de incumplimiento o imposibilidad por parte del contratista.<sup>95</sup>

92 Colombia, Congreso de la República, *Ley 80 de 1993*, art. 39.

93 Héctor Santaella, “La forma del contrato estatal: algunas reflexiones sobre la incidencia del estatuto orgánico del presupuesto del perfeccionamiento de los contratos del Estado”, *Revista de Derecho Fiscal*, núm. 3 (2011): 142. En igual sentido, puede verse Colombia, Consejo de Estado, *Sentencia de 27 de enero de 2000, exp. 14.935*, C. P. Germán Rodríguez Villamizar.

94 Colombia, Congreso de la República, *Ley 1150 de 2007*, art. 9.

95 Andrés Ordóñez Ordóñez, “Efectividad de la garantía única de cumplimiento de contratos estatales, constituida a través de póliza de seguro de cumplimiento”, *Revista de Derecho Privado*, núm. 19 (2010): 135-177.

## ASPECTOS BÁSICOS APLICABLES A LOS PROCESOS DE SELECCIÓN

La contratación estatal restringe la manifestación de la voluntad contractual, al establecer modalidades de selección mediante la implementación normativa de la selección objetiva,<sup>96</sup> entendida como un deber que da lugar a la limitación de las

96 "Es objetiva la selección en la cual la escogencia se haga al ofrecimiento más favorable a la entidad y a los fines que ella busca, sin tener en consideración factores de afecto o de interés y, en general, cualquier clase de motivación subjetiva. En consecuencia, los factores de escogencia y calificación que establezcan las entidades en los pliegos de condiciones o sus equivalentes, tendrán en cuenta los siguientes criterios: 1. La capacidad jurídica y las condiciones de experiencia, capacidad financiera y de organización de los proponentes serán objeto de verificación de cumplimiento como requisitos habilitantes para la participación en el proceso de selección y no otorgarán puntaje, con excepción de lo previsto en el numeral 4 del presente artículo. La exigencia de tales condiciones debe ser adecuada y proporcional a la naturaleza del contrato a suscribir y a su valor. La verificación documental de las condiciones antes señaladas será efectuada por las Cámaras de Comercio de conformidad con lo establecido en el artículo 6o de la presente ley, de acuerdo con lo cual se expedirá la respectiva certificación. 2. La oferta más favorable será aquella que, teniendo en cuenta los factores técnicos y económicos de escogencia y la ponderación precisa y detallada de los mismos contenida en los pliegos de condiciones o sus equivalentes, resulte ser la más ventajosa para la entidad, sin que la favorabilidad la constituyan factores diferentes a los contenidos en dichos documentos. En los contratos de obra pública, el menor plazo ofrecido no será objeto de evaluación. La entidad efectuará las comparaciones del caso mediante el cotejo de los ofrecimientos recibidos y la consulta de precios o condiciones del mercado y los estudios y deducciones de la entidad o de los organismos consultores o asesores designados para ello. En los procesos de selección en los que se tenga en cuenta los factores técnicos y económicos, la oferta más ventajosa será la que resulte de aplicar alguna de las siguientes alternativas: a) La ponderación de los elementos de calidad y precio soportados en puntajes o fórmulas señaladas en el pliego de condiciones; o b) La ponderación de los elementos de calidad y precio que representen la mejor relación de costo-beneficio para la entidad. 3. Sin perjuicio de lo previsto en el numeral 1 del presente artículo, en los pliegos de condiciones para las contrataciones cuyo objeto sea la adquisición o suministro de bienes y servicios de características técnicas uniformes y común utilización, las entidades estatales incluirán como único factor de evaluación el menor precio ofrecido. 4. En los procesos para la selección de consultores se hará uso de factores de calificación destinados a valorar los aspectos técnicos de la oferta o proyecto. De conformidad con las condiciones que señale el reglamento, se podrán utilizar criterios de experiencia específica del oferente y del equipo de trabajo, en el campo de que se trate. En

posibilidades de asignación y firma de contratos, mediante la aplicación de las modalidades de selección, contenidas en la Ley 1150 de 2007, a saber: licitación pública, selección abreviada, concurso de méritos, contratación directa y selección por mínima cuantía.<sup>97</sup> En tanto regla, se ocupa de desarrollar:

[...] el principio de la transparencia y dicha posición se afianza más cuando decimos que los pliegos de condiciones en los procesos de selección de contratistas deben contener reglas claras, objetivas y justas. Al respecto, Guecha (2010) dice que el pliego de condiciones en principio y en cuanto a los factores de selección, lo que hace es establecer criterios de comparación, ponderación y evaluación, ya que, en sí, los factores ya están previstos de manera genérica en la ley, cuando el artículo 5 de la ley 1150 de 2007 refiere los mismos. Sin embargo, algunos, Mendoza y García (2009) se refieren a la reformulación del principio de selección objetiva, al que se llega a partir de la expedición de la ley 1150 de 2007, al establecer los famosos criterios de “pasa” y “no pasa”, situación que conllevó a una separación entre los requisitos del proponente y de la oferta. Lo anterior no es otra cosa que la manifestación de ese precepto de la selección objetiva cuya naturaleza hemos tratado de descifrar en este trabajo y que cobra gran relevancia, pues atañe nada más ni nada menos que a la selección de contratistas del Estado, y en la que [...] se deben distinguir dos aspectos, el criterio con el cual el Estado realiza la escogencia y el procedimiento que utiliza para tal fin. De donde podemos extraer que, si es cierto, genéricamente hablamos de selección de contratistas, la selección objetiva se desarrolla circunscrita únicamente a “los criterios de escogencia” que deben tenerse en cuenta en los términos del artículo 5 de la ley 1150.<sup>98</sup>

#### Por otra parte:

Con la expedición de la ley 1150 de 2007, el esquema de la ley 80 se modificó sustancialmente, por cuanto se dividieron los criterios de evaluación de las ofertas en dos: por una parte aquellos que serían requisitos mínimos habilitantes que no generan la adjudicación de puntos como la experiencia, la capacidad financiera, la capacidad legal y la organización del proponente; de otra, en algunos casos (licitación pública

---

ningún caso se podrá incluir el precio, como factor de escogencia para la selección de consultores. Parágrafo: La ausencia de requisitos o la falta de documentos referentes a la futura contratación o al proponente, no necesarios para la comparación de las propuestas no servirán de título suficiente para el rechazo de los ofrecimientos hechos. En consecuencia, todos aquellos requisitos de la propuesta que no afecten la asignación de puntaje podrán ser solicitados por las entidades en cualquier momento, hasta la adjudicación. No obstante, lo anterior, en aquellos procesos de selección en los que se utilice el mecanismo de subasta, deberán ser solicitados hasta el momento previo a su realización”. Colombia, Congreso de la República, *Ley 1150 de 2007*, art. 5.

97 Colombia, Congreso de la República, *Ley 1150 de 2007*, art. 2.

98 Miranda Medina, “La regla o el principio de la selección objetiva en la contratación pública colombiana”, 68.

•Aspectos básicos aplicables a los procesos de selección•

y procesos de selección abreviada de menor cuantía) se ponderarán factores técnicos (calidad) y factores económicos (costo o costo-beneficio), en otros (concurso de méritos) los aspectos técnicos de las propuestas incluyendo el precio (hojas de vida y experiencia específica del proponente), y, finalmente en otros (procesos de selección de bienes y servicios de características técnicas uniformes y de uso común entre las entidades estatales y el proceso de selección de mínima cuantía) no habrá ponderación de ofertas y se seleccionará la mejor oferta con el menor precio.<sup>99</sup>

**El Consejo de Estado ha sostenido:**

Se trata de un principio que rige la contratación de las entidades estatales, por cuanto a través del mismo se propende por lograr una selección de contratistas imparcial, ajustada exclusivamente a los parámetros de evaluación y calificación establecidos en forma clara, concreta y completa por el pliego de condiciones o términos de referencia —los cuales deben apuntar únicamente a la determinación de la oferta que en conjunto ofrezca las mejores condiciones para la ejecución del objeto propuesto— y ajena a cualquier consideración de índole subjetiva y personal dirigida a favorecer o perjudicar a alguno de los proponentes, sin la interferencia de tratos preferenciales o injustos que atenten contra el principio de igualdad frente al proceso de selección —que implica brindar un tratamiento idéntico para todos los oferentes en las mismas condiciones— y desligada de cualquier influencia externa que la desvíe de su finalidad, cual es la de lograr la correcta y cumplida ejecución del objeto contractual por quien presentó la mejor oferta y cumplió con todos los requisitos exigidos. Este deber de selección objetiva debe cumplirse no sólo cuando se adelantan procedimientos licitatorios o concursos de méritos, sino en toda actuación que se adelante con miras a la selección de un contratista de la administración, puesto que ni siquiera cuando el ordenamiento legal autoriza la contratación directa, puede la administración escogerlo de manera subjetiva y arbitraria, ya que este mecanismo de contratación no se traduce en una facultad discrecional e independiente del funcionario competente para adjudicar ni queda librada a su solo deseo o voluntad, puesto que también en estos casos, se le exige efectuar la adjudicación de manera objetiva, es decir desligada de consideraciones de índole íntima y personal y libre de la influencia de intereses particulares, con fundamento exclusivamente en los factores de evaluación previamente establecidos e informados a los proponentes, con observancia estricta del principio

99 Ernesto Matallana Camacho, *Manual de contratación de la Administración pública* (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2013), 510, citado en Miranda Medina, "La regla o el principio de la selección objetiva en la contratación pública colombiana", 9.

de igualdad y con el único fin de seleccionar la oferta más favorable para la administración y para el cumplimiento de sus fines.<sup>100</sup>

En los procesos de selección, en tanto principio legal, el debido proceso constituye “una garantía infranqueable para todo acto en el cual se pretenda legítimamente imponer sanciones, cargas o castigos, y en cuanto tal, es considerado como un límite al abuso del poder de sancionar de la administración”,<sup>101</sup> sin que la contratación estatal sea la excepción a su aplicación.<sup>102</sup> Implica la necesidad de:

- a. Agotar todas las etapas previas para la formación del acto jurídico a través del cual se celebre el contrato estatal.
- b. Las etapas previas a la celebración del negocio jurídico deben estar sometidas a términos preclusivos y a competencia perentoria.
- c. Debe adoptarse una decisión, incluso si esta implica la declaratoria de un proceso desierto en caso de que no: existan interesados en el proceso, no existan oferentes o no se cumplan los requisitos mínimos de participación.
- d. El respeto por los principios rectores de las actuaciones administrativas.<sup>103</sup>

Por último, “la entidad deberá justificar de manera previa a la apertura del proceso de selección de que se trate, los fundamentos jurídicos que soportan la modalidad de selección que se propone adelantar”.<sup>104</sup> Para ello, deberá hacer los estudios de prefactibilidad, factibilidad y conveniencia, las apropiaciones presupuestales, los créditos, los estudios, los planos y diseños definitivos, los pliegos de condiciones con los elementos esenciales del contrato a celebrar y la apertura, publicación y difusión de la licitación.<sup>105</sup>

100 Colombia, Consejo de Estado, *Radicado 25000-23-26-000-1995-01712-01(17757)*, *Sentencia de 29 de julio de 2013*, C. P. Danilo Rojas Betancourth.

101 Chaves-Villada, “El desarrollo del debido proceso en las actuaciones administrativas para la formación de contratos estatales”, 107. Además, puede verse Colombia, Corte Constitucional, *Sentencia T-1263 de 29 de noviembre de 2001*, M. P. Jaime Córdoba Triviño.

102 Augusto Ramón Chávez Marín, *Los convenios de la Administración: entre la gestión pública y la actividad contractual* (Bogotá: Universidad del Rosario, 2008), 454.

103 Chaves-Villada, “El desarrollo del debido proceso en las actuaciones administrativas para la formación de contratos estatales”, 104.

104 Colombia, Congreso de la República, *Ley 1150 de 2007*, art. 2, par. 1.

105 Palacio Hincapié, *La contratación de las entidades estatales*, 698.



## Licitación pública

La licitación pública es el mecanismo de la convocatoria pública al oferente encargado de celebrar y ejecutar un contrato que no sea de consultoría o no sea alguno de los casos que dan lugar a seguir el procedimiento de selección abreviada u otros procesos especiales de adjudicación.

De acuerdo con el parágrafo del Artículo 30 de la Ley 80 de 1993, la licitación es la regla para la celebración de los contratos estatales, en tanto esta asegura la mayor concurrencia de proponentes u oferentes, siendo previsto en la norma para materializar este presupuesto la publicación en medios tradicionales y electrónicos de la misma.<sup>106</sup> Esta permite la utilización de un sistema de oferta dinámica, por medio del cual se adjudica el contrato al proponente que haya hecho la mejor oferta por un bien o servicio o solicite el menor precio por la ejecución del contrato en el caso de la subasta inversa.<sup>107</sup> Esta deberá ajustarse a los postulados de la Ley 80 de 1993 y los Artículos 13 y 209 de la Constitucional, con la finalidad de garantizar la selección objetiva y transparente de la mejor propuesta.<sup>108</sup>

Sus elementos fundamentales son: la libre concurrencia, la igualdad formal de los oferentes y la sujeción estricta a los pliegos de condiciones para escoger la mejor propuesta<sup>109</sup> y, de acuerdo con Dussan Hitscherich y Herrera Santana, requieren:

- a. Consideración de su oferta en competencia con la de los demás concurrentes.
- b. Respeto de los plazos establecidos para el desarrollo del proceso.
- c. Cumplimiento por parte del Estado de las normas positivas que rigen el procedimiento de selección del contratista.
- d. Inalterabilidad del pliego de condiciones.
- e. Acceso a todos los documentos que hacen parte del proceso, incluyendo las ofertas de los otros proponentes.

106 Rodríguez Rodríguez, *Derecho administrativo general y colombiano*, 403.

107 Colombia, Corte Constitucional, *Sentencia C-713 de 7 de octubre de 2009*.

108 Colombia, Corte Constitucional, *Sentencia C-400 de 2 de junio de 1999*.

109 Colombia, Consejo de Estado, *Radicado 11001-03-26-000-2008-00101-00(36054)B*, *Sentencia de 14 de abril de 2010*, C. P. Enrique Gil Botero.

- f. Indicación de las deficiencias formales subsanables que pueda contener la oferta, de manera que los proponentes no sean excluidos por meras formalidades, que no sean necesarias para comparar las ofertas.<sup>110</sup>

En concordancia con la Ley 1150 de 2007, la experiencia y la capacidad no constituyen elementos para la evaluación de la propuesta, sino requisitos de verificación para la habilitación del proponente, en tanto no guardan relación alguna con la calidad de la propuesta. La mejor será “aquella que, teniendo en cuenta los factores técnicos y económicos de escogencia y la ponderación de los mismos, contenida en los pliegos de condiciones o sus equivalentes, resulte ser la más ventajosa para la entidad”.<sup>111</sup>

La licitación es el procedimiento por medio del cual la entidad contratante invita a varias personas, en igualdad de condiciones, a hacer propuestas sobre el contrato que se pretende celebrar y escoger, de forma objetiva, aquella con mejores condiciones para contratar.<sup>112</sup>

En tanto procedimiento para la formación del contrato, ha dicho el Consejo de Estado:

[...] tiene por objeto la selección del sujeto que ofrece las condiciones más ventajosas para los fines de interés público, que se persiguen con la contratación estatal, según Enrique Sayagués Laso. Por su parte, Marienhoff precisa que la razón de ser de la licitación pública debe analizarse desde dos aspectos: con relación al Estado y con relación a los administrados. En cuanto al primero, explica, “la ‘*ratio iuris*’ no es otra que conseguir que el contrato se realice de modo tal que la Administración Pública tenga las mayores posibilidades de acierto en la operación, en lo que respecta, por un lado, al ‘cumplimiento’ del contrato (calidad de la prestación, ya se trate de entrega de cosas o de la realización de servicios o trabajos; ejecución del contrato en el tiempo estipulado; etc.) y, por otro lado, lograr todo eso en las mejores condiciones económicas”. Y en relación con los administrados afirma: “con el procedimiento de la licitación también se busca una garantía para los particulares o administrados honestos que desean contratar con el Estado. En este orden de ideas la ‘igualdad’ entre los administrados en sus relaciones con la Administración Pública, evitando de parte

110 Jorge Dussan Hitscherich y Fabián Humberto Herrera Santana, “Las modalidades de la contratación estatal” (tesis de Especialización, Universidad Militar Nueva Granada, 2012), 10.

111 Colombia, Congreso de la República, *Ley 1150 de 2007*, art. 5, num. 2.

112 Herrera Barbosa, *Contratos públicos*, 481.

•Aspectos básicos aplicables a los procesos de selección•

de ésta favoritismos en beneficio de unos y en perjuicio de otros; trátase de evitar improcedentes tratos preferenciales o injustos.<sup>113</sup>

En la misma providencia, el Consejo de Estado señaló como elementos fundamentales de la licitación pública:

[...] la libre concurrencia, la igualdad de los oferentes y la sujeción estricta al pliego de condiciones. La libre concurrencia permite el acceso al proceso licitatorio de todas las personas o sujetos de derecho interesados en contratar con el Estado, mediante la adecuada publicidad de los actos previos o del llamado a licitar. Es un principio relativo, no absoluto o irrestricto, porque el interés público impone limitaciones de concurrencia relativas, entre otras, a la naturaleza del contrato y a la capacidad e idoneidad del oferente. La igualdad de los licitadores, presupuesto fundamental que garantiza la selección objetiva y desarrolla el principio de transparencia que orienta la contratación estatal, se traduce en la identidad de oportunidades dispuesta para los sujetos interesados en contratar con la Administración. Y la sujeción estricta al pliego de condiciones es un principio fundamental del proceso licitatorio, que desarrolla la objetividad connatural a este procedimiento, en consideración a que el pliego es fuente principal de los derechos y obligaciones de la administración y de los proponentes.<sup>114</sup>

Al igual que todas las actuaciones administrativas del Estado, la licitación pública se ejerce mediante un procedimiento<sup>115</sup> que se divide en tres fases: la primera tiene como finalidad determinar el objeto y los parámetros del contrato y las fases de preparación y de adjudicación tienen como propósito llegar a la celebración del contrato. La fase preparatoria comprende la invitación a participar, la presentación y la selección de propuestas y termina con la adjudicación del contrato.<sup>116</sup> Corresponde a esta fase:

[...] la presentación de las propuestas que constituye la participación de quien tiene capacidad de contratar en la invitación que se ha publicado. La propuesta es una declaración unilateral de voluntad de quien pretende que se le adjudique el contrato, sometida a las exigencias del pliego de condiciones, para que la entidad la escoja como la más favorable y se celebre con él el contrato. Añade que la propuesta para

113 Colombia, Consejo de Estado, *Sentencia 12037 de 19 de julio de 2001*, C. P. Alier Eduardo Hernández Enríquez.

114 Colombia, Consejo de Estado, *Sentencia 12037 de 19 de julio de 2001*.

115 Rodrigo Escobar Gil, *Teoría general de los contratos de la Administración pública* (Bogotá: Legis, 2003), 635.

116 Palacio Hincapié, *La contratación de las entidades estatales*, 698.

que sea válida debe cumplir con ciertos requisitos referidos al sujeto, objeto, tiempo, forma, lugar y actividad.<sup>117</sup>

Para dicha presentación se requiere la elaboración del pliego de condiciones en los términos del Artículo 30 de la Ley 80 de 1993, con reglas claras, precisas y detalladas, sin posibilidad de doble interpretación o equívocos por su redacción y en el cual se identifiquen de forma plena el objeto del contrato y las obligaciones que asumirán las partes. Se define como:

El reglamento que disciplina el procedimiento licitatorio de selección del contratista y delimita el contenido y alcance del contrato. Es un documento que establece una preceptiva jurídica de obligatorio cumplimiento para la administración y el contratista, no sólo en la etapa precontractual sino también en la de ejecución y en la fase final del contrato. Si el proceso licitatorio resulta fundamental para la efectividad del principio de transparencia y del deber de selección objetiva del contratista, el pliego determina, desde el comienzo, las condiciones claras, expresas y concretas que revelan las especificaciones jurídicas, técnicas y económicas, a que se someterá el correspondiente contrato. Los pliegos de condiciones forman parte esencial del contrato; son la fuente de derechos y obligaciones de las partes y elemento fundamental para su interpretación e integración, pues contienen la voluntad de la administración a la que se someten los proponentes durante la licitación y el oferente favorecido durante el mismo lapso y, más allá, durante la vida del contrato. En cuanto a la elaboración del pliego, la Sala ha precisado que la entidad licitante tiene a cuenta suya la carga de claridad y precisión dispuesta, entre otras normas legales, en el artículo 24, numeral 5, literales b, c y e de la Ley 80 de 1993, ya referido, que garantiza la selección transparente y objetiva del contratista. Nota de Relatoría: Se cita la sentencia 12344 del 3 de mayo de 1999.<sup>118</sup>

Al ser públicos, tienen como finalidad permitir a la ciudadanía y a los participantes apreciar la transparencia del proceso de selección en protección del interés general;<sup>119</sup> de allí procede la solicitud de una audiencia para la clarificación de dudas y determinación del alcance de los documentos de la licitación, en el término de tres días subsiguientes al inicio del plazo para la presentación de

.....  
117 Palacio Hincapié, *La contratación de las entidades estatales*, 297.

118 Colombia, Consejo de Estado, *Sentencia 12037 de 19 de julio de 2001*.

119 Colombia, Congreso de la República, *Ley 1150 de 2007*, art. 2.

•Aspectos básicos aplicables a los procesos de selección•

propuestas. Es posible que, aclarados los términos, se introduzcan modificaciones al pliego de condiciones y se amplíe el plazo para subsanar en seis días.<sup>120</sup>

La Ley distingue entre los requisitos de evaluación y de participación, aunque ambos atañen a la habilitación, subsanables incluso hasta el momento de la adjudicación.<sup>121</sup> Palacio expone las siguientes reglas respecto a la evaluación de las ofertas:

- a. Se deben verificar de acuerdo a los postulados del artículo 5° de la ley 1150 la capacidad jurídica y las condiciones de experiencia, capacidad financiera y de organización de los proponentes.
- b. El menor plazo de realización no podrá ser un criterio de evaluación en contratos de obra pública.
- c. El precio más bajo tampoco determinará la favorabilidad en tanto se persigue que los precios guarden relación con los del mercado, salvo en los casos de adquisición de suministro y a fines, en donde este será el único factor de evaluación.
- d. Si se trata de un contrato de consultoría los únicos factores a tener en cuenta serán aquellos relativos a la experiencia y el equipo de trabajo.
- e. La verificación a través de documentos de las condiciones o requisitos habilitantes será hecha por la respectiva Cámara de Comercio.<sup>122</sup>

**Respecto a la adjudicación del contrato, la Corte Constitucional ha sostenido:**

En el evento previsto en el artículo 273 de la Constitución Política y en general en los procesos de licitación pública, la adjudicación se hará de forma obligatoria en audiencia pública, mediante resolución motivada, que se entenderá notificada al proponente favorecido en dicha audiencia. Durante la misma audiencia, y previamente a la adopción de la decisión definitiva de adjudicación, los interesados podrán pronunciarse sobre la respuesta dada por la entidad contratante a las observaciones presentadas respecto de los informes de evaluación. El acto de adjudicación es irrevocable y obliga a la entidad y al adjudicatario. No obstante lo anterior, si dentro del plazo comprendido entre la adjudicación del contrato y la suscripción del mismo, sobreviene una inhabilidad o incompatibilidad o si se demuestra que el acto se obtuvo por medios ilegales, este podrá ser revocado, caso en el cual, la entidad podrá aplicar lo previsto en el inciso final del numeral 12 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993.

.....  
120 Palacio Hincapié, *La contratación de las entidades estatales*, 297.

121 Juan Ángel Palacio Hincapié, *La transparencia en la contratación del Estado* (Bogotá: Doctrina y Ley, 2007), 124.

122 Palacio Hincapié, *La contratación de las entidades estatales*, 297.

Sin perjuicio de las potestades a que se refiere el artículo 18 de la Ley 80 de 1993, en aquellos casos en que la entidad declare la caducidad del contrato y se encuentre pendiente de ejecución un porcentaje igual o superior al cincuenta por ciento (50 %) del mismo, con excepción de los contratos de concesión, se podrá contratar al proponente calificado en el segundo lugar en el proceso de selección respectivo, previa revisión de las condiciones a que haya lugar.<sup>123</sup>

La fase de adjudicación es aquella que pone fin al proceso de liquidación y da lugar al surgimiento del contrato estatal en sí mismo; por tanto, es el cumplimiento de la vocación de la licitación, porque por medio de ella se producen los efectos jurídicos perseguidos.<sup>124</sup> Sin embargo, es posible que tras el proceso la licitación se declare “desierta”, bien sea porque no se presentaron propuestas, ninguna se ajustó al pliego de condiciones<sup>125</sup> o cuando:

[...] la entidad detecte la existencia de acuerdos entre los proponentes para manejar artificialmente la adjudicación, o cuando las propuestas sean incompletas, cuando las propuestas contengan precios artificialmente bajos o desproporcionados; cuando las desviaciones sean sustanciales o cuando existe violación de las reservas de las propuestas.<sup>126</sup>

A continuación se describirán las principales etapas del proceso de selección por vía de licitación pública, que han de ser cumplidas por las entidades públicas contratantes, los contratistas o ambas partes, según la etapa:

1. Estudio y elaboración de documentos previos. Aseguran la conveniencia y la oportunidad del contrato y su adecuación a los planes de inversión, de adquisición y compras, presupuesto y ley de apropiaciones o presupuesto de gasto. El estudio debe estar acompañado de diseños, planos y evaluaciones de prefactibilidad o factibilidad y del proyecto del pliego de condiciones.
2. Convocatoria pública que evidencie la intención de la entidad pública contratante de formalizar el proceso de selección de licitación pública. En aras de garantizar el principio de libre concurrencia y de conformidad

123 Colombia, Corte Constitucional, *Sentencia C-380 de 23 de abril de 2008*, M. P. Nilson Pinilla Pinilla.

124 Escobar Gil, *Teoría general de los contratos de la Administración pública*, 635

125 Colombia, Congreso de la República, *Ley 80 de 1993*, art. 24.

126 Palacio Hincapié, *La contratación de las entidades estatales*, 305.

con el marco normativo del proceso de selección de licitación pública, se debe publicar en el Secop y en la página web de la entidad pública contratante el aviso de la convocatoria pública, para informar sobre el objeto a contratar, la modalidad de selección, el presupuesto del contrato y el lugar físico a donde se debe enviar el proyecto de pliego de condiciones y los estudios y documentos previos.

3. Formulación de observaciones a los documentos que conforman los estudios previos. Para asegurar la transparencia, es indispensable que la entidad contratante permita, por medio del Secop, el conocimiento del contenido de los estudios previos de la licitación pública a los futuros proponentes con la finalidad de que formulen sus comentarios y observaciones.
4. Publicación de avisos para informar sobre el objeto y las características esenciales de la licitación. De conformidad con el Estatuto Contractual, dentro de diez a veinte días calendario anteriores a la apertura de la licitación se deben publicar hasta tres avisos con intervalos de dos a cinco días, de acuerdo con la naturaleza, el objeto y la cuantía del contrato, en la página web de la entidad y del Secop que comuniquen el objeto y las características esenciales de la licitación.
5. Acto administrativo de apertura del proceso de selección. Para garantizar los compromisos precontractuales de la entidad pública contratante con los futuros proponentes, la entidad debe emitir el acto jurídico por el cual se formaliza el proceso de selección. Lo anterior supone la obligación de la entidad pública contratante de publicar en el Secop el citado acto administrativo y los pliegos de condiciones definitivos.
6. Audiencia de aclaraciones para precisar el alcance y el contenido del pliego, así como los riesgos y la audiencia de riesgos. Para asegurar el cumplimiento de los principios orientadores de la contratación estatal, en especial el de libre concurrencia, dentro de los tres días siguientes a la fecha de presentación de propuestas, esto es, a partir de la fecha en la que quede ejecutoriado el acto administrativo por el cual se abre el proceso de selección, se celebrará la audiencia de aclaraciones con las personas que presentaron observaciones al prepliego o que estén interesados en participar.

Como consecuencia de la citada audiencia, puede ser necesario hacer ajustes al pliego de condiciones, para lo cual la entidad pública contratante podrá apelar a las “adendas”.

Una novedad plasmada en las nuevas modificaciones al Estatuto Contractual es que en el desarrollo del proceso de selección por licitación pública es indispensable surtir la audiencia de riesgos del respectivo contrato estatal, entre otras razones, con el objetivo de evitar futuras demandas de desequilibrio económico contractual por parte de los contratistas del Estado.

7. Audiencia de cierre de la licitación pública. La audiencia tiene como finalidad que la entidad pública contratante reciba las ofertas de quienes quieren participar en el proceso de selección. La entidad deberá elaborar el acta respectiva y publicarla en el Secop.
8. Evaluación de propuestas, subsanabilidad de requisitos y precios artificialmente bajos. Se refiere a la etapa de evaluación jurídica, técnica y financiera de las ofertas que se presentaron al proceso de selección. En las últimas modificaciones a la Ley 80 de 1993 se ha previsto que todos los requisitos ausentes en las propuestas que no constituyan factores de escogencia podrán ser solicitados por la entidad hasta la fecha de la adjudicación so pena de rechazo de la oferta y que la entidad pública contratante puede exigir a aquellos proponentes que, a criterio de la entidad pública, formulen precios artificialmente bajos, justifiquen financiera y técnicamente el precio ofertado, so pena de rechazo de la oferta.
9. Traslado de informe de evaluación a los interesados. Es obligación de la entidad pública contratante trasladar el informe de evaluación técnico, jurídico y financiero efectuado a todos los proponentes. El Estatuto Contractual prevé que dicha gestión se surtirá en cinco días contados a partir de la publicación del informe de evaluación en el Secop.
10. Audiencia de adjudicación. Tiene por finalidad adjudicar el contrato al oferente que cumplió de mejor manera los criterios de evaluación fijados por la entidad pública contratante. En la audiencia no se puede mejorar o modificar las ofertas presentadas y podrá suspenderse por el término necesario cuando, a juicio de la entidad, se requiera verificar observaciones formuladas por los proponentes en la audiencia de adjudicación



•Aspectos básicos aplicables a los procesos de selección•

o en el período de observaciones respecto al informe técnico, jurídico y financiero de las ofertas, si pudieran incidir en la decisión a adoptar.

Como consecuencia de la audiencia, la entidad pública contratante emitirá el acto administrativo de adjudicación del contrato, el cual no admite recurso, ya que solo se podrá demandar por vía del medio de control de nulidad o nulidad y restablecimiento del derecho. Dicho acto administrativo es irrevocable, a menos que dentro del plazo comprendido entre la adjudicación y la suscripción del contrato se presentara una inhabilidad o incompatibilidad sobreviniente o si se probara que el acto se obtuvo por medios ilegales. Si surge una irregularidad por ausencia de buenas prácticas, la entidad solo puede interponer la acción de lesividad.

La entidad pública ostenta la opción de emitir el acto administrativo de adjudicación o declarar desierto el proceso de selección porque ninguno de los proponentes cumplió con los criterios de evaluación.

### Selección abreviada

Mediante la selección abreviada se pretende agilizar y facilitar la consecución del objeto contractual en los casos en los que el tipo de contrato no amerita recurrir a la licitación pública y no encaja en los presupuestos normativos de la contratación directa.<sup>127</sup> Es posible llevarla a cabo mediante “diferentes procedimientos, entre los cuales se contemplan la subasta, la subasta inversa<sup>128</sup> o por menor precio, compra por catálogo sobre acuerdos marco y compra en bolsa de productos”.<sup>129</sup>

.....  
127 Palacio Hincapié, *La contratación de las entidades estatales*, 698.

128 La subasta inversa es una puja dinámica efectuada presencial o electrónicamente por quienes se encuentren habilitados para contratar mediante reducción sucesiva de precios durante un tiempo determinado. Las entidades estatales podrán utilizar este mecanismo para hacer las ofertas en procesos de licitación pública; en el pliego de condiciones deben establecerse las variables técnicas y económicas sobre las cuales los proponentes podrán mejorar sus propuestas. De conformidad con el Decreto 1510 de 2013, la licitación pública mediante subasta inversa se caracteriza porque los probables compradores elaboran una lista de bienes que desean comprar, es decir, deciden las especificaciones exactas del objeto que requieren, en lugar de que el vendedor lo haga y los vendedores ofrecen el mejor precio posible para el comprador. En dicha subasta los proponentes deben presentar un proyecto de oferta inicial en relación con los aspectos de la oferta que incluyan variables dinámicas, el cual podrá ser mejorado mediante el procedimiento de posturas sucesivas hasta la conformación de su oferta definitiva, que será presentada para cada variable dentro del plazo de la subasta. La adjudicación mediante este procedimiento no es automática, toda vez que debe pasar por la consideración del comité asesor, el cual revisará si se desarrolló adecuadamente.

129 Dussan Hitscherich y Herrera Santana, “Las modalidades de la contratación estatal”, 11.

La selección abreviada corresponde a la modalidad de selección objetiva prevista para aquellos casos en que, por las características del objeto a contratar, las circunstancias de la contratación o la cuantía o destinación del bien, obra o servicio, puedan adelantarse procesos simplificados para garantizar la eficiencia de la gestión contractual.<sup>130</sup>

Como instituye el Artículo 2 de la Ley 1150, los contratos que deben celebrarse con esta modalidad son:

- a) La adquisición o el suministro de bienes y servicios de características uniformes y de común utilización por parte de las entidades, entendidos como 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”.<sup>131</sup>
- b) Contratación de menor cuantía determinada de acuerdo con la Ley 1150 por el presupuesto de la entidad estatal contratante. Así, si la entidad tiene un presupuesto igual o superior a 1.200.000 salarios mínimos, la contratación directa será hasta 1.000 salarios y variará gradualmente para las entidades con un presupuesto menor, hasta llegar a los 280 salarios mínimos.
- c) Contratos para la prestación de servicios de salud.
- d) Contratos cuyo proceso de selección mediante licitación hubiera resultado desierto, siempre y cuando se inicie el proceso de contratación dentro de los cuatro meses siguientes a la declaratoria. En este caso, es posible modificar las características del pliego de condiciones.
- e) La enajenación de bienes del Estado, salvo los exceptuados en la Ley 226 de 1995 y los pertenecientes a entidades en liquidación, de acuerdo con

.....  
130 Colombia, Congreso de la República, *Ley 1150 de 2007*, art. 2, num. 2.

131 Colombia, Congreso de la República, *Ley 1150 de 2007*, art. 2.

“Tres elementos determinan que se trate de bienes o servicios de características técnicas uniformes: i) que tengan las mismas especificaciones técnicas; ii) que tengan la misma funcionalidad o, coloquialmente, que presten el mismo servicio, de manera que con los elementos adquiridos se puedan hacer las mismas tareas u obtener los mismos resultados esperados; iii) que sean bienes o servicios de igual calidad”. Dussan Hitscherich y Herrera Santana, “Las modalidades de la contratación estatal”, 10.

Las tres características que determinan la naturaleza de los bienes o servicios de características técnicas uniformes son: 1) que sean de común utilización en todas las entidades; 2) que tengan las mismas especificaciones técnicas y calidad, y 3) no importa el diseño; puede ser variable. Palacio Hincapié, *La contratación de las entidades estatales*, 297.

• Aspectos básicos aplicables a los procesos de selección •

lo postulado en el Decreto 254 de 2000 y la Ley 1105 de 2006, así como los bienes enunciados en el Decreto 1170 de 2008.<sup>132</sup>

- f) Productos de origen o destinación agropecuaria que se ofrezcan mediante bolsa de productos.
- g)
  - Los actos y contratos que tengan por objeto directo las actividades comerciales e industriales propias de las Empresas Industriales y Comerciales Estatales y de las Sociedades de Economía Mixta, con excepción de los contratos que a título enunciativo identifica el artículo 32 de la Ley 80 de 1993.<sup>133</sup>
- h) Los contratos de las entidades que tienen a su cargo programas de protección de personas amenazadas, reincorporación a la vida civil y desmovilización.
- i) La contratación de los bienes y servicios necesarios para la defensa del Estado.

Se exceptúa de dicha modalidad la ejecución de obras públicas y la contratación de servicios intelectuales. Esta puede hacerse por medio de subasta inversa, entendida como “una puja dinámica efectuada presencial o electrónicamente, mediante la reducción sucesiva de precios durante un tiempo determinado”.<sup>134</sup> Es necesario que en esta “cada bien o servicio debe tener una ficha técnica que incluirá su denominación común y técnica, las características y especificaciones, en términos de desempeño y calidad, la unidad de medida y una descripción general del mismo”.<sup>135</sup>

Asimismo, podrá seguirse este procedimiento en el caso de productos agrícolas por bolsa de productos:

Las entidades estatales pueden ser agrupadas como bienes y servicios de características técnicas uniformes y de común utilización que estén en las listas que para el efec-

132 Dussan Hitscherich y Herrera Santana, “Las modalidades de la contratación estatal”, 11.

133 Colombia, Congreso de la República, *Ley 1150 de 2007*, art. 2.

134 Colombia, Presidencia de la República, *Decreto 734 de 2012*, “Por el cual se reglamenta el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública y se dictan otras disposiciones” (Bogotá: *Diario Oficial* No. 48400, 13 de abril de 2012), art. 3.2.1.1.1.

135 Dussan Hitscherich y Herrera Santana, “Las modalidades de la contratación estatal”, 12. En igual sentido, puede verse Sandra Lucía López Pedreros, “La subasta inversa en la contratación pública. Estado del arte”, <http://www.funcionpublica.gov.co/eva/red/publicaciones/la-subasta-inversa-en-la-contratacion-publica> (acceso octubre 12, 2017).

to suministren las bolsas de productos. La participación de la entidad debe hacerse mediante un comisionista autorizado, seleccionado para tal fin. Por otra parte, según el artículo 3.2.1.2.3. del Decreto 734 de 2012, los estudios previos que justifican esta modalidad de contratación deben contener: 1. El precio máximo de la comisión que la entidad estatal pagará al comisionista que por cuenta de ella adquirirá los bienes y/o servicios a través de bolsa. 2. El precio máximo de compra de los bienes y/o servicios a adquirir a través de la bolsa. Finalmente, dispone el artículo 3.2.1.2.1. del Decreto 734 de 2012, que el régimen aplicable será el contenido en las disposiciones legales sobre los mercados de tales bolsas y en los reglamentos de éstas.<sup>136</sup>

También podrá adelantarse la selección abreviada por medio de acuerdos marco de precios, entendidos como:

Una herramienta para que el Estado agregue demanda, coordine y optimice el valor de las compras de bienes, obras o servicios de las Entidades Estatales para: (i) producir economías de escala, (ii) incrementar el poder de negociación del Estado; y (iii) compartir costos y conocimiento entre las diferentes agencias o departamentos del Estado. El acuerdo Marco de Precios es un contrato entre un representante de los compradores y uno o varios proveedores, que contiene la identificación del bien o servicio, el precio máximo de adquisición, las garantías mínimas y el plazo mínimo de entrega, así como las condiciones a través de las cuales un comprador puede vincularse al acuerdo. Generalmente, los compradores se vinculan a un Acuerdo Marco de Precios mediante una manifestación de su compromiso de cumplir las condiciones del mismo y la colocación de una orden de comprar para la adquisición de los bienes o servicios previstos en el acuerdo.<sup>137</sup>

## Concurso de méritos

El Artículo 219 del Decreto 019 de 2012 define el proceso de selección de concurso público como la modalidad prevista para la selección de consultores, en la que podrán utilizarse sistemas de concurso abierto o de precalificación. En este último caso, la conformación de la lista de precalificados se hará mediante convocatoria pública y puede haber listas limitadas de oferentes utilizando, entre otros, criterios de experiencia o capacidad intelectual, según sea el caso.

.....  
136 Dussan Hitscherich y Herrera Santana, "Las modalidades de la contratación estatal", 15.

137 Colombia compra eficiente, "Acuerdos marco", <https://www.colombiacompra.gov.co/tienda-virtual-del-estado-colombiano/acuerdos-marco/acuerdos-marco> (acceso octubre 15, 2017).

•Aspectos básicos aplicables a los procesos de selección•

En atención a la naturaleza jurídica de la selección en análisis, se concluye sin lugar a equívocos que aquí no se tiene en cuenta el precio como factor de evaluación, a diferencia del proceso de selección de licitación pública y de los demás procesos de selección de contratos estatales.

Se entiende por concurso de méritos al procedimiento de selección por medio del cual una entidad contratante escoge a un contratista solo tomando en consideración las calidades individuales del proponente,<sup>138</sup> al “calificar la experiencia de los proponentes, el cumplimiento de factores objetivos legales y de capacidad financiera, y en ese sentido no se toma como factor determinante para la selección del contratista las ofertas económicas”.<sup>139</sup>

Expresa la Ley 1150 de 2007:

[...] corresponde a la modalidad prevista para la selección de consultores o proyectos, en la que se podrán utilizar sistemas de concurso abierto o de precalificación. En este último caso, la conformación de la lista de precalificados se hará mediante convocatoria pública, permitiéndose establecer listas limitadas de oferentes utilizando para el efecto, entre otros, criterios de experiencia, capacidad intelectual y de organización de los proponentes, según sea el caso. De conformidad con las condiciones que señale el reglamento, en desarrollo de estos procesos de selección, las propuestas técnicas o de proyectos podrán ser presentadas en forma anónima ante un jurado plural, impar deliberante y calificado.<sup>140</sup>

Según Dussan y Herrera,<sup>141</sup> esta es la modalidad de contratación por excelencia para la adjudicación de consultorías,<sup>142</sup> en tanto tienen como finalidad la

138 Esto se debe a que: “El concurso de méritos se destina a buscar un contratista que desarrolle una actividad creativa, intelectual, o de desarrollo del espíritu, por lo cual el valor o precio no tiene ninguna incidencia en la escogencia, lo que importa es la propuesta técnica [...]”. Palacio Hincapié, *La contratación de las entidades estatales*, 317.

139 Asociación Nacional de Industriales [ANDI], “Contratación estatal. Concurso de méritos”. <http://proyectos.andi.com.co/es/GAI/Guilnv/ConEst/ConEst/Paginas/ConM%C3%A9ritos.aspx> (acceso septiembre 17, 2017).

140 Colombia, Congreso de la República, *Ley 1150 de 2007*, art. 2.

141 Dussan Hitscherich y Herrera Santana, “Las modalidades de la contratación estatal”, 17.

142 La consultoría consiste en aquellos contratos que “celebren las Entidades Estatales referidos a los estudios necesarios para la ejecución de proyectos de inversión, estudios de diagnóstico, prefactibilidad o factibilidad para programas o proyectos específicos, así como a las asesorías técnicas de coordinación, control y supervisión. Son también contratos de consultoría los que tienen por objeto la interventoría, asesoría, gerencia de obra o de proyectos, dirección, programación y la ejecución de diseños, planos, anteproyectos y proyectos. Ninguna orden del interventor de una obra podrá darse verbalmente. Es obligatorio para el interventor entregar por escrito sus órdenes o sugerencias y ellas deben enmarcarse en los términos del respectivo contrato”. Colombia, Congreso de la

ejecución de una obra intelectual que requiere condiciones técnicas calificadas.

En concordancia con el Artículo 3.3.1.2 del Decreto 734 de 2012, explican:

- a. Propuesta Técnica Simplificada (PTS). En este caso, la entidad suministra “la metodología exacta para la ejecución de la consultoría, así como el plan y cargas de trabajo para la misma”. En este caso se puede hacer un concurso abierto o mediante preclasificación, dependiendo del número de proponentes.
- b. Propuesta Técnica Detallada (PTD). Se trata de aquellos proyectos que pueden realizarse con “diferentes enfoques o metodologías”. Según la norma, en estos casos el concurso debe adelantarse mediante preclasificación de los proponentes, en la modalidad de lista corta.<sup>143</sup>

**El Consejo de Estado ha reiterado:**<sup>144</sup>

El concurso público ha sido definido como el procedimiento mediante el cual la administración señalando bases o normas claramente establecidas, selecciona entre varios participantes que han sido convocados, a la persona o personas que por razón de sus méritos y calidades, adquieren el derecho a ser nombradas en un cargo público. El procedimiento en su conjunto está encaminado a alcanzar la finalidad anotada, sobre la base del cumplimiento estricto de las reglas o normas del concurso, la publicidad de la convocatoria, la libre concurrencia, y la igualdad en el tratamiento de oportunidades para quienes participan en el mismo. Los concursos de méritos han sido creados para buscar la eficiencia y eficacia en el servicio público, para proteger la igualdad de oportunidades, y para brindar la protección de los derechos subjetivos derivados de los artículos 53 y 125 de la Carta, tales como el principio de estabilidad en el empleo, el sistema para el retiro de la carrera, y los beneficios propios de la condición de escalafonado.<sup>145</sup>

**El procedimiento del proceso de selección de concurso público está previsto en el Decreto 1510 de 2013, así:**

1. La entidad estatal en los pliegos de condiciones debe indicar la forma como calificará, entre otros, los siguientes criterios: a) la experiencia del interesado y del equipo

---

República, *Ley 80 de 1993*, “Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública” (Bogotá: *Diario Oficial* No. 41094, 28 de octubre de 1993), art. 32.

143 Dussan Hitscherich y Herrera Santana, “Las modalidades de la contratación estatal”, 18.

144 Pueden verse Colombia, Corte Constitucional, *Sentencia T-256 de 6 de junio 1995*, M. P. Antonio Barrera Carbonell; *Sentencia SU-133 de 2 de abril de 1998*, M. P. José Gregorio Hernández Galindo.

145 Colombia, Consejo de Estado, *Radicado 08001-23-31-000-2001-2215-01(AC-3412)*, *Sentencia de julio 26 de 2002*, C. P. Roberto Medina López.

•Aspectos básicos aplicables a los procesos de selección•

de trabajo, y b) la formación académica y las publicaciones técnicas y científicas del equipo de trabajo.

2. La entidad estatal debe publicar durante tres (3) días hábiles el informe de evaluación, el cual debe contener la calificación técnica y el orden de elegibilidad.

3. La entidad estatal debe revisar la oferta económica y verificar que está en el rango del valor estimado consignado en los documentos y estudios previos y del presupuesto asignado para el contrato.

4. La entidad estatal debe revisar con el oferente calificado en el primer lugar de elegibilidad la coherencia y consistencia entre: i) la necesidad identificada por la entidad estatal y el alcance de la oferta; ii) la consultoría ofrecida y el precio ofrecido, y iii) el precio ofrecido y la disponibilidad presupuestal del respectivo proceso de contratación. Si la entidad estatal y el oferente llegan a un acuerdo sobre el alcance y el valor del contrato, dejarán constancia del mismo y firmarán el contrato.

5. Si la entidad estatal y el oferente calificado en el primer lugar de elegibilidad no llegan a un acuerdo dejarán constancia de ello y la entidad estatal revisará con el oferente calificado en el segundo lugar de elegibilidad los aspectos a los que se refiere el numeral anterior. Si la entidad estatal y el oferente llegan a un acuerdo dejarán constancia del mismo y firmarán el contrato.

6. Si la entidad estatal y el oferente calificado en el segundo lugar de elegibilidad no llegan a un acuerdo, la entidad estatal debe declarar desierto el proceso de contratación.<sup>146</sup>

### Mínima cuantía

La contratación por mínima cuantía fue creada mediante el Artículo 94 de la Ley 1474 de 2011 —Estatuto Anticorrupción— para todos aquellos casos en los cuales, sin importar el objeto particular del contrato,<sup>147</sup> se adquieran bienes, servicios u obras cuyo valor sea igual o inferior a un 10 % de la menor cuantía de la entidad contratante. Esta se efectúa de acuerdo con lo establecido en el Artículo en cuestión, en sujeción a las siguientes reglas:

- a) Se publicará una invitación, por un término no inferior a un día hábil, en la cual se señalarán el objeto a contratar, el presupuesto destinado para tal fin y las condiciones técnicas exigidas.

<sup>146</sup> Colombia, Presidencia de la República, *Decreto 1510 de 2013*, art. 67.

<sup>147</sup> Colombia, Corte Constitucional, *Sentencia C-004 de 18 de enero de 2017*, M. P. Alejandro Linares Cantillo.

- b) El término previsto en la invitación para presentar la oferta no podrá ser inferior a un día hábil.
- c) Mediante comunicación de aceptación de la oferta, la entidad seleccionará la propuesta con el menor precio, siempre y cuando cumpla con las condiciones exigidas.
- d) La comunicación de aceptación y la oferta constituyen para todos los efectos el contrato celebrado, con base en el cual se hará el registro presupuestal.

Esta modalidad de contratación no constituye en sí un procedimiento especial, sino un mecanismo de selección con unos requisitos menores, con la finalidad de agilizar el proceso de contratación y atender de forma eficiente. En concordancia con lo estipulado en el Decreto 734 de 2012 no es posible solicitar que los contratantes estén inscritos en el RUP; de allí que esta modalidad permita contratar con las grandes superficies para garantizar la economía en la celebración del contrato, sin que sea necesario publicar la invitación a participar en la página de la entidad que pretende la celebración del contrato.

Como características de esta modalidad, el reglamento prevé que solo debe verificarse el cumplimiento de los requisitos habilitantes de la propuesta con el menor precio. En caso [de] que en la propuesta falten documentos que acrediten estos requisitos, la entidad no podrá rechazar al proponente (artículo 2.2.8 del Decreto 734 de 2012) y deberá requerirlo para que subsane. Otra particularidad de esta modalidad es que no es obligatorio exigir garantías, de acuerdo con el objeto del contrato y la forma de pago. Debe tenerse en cuenta que muchos de los bienes y servicios que se adquieren en el comercio están amparados por la denominada “garantía mínima presunta”, que contempla el Decreto 3466 de 1982.<sup>148</sup>

## Contratación directa

De la redacción de la Ley 1150 de 2007 se deduce que si la selección por licitación es la regla general para la celebración de los contratos administrativos, la contratación directa es su antítesis directa<sup>149</sup> y solo procede por excepción en los

.....  
148 Dussan Hitscherich y Herrera Santana, “Las modalidades de la contratación estatal”, 23.

149 El Consejo de Estado había sostenido esta tesis desde hace algunas décadas, con punto de partida en Colombia, Consejo de Estado, *Radicado 1412, Sentencia de agosto 4 de 1980*, C. P. Jaime Paredes Tamayo.



casos taxativamente establecidos en el numeral 4 del Artículo 2 de la mencionada disposición normativa.

[Es] una forma de seleccionar al contratista en la cual la concurrencia de oferentes es limitada. La contratación directa se conoce en el derecho comparado con la expresión “contrato negociado”, con lo cual se da a entender que es aquel en el cual el Estado y un proponente determinado se ponen en contacto para llegar al acuerdo que genera la contratación.<sup>150</sup>

Al tenor de la norma, esta procede en los casos de: a) urgencia manifiesta; b) contratación de empréstitos;<sup>151</sup> c) contratos interadministrativos;<sup>152</sup> d) contratación de bienes y servicios en el sector defensa; e) contratos encaminados al desarrollo de actividades científicas y tecnológicas; f) contratos de encargo fiduciario de las entidades territoriales en proceso de reestructuración de pasivos; g) cuando no exista pluralidad de oferentes en el mercado o personas registradas en el RUP o haya un derecho de exclusividad o monopolio sobre el bien al que se pretende acceder; h) para la ejecución de trabajos que solo pueden encomendarse a ciertas personas naturales en virtud de sus habilidades, e i) el arrendamiento o la adquisición de inmuebles por parte de la Administración.<sup>153</sup>

El Consejo de Estado ha mencionado que esta:

[...] procede en aquellos eventos en los cuales puede suscitarse la necesidad de remediar o evitar males presentes o futuros pero inminentes, provocados bien sea en virtud de los estados de excepción, o por la paralización de los servicios públicos, o provenientes de 3 situaciones de calamidad o hechos constitutivos de fuerza mayor o desastres, o cualquier otra circunstancia similar que tampoco dé espera en su solución, de tal manera que resulte inconveniente el trámite del proceso licitatorio de selección de contratistas reglado en el estatuto contractual, por cuanto implica el agotamiento de una serie de etapas que se toman su tiempo y hacen más o menos largo el lapso para adjudicar el respectivo contrato, circunstancia que, frente a una situación

.....  
150 Palacio Hincapié, *La contratación de las entidades estatales*, 317.

151 Se rigen por lo establecido en el Decreto 2681 de 1991 y demás normas concordantes, sin que se requiera de justificación.

152 Jorge Enrique Santos Rodríguez, “Consideraciones sobre los contratos y convenios interadministrativos”, *Revista digital de derecho administrativo*, núm. 1 (2009): 1-24.

153 Palacio Hincapié, *La contratación de las entidades estatales*, 319.

de urgencia obviamente resulta entorpecedora, porque la solución en estas condiciones, puede llegar tardíamente, cuando ya se haya producido o agravado el daño.<sup>154</sup>

Para su utilización es necesario analizar: 1) las inconveniencias, bien sean técnicas, jurídicas o económicas para la celebración de una convocatoria pública; 2) la idoneidad del contratista para el cumplimiento cabal del objeto contractual; 3) los beneficios logísticos y técnicos que ofrece la implementación de dicha modalidad, y 4) la verificación de la correspondencia de los precios establecidos en la propuesta y aquellos propios o comunes al mercado.<sup>155</sup>

Por su parte, la celebración de contratos interadministrativos<sup>156</sup> solo procede cuando las obligaciones:

.....  
154 Colombia, Consejo de Estado, *Radicado 11001-03-26-000-2007-00055-00(34425)*, *Sentencia de 7 de febrero de 2011*, C. P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

En sentido similar se ha manifestado la Corte Constitucional: “a. Que la ‘urgencia manifiesta’ es una situación que puede decretar directamente cualquier autoridad administrativa, sin que medie autorización previa, a través de acto debidamente motivado.

b. Que ella existe o se configura cuando se acredite la existencia de uno de los siguientes presupuestos:

- Cuando la continuidad del servicio exija el suministro de bienes, o la prestación de servicios, o la ejecución de obras en el inmediato futuro.
- Cuando se presenten situaciones relacionadas con los estados de excepción.
- Cuando se trate de conjurar situaciones excepcionales relacionadas con hechos de calamidad o constitutivos de fuerza mayor o desastre que demanden actuaciones inmediatas y,
- En general, cuando se trate de situaciones similares que imposibiliten acudir a los procedimientos de selección o concurso públicos.

c. Que la declaratoria de ‘urgencia manifiesta’ le permite a la correspondiente autoridad administrativa:

- Realizar de manera directa, en sus propios presupuestos, los ajustes o modificaciones presupuestales a que haya lugar, de conformidad con lo 4 previsto en la ley orgánica de presupuesto (Parágrafo 1o. artículo 41 Ley 80 de 1993).
- Hacer los traslados presupuestales internos que se requieran dentro del presupuesto del organismo o entidad estatal correspondiente (Parágrafo único artículo 42 Ley 80 de 1993).

d. Que dada la mayor autonomía con que se dota a las autoridades administrativas, para afrontar situaciones de urgencia y excepción, la vigilancia sobre las actuaciones que se deriven de su declaratoria, deberá ejercerla el organismo de control de manera especial e inmediata, según lo establece el artículo 43 de la Ley 80 de 1993”. Colombia, Corte Constitucional, *Sentencia C-772 de 10 de diciembre 1998*, M. P. Fabio Morón Díaz.

155 Contraloría General de la República, Auditoría General de la República y Procuraduría General de la Nación, *Circular conjunta No. 14* (Bogotá, 1 de junio de 2011).

156 “Las Entidades que se encuentran señaladas en el artículo 2 de la Ley 80 de 1993 podrán celebrar directamente contratos entre ellas, teniendo en cuenta que la obligaciones pactadas en ellos deben tener relación directa con el objeto de la Entidad ejecutora. La ejecución de estos contratos estará sometida al Estatuto General de Contratación Pública y al artículo 78 del Decreto 1510 de 2013 por el cual se reglamenta el sistema de compras

•Aspectos básicos aplicables a los procesos de selección•

[...] tengan relación directa con el objeto de la entidad ejecutora señalado en la ley o sus reglamentos [excepto] los contratos de obra, suministro, prestación de servicios de evaluación de conformidad respecto de las normas o reglamentos técnicos, encargos fiduciarios y fiducia pública cuando las instituciones de educación superior públicas o las Sociedades de Economía Mixta con participación mayoritaria del Estado, o las personas jurídicas sin ánimo de lucro conformadas por la asociación de entidades públicas, o las federaciones de entidades territoriales sean las ejecutoras. Estos contratos podrán ser ejecutados por las mismas, siempre que participen en procesos de licitación pública o contratación abreviada de acuerdo con lo dispuesto por los numerales 1 y 2 del presente artículo.<sup>157</sup>

Por último, la contratación de bienes y servicios del sector defensa y la Dirección Nacional de Inteligencia solo procede para los bienes taxativamente enunciados en el Decreto 734 de 2012, por cuanto la regla general, en concordancia con la Ley 1150 de 2007, es que las contrataciones de este sector se hagan por medio de selección abreviada. Deberán adquirirse por esa vía los siguientes bienes:

1. Armas y sistemas de armamento mayor y menor de todos los tipos, modelos y calibres con sus accesorios, repuestos y los elementos necesarios para la instrucción de tiro, operación, manejo y mantenimiento de los mismos.
2. Elementos, equipos y accesorios contra motines.
3. Herramientas y equipos para pruebas y mantenimiento del material de guerra, defensa y seguridad nacional.
4. Equipos optrónicos y de visión nocturna, sus accesorios, repuestos e implementos necesarios para su funcionamiento.
5. Equipos y demás implementos de comunicaciones, sus accesorios, repuestos e implementos necesarios para su funcionamiento.
6. Equipos de transporte terrestre, marítimo, fluvial y aéreo con sus accesorios, repuestos, combustibles, lubricantes y grasas, necesarios para el transporte de personal y material del sector defensa y del Departamento Administrativo de Seguridad —DAS.

---

y contratación pública". José del Carmen Sanguinete Peña, "Los contratos y convenios interadministrativo y las incidencias disciplinarias en la contratación directa" (tesis de Especialización, Universidad Militar Nueva Granada, 2015), 8.

157 Colombia, Congreso de la República, *Ley 1474 de 2011*, art. 92.

7. Todo tipo de naves, artefactos navales y fluviales, así como aeronaves destinadas al servicio del ramo de defensa nacional, con sus accesorios, repuestos y demás elementos necesarios para su operatividad y funcionamiento.
8. Municiones, torpedos y minas de todos los tipos, clases y calibres para los sistemas de armas y armamento mayor o menor.
9. Equipos de detección aérea, de superficie y submarinas, sus repuestos y accesorios, equipos de sintonía y calibración para el sector defensa.
10. Equipos de inteligencia que requieran el sector defensa y el Departamento Administrativo de Seguridad.
11. Las obras públicas cuyas características especiales tengan relación directa con la defensa y seguridad nacionales, así como las consultorías relacionadas con las mismas, de acuerdo con lo señalado en el artículo 32 de la Ley 80 de 1993.
12. La prestación de servicios relacionados con la capacitación, instrucción y entrenamiento militar y policial del personal de la Fuerza Pública, así como para el diseño de estrategias relacionadas con la Defensa y/o Seguridad Nacional.
13. Los convenios de cooperación industrial y social (*offset*) que se celebren con los contratistas de los bienes y servicios a que se refieren el artículo 53 y el presente artículo, los cuales tendrán como propósito incentivar la transferencia de tecnología tanto al sector público como al sector real, así como favorecer el desarrollo industrial y social del país. El convenio será autónomo en relación con el contrato o contratos que les sirven de origen en todos sus aspectos, y en él se acordarán los objetivos de cooperación, las prestaciones mutuas que se darán las partes para la obtención del objetivo buscado, así como las condiciones que se acuerden entre las partes, incluyendo garantías en el evento en que se estimen necesarias. En ningún caso los convenios supondrán compromisos presupuestales de la entidad contratante, sin perjuicio de la realización de inversiones que resulten necesarias para materializar el objeto de la cooperación. Se entienden incluidos dentro de la presente causal los acuerdos derivados del convenio, tanto con la entidad transferente de tecnología, como con los beneficiarios.
14. El mantenimiento de los bienes y servicios señalados en el presente artículo, así como las consultorías que para la adquisición o mantenimiento de los mismos se requieran, incluyendo las interventorías necesarias para la ejecución de los respectivos contratos.
15. Los convenios de apoyo o colaboración para la Defensa y/o Seguridad Nacional, suscritos entre el Ministerio de Defensa Nacional-Fuerzas Militares-Policía Nacional con personas jurídicas relacionadas con los sectores energético, petrolero, minero,

• Aspectos básicos aplicables a los procesos de selección •

infraestructura, salud, comunicaciones y educación, así como aquellos para la ejecución de programas de acción integral y erradicación de cultivos, ilícitos, entre otros.

16. Bienes que tengan por finalidad garantizar la vida e integridad del Comandante Supremo de las Fuerzas Armadas de la República, tales como elementos de protección personal; equipos de transporte de cualquier naturaleza, así como sus repuestos y mantenimiento; equipos de comunicaciones con sus accesorios, repuestos e implementos necesarios para su funcionamiento; mantenimiento y adecuación de instalaciones y, en general, todos aquellos servicios que para tal finalidad deban ser adquiridos bajo esta modalidad por el Sector Defensa y el Departamento Administrativo de Seguridad —DAS— [este último ya extinto].<sup>158</sup>

**La Corte Constitucional se ha pronunciado en relación con la contratación directa y la aplicación de los principios que rigen la contratación estatal, así:**

Los principios de la contratación estatal que el legislador enuncia precisan de manera concreta y regula en los artículos 23 y siguientes de la Ley 80 de 1993, no son simples definiciones legales, sino normas de contenido específico, de obligatorio acatamiento en toda la contratación estatal, sea cual fuere la modalidad en que ésta se realice. Es decir, que tanto en el caso de la contratación mediante licitación pública o concurso de méritos, como en la contratación directa, son aplicables de manera estricta los principios que orientan la contratación pública, cuales son la transparencia, responsabilidad, selección objetiva, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, en armonía con lo preceptuado por el artículo 209 de la Carta, que los instituye para el ejercicio de la función administrativa.<sup>159</sup>

**Respecto al procedimiento general para la selección de contratistas por contratación directa, el Decreto 1510 de 2013 exige la expedición de un acto administrativo que justifique la contratación directa:**

La entidad estatal debe señalar en un acto administrativo la justificación para contratar bajo la modalidad de contratación directa, el cual debe contener:

1. La causal que invoca para contratar directamente.
2. El objeto del contrato.
3. El presupuesto para la contratación y las condiciones que exigirá al contratista.
4. El lugar en el cual los interesados pueden consultar los estudios y documentos previos.

.....  
158 Colombia, Presidencia de la República, *Decreto 734 de 2012*, art. 3.4.2.2.1.

159 Colombia, Corte Constitucional, *Sentencia C-508 de 3 de julio de 2002*, M. P. Alfredo Beltrán Sierra.

Este acto administrativo no es necesario cuando el contrato a celebrar es de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión, y para los contratos de que tratan los literales a), b) y c) del artículo 75 del presente decreto.<sup>160</sup>

## Contratación pública electrónica

Se entiende por contratación electrónica o contratación pública electrónica aquella en la cual se ha utilizado un medio electrónico para la consecución de la celebración del contrato, siempre y cuando este medio tenga una incidencia real y directa sobre la formación de la voluntad, la celebración o desarrollo del contrato pactado.<sup>161</sup> Sostienen Ibáñez y Rincón:

[...] el comercio electrónico se ha visto jurídicamente enriquecido, teniendo como sustento el interés general de brindar seguridad y confianza principalmente a los negocios jurídicos que se desarrollan a través de las nuevas tecnologías, en tal sentido encontramos que existen los siguientes cuatro principios aplicables en los entornos electrónicos.<sup>162</sup>

Los principios en cuestión son: de equivalencia funcional, de neutralidad tecnológica, de buena fe y de libertad contractual. La contratación electrónica tiene como finalidad facilitar la publicidad y selección de proponentes; de allí que:

[...] puede utilizarse para la licitación pública y la selección abreviada de menor cuantía, previstas en el EGCAP. La Ley 527 de 1999 o Ley de Comercio Electrónico, declara en su artículo 14 que son válidas la oferta y aceptación expresadas por medio de mensajes de datos, sin perjuicio de las condiciones previstas en las normas que rigen el acto o negocio jurídico en particular. Para ello, es necesario tener certeza sobre el “indicador” y contenido del mensaje, circunstancias que deben ser atendidas por la entidad al elaborar el pliego de condiciones. Al efecto, la Ley 527 de 1999, en sus artículos 14 al 25, fija los criterios para regular estos aspectos. Específicamente, en relación con el contenido, el artículo 18 permite que el destinatario presuma que el mensaje de datos recibido corresponde al enviado por el iniciador cuando pueda

.....  
160 Colombia, Presidencia de la República, *Decreto 1510 de 2013*, art. 73.

161 Laguado Giraldo, “La contratación pública electrónica en Colombia”, 457-498.

162 Óscar Ibáñez Parra y Érik Rincón Cárdenas, “El acto administrativo electrónico y las nuevas tecnologías de la información”, *Civilizar* 4, núm. 7 (2015): 4.

•Aspectos básicos aplicables a los procesos de selección•

atribuírsele conforme a las reglas del artículo 17 o “tenga derecho a actuar con arreglo a este supuesto”.<sup>163</sup>

De acuerdo con la Corte Constitucional, tiene como particularidad que privilegia la materialización del principio de publicidad de la función administrativa, en tanto:

[...] resulta en un alto grado pertinente a la aplicación de sistemas electrónicos de información dentro de la actividad de las autoridades públicas, referida a la contratación pública, por cuanto la aplicación de dicho principio permite que los ciudadanos conozcan y observen las actuaciones de la administración y estén por ende capacitados para impugnarlas, a través de los recursos y acciones correspondientes, ubicándose de esta manera en el ámbito expansivo del principio democrático participativo.<sup>164</sup>

Se ejecuta por medio del Secop, el cual cuenta con tres plataformas para registrar la actividad contractual, a saber: 1) Secop I, que tiene fines netamente de publicidad. A ella deben subirse los documentos en un plazo no superior a tres días tras su expedición o aprobación; 2) Secop II, y 3) Tienda virtual del Estado colombiano. Estas últimas son plataformas de tipo transaccional, en donde la información se encuentra disponible en tiempo real.

Las Entidades deben registrar la información de sus Procesos de Contratación en una sola de las plataformas electrónicas del SECOP. Las órdenes de compra derivadas de los instrumentos de agregación de demanda son registradas en la Tienda Virtual del Estado Colombiano y no es necesario publicarlas en cualquiera de las otras plataformas. Igualmente, los Procesos de Contratación en línea adelantados en el SECOP II están registrados en el SECOP II y no requieren otro tipo de publicación. Duplicar la información afecta la información del Sistema de Compra Pública.<sup>165</sup>

Existen reglas especiales o particulares relativas a las condiciones de calidad y oportunidad de la información del Sistema de Compra Pública en determinados casos:

(a) En los Procesos de Contratación con varios adjudicatarios, la Entidad debe publicar las ofertas de todos los proponentes que resultaron adjudicatarios. Si la Entidad suscribe un contrato por adjudicatario debe publicar todos los contratos dentro del mismo Proceso de Contratación. La Entidad no debe hacer un nuevo registro para

.....  
163 Dussan Hitscherich y Herrera Santana, “Las modalidades de la contratación estatal”, 16.

164 Colombia, Corte Constitucional, *Sentencia C-259 de 11 de marzo de 2008*, M. P. Jaime Córdoba Triviño.

165 Colombia compra eficiente, *Circular externa No. 23* (Bogotá, 16 de marzo de 2017).

cada uno de los contratos pues duplica la información de un mismo Proceso de Contratación lo cual afecta el proceso de seguimiento de la información del Sistema de Compra Pública.

(b) El valor de registro de los convenios interadministrativos y de los contratos con organismos multilaterales debe incluir el valor del aporte que hace la Entidad y no el valor total del convenio o contrato.

(c) En el SECOP los datos de la modificación de un contrato que adiciona el plazo o el valor del mismo deben ser registrados en el campo asignado para el efecto y no como un documento adicional.

(d) Los contratos de seguro están contenidos en las pólizas, por lo cual las Entidades deben publicar además del contrato suscrito con la aseguradora (i) las pólizas adquiridas o (ii) un documento en formato Excel que indique el ramo, la vigencia de la póliza, la prima, la suma asegurada y el deducible de cada póliza adquirida. Este documento debe estar publicado en el SECOP I como documentos adicionales dentro del Proceso de Contratación y en SECOP II en el módulo de documentos del contrato. Este documento no es necesario cuando la Entidad Estatal compra la póliza en la Tienda Virtual del Estado Colombiano.<sup>166</sup>

La transparencia por medios electrónicos desempeña un papel importante en la materialización de la Administración pública en consonancia con los lineamientos de la Unión Europea y en especial del Consejo de Europa, en donde Colombia es un referente frente al derecho fundamental de acceso a la información pública. Sánchez enmarca el debido proceso electrónico como elemento esencial de la buena e-administración, en la cual la e-participación tiene un rol preponderante en la democracia electrónica.<sup>167</sup>

.....  
<sup>166</sup> Colombia compra eficiente, *Circular externa No. 23*.

<sup>167</sup> Marco Emilio Sánchez Acevedo, *El derecho a la buena administración electrónica* (Bogotá: Universidad Católica de Colombia, 2016), 228 y 311.



## CONSIDERACIONES EN TORNO A LOS PRINCIPALES CONTRATOS PÚBLICOS E INSTRUMENTOS DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS DERIVADOS DE SU EJECUCIÓN

La Ley 80 de 1993 no determina taxativamente los tipos de contratos, por lo que la Administración puede celebrar contratos innominados, pero sujetos al Estatuto Contractual. Esta Ley define los contratos de obra, consultoría, prestación de servicios, concesión, encargos fiduciarios y fiducia pública; en todos los demás casos, el operador jurídico de los contratos deberá remitirse al derecho privado, a las disposiciones especiales sobre contratos y a las normas que regulen actos jurídicos generadores de obligaciones o que permitan la autonomía de la voluntad.

Esta norma delimita los contratos estatales como todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades estatales, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad, así como los que a título enunciativo se definen en la ley. Expresa que son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades sometidas a la aplicación del Estatuto de contratación estatal,<sup>168</sup> así como:

- a) Los contratos de obra: son los que el Estado celebra por medio de sus entidades con la finalidad de construir, mantener, instalar y, en general, para

.....  
<sup>168</sup> Colombia, Congreso de la República, *Ley 80 de 1993*, art. 32.

desempeñar cualquier otro trabajo sobre bienes inmuebles, sin importar la modalidad de ejecución o la forma de pago.

**b) Contrato de consultoría:**

Son contratos de consultoría los que celebren las Entidades Estatales referidos a los estudios necesarios para la ejecución de proyectos de inversión, estudios de diagnóstico, prefactibilidad o factibilidad para programas o proyectos específicos, así como a las asesorías técnicas de coordinación, control y supervisión. Son también contratos de consultoría los que tienen por objeto la interventoría, asesoría, gerencia de obra o de proyectos, dirección, programación y la ejecución de diseños, planos, anteproyectos y proyectos. Ninguna orden del interventor de una obra podrá darse verbalmente. Es obligatorio para el interventor entregar por escrito sus órdenes o sugerencias y ellas deben enmarcarse dentro de los términos del respectivo contrato.<sup>169</sup>

**c) Contrato de prestación de servicios:** tienen como propósito desarrollar las actividades relacionadas con la administración o el funcionamiento de la entidad contratante. Solo es posible celebrarlos con personas naturales para el cumplimiento de funciones que no pertenezcan al personal de planta o requieran conocimientos especializados.

**d) Concesión:**

Son contratos de concesión los que celebran las Entidades Estatales con el objeto de otorgar a una persona llamada concesionario la prestación, operación, explotación, organización o gestión, total o parcial, de un servicio público, o la construcción, explotación o conservación total o parcial, de una obra o bien destinados al servicio o uso público, así como todas aquellas actividades necesarias para la adecuada prestación o funcionamiento de la obra o servicio por cuenta y riesgo del concesionario y bajo la vigilancia y control de la entidad concedente, a cambio de una remuneración que puede consistir en derechos, tarifas, tasas, valorización, o en la participación que se le otorgue en la explotación del bien, o en una suma periódica, única o porcentual y, en general, en cualquier otra modalidad de contraprestación que las partes acuerden.<sup>170</sup>

**e) Encargo fiduciario y fiducia pública:**

[...] los encargos fiduciarios y los contratos de fiducia pública sólo podrán celebrarse por las Entidades Estatales con estricta sujeción a lo dispuesto en el presente estatuto, únicamente para objetos y con plazos precisamente determinados. En ningún caso

169 Colombia, Congreso de la República, *Ley 80 de 1993*, art. 32, num. 2.

170 Colombia, Congreso de la República, *Ley 80 de 1993*, art. 32, num. 4.

las entidades públicas fideicomitentes podrán delegar en las sociedades fiduciarias la adjudicación de los contratos que se celebren en desarrollo del encargo o de la fiducia pública, ni pactar su remuneración con cargo a los rendimientos del fideicomiso, salvo que éstos se encuentren presupuestados. Los encargos fiduciarios y los contratos de fiducia mercantil que a la fecha de promulgación de esta ley hayan sido suscritos por las Entidades Estatales, continuarán vigentes en los términos convenidos con las sociedades fiduciarias [...].<sup>171</sup>

## Obra pública

El contrato de obra pública genera dos conceptos jurídicos que, si bien guardan relación, son distintos: “obra pública” y “trabajo público”. La segunda categoría abarca:

a. los trabajos realizados directamente por la administración, b. los trabajos realizados por particulares mediante contratos de concesión de obra pública, c. los trabajos realizados por particulares mediante sistemas mixtos tales como el de “dirección interesada”, d. los trabajos realizados por particulares mediante contratos de obra pública con la administración.<sup>172</sup>

La primera acepción se refiere a una cosa y la segunda, a la especie del contrato público. Más allá de esta distinción existe una serie de diferencias importantes: 1) una obra pública no es necesariamente el resultado de un contrato de obra pública; 2) no todo contrato de obra pública está encaminado a la creación de una obra pública, y 3) no todos los contratos de obra pública encaminados a la construcción de una obra pública tienen como resultado la consecución de la misma.<sup>173</sup>

De acuerdo con su forma de pago se clasifican en unitarios y por precio global. Este último alude a:

[...] aquellos en los que el contratista, a cambio de las prestaciones a que se compromete, obtiene como remuneración una suma fija siendo el único responsable de la vinculación de personal, de la elaboración de subcontratos y de la obtención

171 Colombia, Congreso de la República, *Ley 80 de 1993*, art. 32, num. 5.

172 Agustín Gordillo, “Obra pública y contrato de obra pública”, *Lecciones y ensayos*, núm. 32 (1966): 45.

173 La definición más asociada con el vocablo de obra pública es aquella según la cual: “1) Se trata de una cosa mueble o inmueble, 2) de construcción artificial, es decir, realizada por la mano del hombre (por oposición a los bienes que existen en el estado en que los ofrece la naturaleza), 3) de propiedad del Estado, 4) afectada a fines de utilidad general”. Gordillo, “Obra pública y contrato de obra pública”, 48.

de materiales, mientras que en el contrato a precios unitarios la forma de pago es por unidades o cantidades de obra y el valor total corresponde al que resulta de multiplicar las cantidades de obras ejecutadas por el precio de cada una de ellas comprometiéndose el contratista a realizar las obras especificadas en el contrato. Esta distinción resulta fundamental, porque, como lo ha señalado la jurisprudencia, en el contrato a precio global se incluyen todos los costos directos e indirectos en que incurrirá el contratista para la ejecución de la obra y, en principio, no origina el reconocimiento de obras adicionales o mayores cantidades de obra no previstas, en tanto en el contrato a precios unitarios, toda cantidad mayor o adicional ordenada y autorizada por la entidad contratante debe ser reconocida, aunque, de todos modos, en uno y otro caso, el contratista tiene el derecho a reclamar en oportunidad por las falencias atribuibles a la entidad sobre imprevistos en el proceso de selección o en el contrato, o por hechos que la administración debe conocer, que desequilibran la ecuación financiera y que están por fuera del control del contratista, cuando quiera que no se hayan adoptado las medidas encaminadas a restituir el contrato a sus condiciones económicas iniciales.<sup>174</sup>

Según la forma de pago del contrato de obra se puede clasificar así:

1. Contrato de obra por precio global o precio alzado: en este tipo contractual quedan incluidos todos los costos en los que deba incurrir el contratista para la ejecución de la obra.

Las principales consecuencias del contrato de obra a precio global fijo son las siguientes:

- El precio del contrato es fijo, lo cual significa que no es susceptible de modificarse, salvo que por circunstancias extrañas a las partes se justifique la celebración de un nuevo acuerdo de voluntades mediante la suscripción de un contrato adicional que modifique el precio pactado.
- Se estipula de manera precisa el valor exacto que debe pagarse por la ejecución de la obra.
- Cualquier error, omisión o inexactitud en los estudios y cálculos previos de la obra puede implicar complicaciones serias en su desarrollo.
- Se requieren diseños previos aprobados por la entidad pública contratante.

174 Colombia, Consejo de Estado, *Radicalo 25000-23-26-000-1997-04390-01(18080)*, *Sentencia de 31 de agosto de 2011*.

- Al contratista se le traslada la responsabilidad de la ejecución de la obra y es él quien asume el riesgo de la construcción, por cuanto en el precio se incluyen todos los costos directos e indirectos en los que deba incurrir por la ejecución del contrato.
2. Contrato de obra por precios unitarios: en él las partes establecen el costo por unidad de cada uno de los conceptos o ítems de la obra. Con base en este valor, las partes definen la estimación inicial de la obra, pero el valor real es el que corresponde a la multiplicación de las cantidades de obra ejecutadas efectivamente por el precio de cada unidad.

El contrato de obra a precios unitarios supone varios aspectos:

- Durante la ejecución del contrato se presenta la posibilidad de revisar su valor final.
  - En la mayoría de los casos no coincide el valor pactado con el final.
  - El contratista no podrá facturar lo que no haya ejecutado, pues se le paga lo que realmente haya llevado a cabo.
  - La entidad asume el riesgo de la construcción.
3. Contrato de obra por administración delegada: el contratista ejecuta las obras con los fondos que le suministra la entidad contratante y por eso recibe remuneración u honorarios. Esto quiere decir que el contratista hace las inversiones necesarias con los recursos públicos, pero está obligado a rendir cuentas a la entidad; sus utilidades consistirán en una suma fija preestablecida o en un porcentaje o índice sobre el monto total de la inversión.

El contrato por administración delegada conlleva la procedencia de la subcontratación, pero el subcontratista no responde ante la entidad por el cumplimiento del contrato, pues lo hace el administrador delegado.

Frente a las modalidades de selección procedentes para la celebración de un contrato de obra pública se tiene que es posible acudir a la licitación pública, en tanto regla general para la celebración de los contratos de la Administración; a la selección abreviada, siempre y cuando se trate de menor cuantía o se presente reserva en el caso del sector defensa y seguridad nacional; a la contratación directa en los casos de reserva

taxativamente establecidos en la ley; por último, a la mínima cuantía cuando se cumplan sus presupuestos económicos.<sup>175</sup>

El contrato de obra pública implica un control a la calidad de su ejecución, el cual se inserta mediante la cláusula explícita de obligaciones contractuales, la cláusula de interventoría o supervisión y de las cláusulas de penalidad.<sup>176</sup>

### Contrato de concesión

En concordancia con lo regulado normativamente por el Artículo 4 de la Ley 80 de 1993, se entiende por contrato de concesión aquel mediante el cual la Administración otorga a un concesionario:

[La] prestación, operación, explotación, organización o gestión, total o parcial, de un servicio público, o la construcción, explotación o conservación total o parcial, de una obra o bien destinados al servicio o uso público, así como todas aquellas actividades necesarias para la adecuada prestación o funcionamiento de la obra o servicio por cuenta y riesgo del concesionario y bajo la vigilancia y control de la entidad concedente, a cambio de una remuneración que puede consistir en derechos, tarifas, tasas, valorización, o en la participación que se le otorgue en la explotación del bien, o en una suma periódica, única o porcentual y, en general, en cualquier otra modalidad de contraprestación que las partes acuerden.<sup>177</sup>

#### El Consejo de Estado afirma en torno a este:

De tal forma, para efectos jurídicos, el término concesión tiene al menos dos significados: como contrato propiamente dicho y como autorización o permiso. En el primer caso, hace referencia a aquellas modalidades de concesión que han sido tipificadas como contrato por la misma ley 80 de 1993, o por otras disposiciones legales, por ejemplo, concesión minera, concesión petrolera, concesión para la explotación de juegos de apuestas permanentes, concesión de servicios de telefonía de larga distancia nacional e internacional, concesión en contratos de aseo, concesión de las riberas de los ríos, concesión de servicios de radiodifusión sonora, etc. En el segundo caso, el vocable “concesión” dentro de un texto, incluso legal, puede significar la autoriza-

175 Colombia compra eficiente, “Guía para procesos de contratación de obra pública”, [https://www.colombiacompra.gov.co/sites/cce\\_public/files/cce\\_documents/guia\\_obra\\_publica\\_espdis.pdf](https://www.colombiacompra.gov.co/sites/cce_public/files/cce_documents/guia_obra_publica_espdis.pdf) (acceso octubre 15, 2017).

176 Colombia compra eficiente, “Guía para procesos de contratación de obra pública”.

177 Arnaldo Mendoza Torres, “Los contratos de concesión”, *Revista de Derecho Universidad del Norte*, núm. 20 (2003): 88.

ción para la realización de un determinado objeto, sin que por ello se deba concluir que la mera utilización de esa palabra constituye la tipificación de la situación respectiva como contrato. En tal sentido se puede hacer referencia a las concesiones que se otorgan por acto administrativo o por otras modalidades legales.<sup>178</sup>

**Tiene como características esenciales:**

(i) implica una convención entre un ente estatal, concedente, y otra persona, el concesionario; (ii) la entidad estatal otorga a un particular la operación, explotación, gestión, total o parcial de un servicio público, o la construcción, explotación o conservación total o parcial de una obra pública; (iii) puede acudir a ella también para la explotación de bienes del Estado o para el desarrollo de actividades necesarias para la prestación de un servicio; (iv) la entidad pública mantiene durante la ejecución del contrato la inspección, vigilancia y control de la labor a ejecutar por parte del concesionario; (v) el concesionario debe asumir, así sea parcialmente, los riesgos del éxito o fracaso de su gestión, y por ello obra por su cuenta y riesgo; (vi) el particular recibe una contraprestación que consistirá, entre otras modalidades, en derechos, tarifas, tasas, valorización, participación en la explotación del bien; (vii) deben pactarse las cláusulas excepcionales al derecho común, como son los de terminación, interpretación y modificación unilaterales, de sometimiento a las leyes nacionales y de caducidad; (viii) el concesionario asume la condición de colaborador de la administración en el cumplimiento de los fines estatales, para la continua y eficiente prestación de los servicios públicos o la debida ejecución de las obras públicas.<sup>179</sup>

De acuerdo con la ley, la doctrina y la jurisprudencia, podrá ser de concesión de obra pública, de infraestructura, de transporte, de servicios públicos —sean domiciliarios o no—,<sup>180</sup> de telecomunicaciones, de bienes públicos o de puertos marítimos.<sup>181</sup> En él opera por mandato expreso de la ley la aplicación de la cláusula de reversión, según la cual:

178 Colombia, Consejo de Estado, *Radicado 410001-23-31-000-2004-00369-01(AP)*, *Sentencia de 17 de mayo de 2007*, C. P. Ramiro Saavedra Becerra.

179 Colombia, Corte Constitucional, *Sentencia C-068 de 10 de febrero de 2009*, M. P. Mauricio González Cuervo.

180 “[...] servicios públicos son los que están destinado a satisfacer necesidades colectivas en forma general, permanente, continua, bajo la dirección, regulación y control del Estado, así como aquellos mediante los cuales el Estado busca preservar el orden y asegurar el cumplimiento de sus fines”. Colombia, Congreso de la República, *Ley 80 de 1993*, art. 2, num. 3.

181 Susana Montes y Patricia Mier, “Concesiones viales. La inadecuada distribución de los riesgos, eventual crisis de los contratos”, *Revista de Derecho Público*, núm. 31 (2000): 35-125; Rafael Izquierdo de Bartolomé y José Manuel Vasallo Magro, “Concesiones de infraestructura con plazos cortos”, *Revista de Obras Públicas* 149, núm. 3425 (2002): 119-126; Hugo Palacios Mejía, “La concesión y la teoría económica de los contratos”, *Revista de*

[...] en los contratos de explotación o concesión de bienes estatales se pactará que, al finalizar el término de la explotación o concesión, los elementos y bienes directamente afectados a la misma pasen a ser propiedad de la entidad contratante, sin que por ello ésta deba efectuar compensación alguna.<sup>182</sup>

#### Además:

[...] dentro de los elementos del contrato de concesión, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha incluido la cláusula de reversión como una característica de la esencia del contrato que se entiende incorporada al mismo aun cuando las partes no lo hayan señalado expresamente.<sup>183</sup>

De lo reglado por la Ley 80 de 1993 y demás normas concordantes o modificadoras (Ley 1341 de 2009) se colige que los contratos de concesión de servicios, actividades de telecomunicación, concesión y licencia de servicios postales (Ley 1369 de 2009) cuentan con una regulación especial para su celebración y otorgamiento.

Dicho contrato es percibido por la legislación como el que celebra la Administración para “construcción, mantenimiento, instalación y, en general, para la realización de cualquier otro trabajo material sobre bienes inmuebles, cualquiera que sea la modalidad de ejecución y pago”.<sup>184</sup> De acuerdo con la Corte Constitucional, los contratos de concesión son por naturaleza una especie incompleta de contratos, debido a:

[La] incapacidad que existe de prever y redactar una consecuencia contractual para todas y cada una de las posibles variables y contingencias que pueden surgir en el desarrollo del objeto, lo que impone un límite a las cláusulas contractuales efectiva-

---

*Derecho Público*, núm. 31 (2000): 11-17; Laura Reyes Yunis, *Ley de contratación administrativa: reforma a la contratación estatal* (Bogotá: Universidad del Rosario, 2007), 452.

182 Colombia, Congreso de la República, *Ley 80 de 1993*, art. 19. Ver Colombia, Consejo de Estado, *Radicalado 10498, Sentencia de 31 de enero de 1997*, C. P. Daniel Suárez Hernández; Colombia, Corte Constitucional, *Sentencia C-250 de 6 de junio de 1996*, M. P. Hernando Herrera Vergara.

183 Alcaldía Mayor de Bogotá, Secretaría General, *Concepto 111* (Bogotá, 4 de septiembre de 2008). En igual sentido, puede verse Colombia, Consejo de Estado, *Radicalado 27001-23-31-000-1995-02484-01(15935), Sentencia de 10 de marzo de 2011*, C. P. Danilo Rojas Betancourth.

184 Colombia, Congreso de la República, *Ley 80 de 1993*, art. 32, num. 1.

Dispone también que: “En los contratos de obra que hayan sido celebrados como resultado de un proceso de licitación, la interventoría deberá ser contratada con una persona independiente de la entidad contratante y del contratista, quien responderá por los hechos y omisiones que le fueren imputables en los términos previstos en el artículo 53 del presente estatuto”. Colombia, Congreso de la República, *Ley 80 de 1993*, art. 31, núm. 1.



mente redactadas. Por ello adquiere especial relevancia la posibilidad de renegociar y modificar los contratos con el fin, entre otros, (i) de recuperar el equilibrio económico, en los eventos en los que se materializan obstáculos no previsibles, extraordinarios y no imputables al contratista, o (ii) de adecuar la prestación del servicio a las nuevas exigencias de calidad, por ejemplo, desde el punto de vista tecnológico. Además, debe tenerse en cuenta que los contratos de concesión tienen características de contratos relacionales. Estos contratos se caracterizan por ser a largo plazo y por ello la relación entre las partes se fundamenta en la confianza mutua que se desprende (i) de la interacción continuada entre ellas, y (ii) de que su interés por cumplir lo pactado no se fundamenta exclusivamente en la verificación de un tercero sino en el valor mismo de la relación. Esto hace que el gobierno de la transacción sea diferente, pues los procesos de ajuste a circunstancias imprevistas no se limitan a una simple renegociación de los términos contractuales sino que comprenden una redefinición de las estructuras administrativas de gobernación dispuestas para evitar conflictos en la relación a largo plazo. Sin embargo, como se señaló en apartes previos y se deriva de la naturaleza vinculante del contrato y del principio de planeación, la modificación debe ser excepcional y debe (a) justificarse en razones autorizadas por la ley y debidamente probadas y fundamentadas, y (b) no corresponder a objetos nuevos; lo contrario crearía incentivos para que las partes se aprovechen de la alta especificidad de las inversiones que la infraestructura demanda y de que la relación contractual ya se encuentra formada, para comportarse de manera oportunista, es decir, mediante conductas dirigidas a ignorar los principios de la contratación estatal —como la libre competencia y la selección objetiva— y, por esta vía, de la función administrativa constitucionalmente consagrados. Por ejemplo, los contratistas, basados en la expectativa de futuras modificaciones dirigidas al mantenimiento del equilibrio económico del contrato, pueden estructurar ofertas con precios artificialmente bajos solamente con el propósito de lograr la suscripción del acuerdo y una vez obtenida la posición de contraparte del Estado, presionar la renegociación del negocio para obtener nuevas ventajas. En relación con la restauración del equilibrio económico del contrato, la Sala nuevamente resalta que las modificaciones deben obedecer solamente a circunstancias no previsibles, extraordinarias y no imputables al contratista. Así lo exige el artículo 27 de la ley 80, según el cual el restablecimiento del equilibrio solamente es posible cuando la ruptura proviene de causas no imputables a quien resulta afectado.<sup>185</sup>

Si se quisiera diferenciar entre el contrato de obra y el contrato de concesión, mientras en el primero el objeto se agota con la ejecución de la obra y el pago

.....  
 185 Colombia, Corte Constitucional, *Sentencia C-300 de 25 de abril de 2012*, M. P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

de la remuneración convenida, en el segundo se entiende consumado en la construcción de la obra y la percepción de los derechos por su uso que realizan los terceros usuarios. Otra diferencia entre la concesión de obra pública y el contrato de obra pública es la forma de remuneración, pues el concesionario recibe lo que proviene de los derechos que pagan los usuarios por concepto de utilización de la obra.

El contrato de concesión supone varios aspectos:

- Su objeto es confiar al concesionario la ejecución de un servicio público que en principio está a cargo de una entidad pública o la construcción de una obra pública.
- Opera una especie de delegación, pues se sitúa al concesionario frente a los usuarios en el lugar que antes le correspondía a la entidad pública.
- Se pacta por largo tiempo.
- El concedente es la entidad estatal y el concesionario es el particular que asume la prestación del servicio.
- Contiene cláusula de reversión.
- Una modalidad de gestión de servicios que le permite al Estado la prestación de un servicio sin privatizarlo, pero utilizando la capacidad técnica, administrativa y financiera del particular; es una técnica de gestión en la que el Estado continúa como gestor del servicio, aunque encarga su ejecución a un particular.

## Prestación de servicios

De acuerdo con lo postulado por la Ley 80 de 1993 en su Artículo 32 y lo analizado por la Corte Constitucional, se entiende por contrato de prestación de servicio el que celebra la Administración:

[...] para desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad. Estos contratos sólo podrán celebrarse con personas naturales cuando dichas actividades no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimiento especializado. En ningún caso estos contratos generan relación laboral ni prestaciones sociales y se celebrarán por el término estrictamente indispensable.<sup>186</sup>

.....  
<sup>186</sup> Menciona la Corte en la misma Sentencia: "El contrato de prestación de servicios se celebra por el Estado en aquellos eventos en que la función de la Administración no puede ser suministrada por personas vinculadas con

•Consideraciones en torno a los principales contratos públicos e instrumentos de resolución.

Tiene su origen en la Ley 3 de 1930<sup>187</sup> y se materializa en su forma actual en el Decreto 150 de 1976:

Se entiende por contrato de prestación de servicios, el celebrado con personas naturales o jurídicas para desarrollar actividades relacionadas con la atención de los negocios o el cumplimiento de las funciones que se hallen a cargo de la entidad contratante, cuando las mismas no pueden cumplirse con el personal de planta. No podrán celebrarse esta clase de contratos para el ejercicio de funciones administrativas.<sup>188</sup>

Esta definición fue rescatada por el Decreto 222 de 1983 y el Decreto 2209 de 1998. Según el objeto de la prestación, este contrato puede ser: 1) simplemente de servicios; 2) de servicios profesionales; 3) de servicios artísticos; 4) de servicios de apoyo a la gestión; 5) de servicios especializados; 6) de suministro de servicios, y 7) contrato de servicios del sector defensa.<sup>189</sup>

El Consejo de Estado ha sostenido que el contrato de prestación de servicios:

Tiene por finalidad realizar actividades relacionadas con la administración de la entidad o el cumplimiento de sus funciones; su carácter es temporal; el contratista goza de autonomía e independencia para la ejecución de las prestaciones y puede celebrarse tanto con personas jurídicas como naturales, en este último caso, siempre y cuando las actividades contratadas no puedan cumplirse con personal de planta o cuando las labores requeridas exigen conocimientos especializados de los que no disponen los

---

la entidad oficial contratante o cuando requiere de conocimientos especializados, para lo cual se establecen las siguientes características: a. La prestación de servicios versa sobre una obligación de hacer para la ejecución de labores en razón de la experiencia, capacitación y formación profesional de una persona en determinada materia, con la cual se acuerdan las respectivas labores profesionales. b. La autonomía e independencia del contratista desde el punto de vista técnico y científico, constituye el elemento esencial de este contrato. c. La vigencia del contrato es temporal y, por lo tanto, su duración debe ser por tiempo limitado y el indispensable para ejecutar el objeto contractual convenido. Por último, no es posible admitir confusión alguna con otras formas contractuales y mucho menos con los elementos configurativos de la relación laboral, razón por la cual no es procedente en aquellos eventos el reconocimiento de los derechos derivados de la subordinación y del contrato de trabajo en general, pues es claro que si se acredita la existencia de las características esenciales de éste quedará desvirtuada la presunción establecida en el precepto acusado y surgirá entonces el derecho al pago de las prestaciones sociales en favor del contratista, en aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formas en las relaciones de trabajo". Colombia, Corte Constitucional, *Sentencia C-154 de 19 de marzo de 1997*, M. P. Hernando Herrera Vergara.

187 Germán Enrique Gómez González y Juan Carlos Urrutia Ramírez, "El contrato de prestación de servicios en la legislación contractual administrativa colombiana" (tesis de Especialización, Universidad de La Sabana, 2008), 10-11.

188 Colombia, Presidencia de la República, *Decreto Ley 150 de 1976*, "Por el cual se dictan normas para la celebración de contratos por parte de la Nación y sus entidades descentralizadas" (Bogotá: *Diario Oficial* No. 34492 de 18 de febrero de 1976), art. 138.

189 Gómez González y Urrutia Ramírez, "El contrato de prestación de servicios en la legislación contractual administrativa colombiana", 1-59.

servidores de la entidad [...]. Si bien una interpretación preliminar del numeral 3° del artículo 32 de la ley 80 permitiría concluir que es posible la celebración de este contrato para la ejecución de cualquier objeto que tenga relación con la administración o funcionamiento del organismo, lo cierto es que el contenido obligacional se circunscribe a una prestación de hacer, esto es, la realización de actividades o el despliegue de alguna acción o conducta [...]. La delimitación del objeto del contrato proviene no sólo de las normas positivas que lo definen y que se acaban de analizar, sino también de disposiciones prohibitivas o restrictivas que indican que el contrato de prestación de servicios no es un medio para suplir la vinculación de personas naturales en el desempeño de la función pública, ni constituye un instrumento para el cumplimiento propiamente dicho de ella [...]. Los servicios de apoyo para la organización logística de eventos de capacitación corresponden al objeto del contrato de prestación de servicios, siempre que tal actividad esté comprendida dentro del ámbito funcional de la entidad.<sup>190</sup>

De acuerdo con el Artículo 1 de la Ley 190 de 1995, para poder celebrar el contrato en cuestión es necesario que los aspirantes diligencien el formato único de hoja de vida y consignen: 1) su formación académica; 2) su experiencia laboral; 3) la inexistencia de cualquier hecho o circunstancia que implique inhabilidad o incompatibilidad del orden constitucional o legal, y 4) si se trata de personas jurídicas, el certificado de representación legal.

Esta modalidad ha sido utilizada de forma inadecuada y contraria a la ley con la finalidad de ahorrar el pago de las contraprestaciones que implica la existencia de un vínculo laboral, lo que ha conducido a que la jurisprudencia se pronuncie en múltiples ocasiones frente a la existencia de contratos realidad enmascarados,<sup>191</sup> sin que dicha declaratoria implique la existencia del estatus de empleado público, en tanto se encuentra sujeto a un régimen legal y reglamentario específico:

El principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales, no tiene, adicionalmente, el alcance de excusar con la mera prestación efectiva de trabajo la omisión del cumplimiento de los requisitos constitucionales y legales previstos para acceder a la función pública que, en la modalidad estatutaria, son el nombramiento y la posesión, los que a su vez presu-

190 Colombia, Consejo de Estado, *Radicado 11001-03-03-000-2005-01693-00(1693)*, *Sentencia de 23 de noviembre de 2005*, C. P. Flabio Augusto Rodríguez Arce.

191 Mariela Vega de Herrera, "El contrato estatal de prestación de servicios: su incidencia en la función pública". *Prolegómenos, derechos y valores X*, núm. 19 (2007): 15-34. Colombia, Consejo de Estado, *Radicionado 68001-23-31-000-2004-02194-01*, *Sentencia de 23 de septiembre de 2010*, C. P. Bertha Lucía Ramírez de Paez.

•Consideraciones en torno a los principales contratos públicos e instrumentos de resolución•

ponen la existencia de un determinado régimen legal y reglamentario, una planta de personal y de la correspondiente disponibilidad presupuestal.<sup>192</sup>

## Contrato de consultoría

El Artículo 32 de la Ley 80 de 1993 define el contrato de consultoría como el destinado a hacer los estudios necesarios para la ejecución de proyectos de inversión, estudios de diagnóstico, prefactibilidad o factibilidad para programas o proyectos específicos y las asesorías técnicas de coordinación, control y supervisión. Señala que también son contratos de consultoría los que tienen por objeto la interventoría, asesoría, gerencia de obra o de proyectos, dirección, programación y ejecución de diseños, planos, anteproyectos y proyectos.

Por regla general, se espera que del contrato de consultoría surjan los estudios y las labores que puedan ser desarrollados, construidos o convertidos en realidades tangibles y materiales. En estos términos, ni un estudio de títulos ni un concepto jurídico podrán ser considerados como consultorías, sino como prestación de servicios profesionales, dado que están relacionados con la administración y el funcionamiento de la entidad.

## Controversias contractuales

De acuerdo con el Artículo 75 de la Ley 80 de 1993, la competencia para conocer los conflictos derivados de los contratos estatales, su ejecución o el cumplimiento de las obligaciones derivadas de ellos se encuentra en cabeza del juez contencioso administrativo. El CPACA (Ley 1437 de 2011) indica que es competencia de la jurisdicción de lo contencioso administrativo conocer las controversias o los litigios relativos a contratos de la Administración cuando:

[...] cualquiera que sea su régimen, en los que sea parte una entidad pública o un particular en ejercicio de funciones propias del Estado [...]. Los relativos a contratos celebrados por cualquier entidad prestadora de servicios públicos domiciliarios en los cuales se incluyan o hayan debido incluirse cláusulas exorbitantes.<sup>193</sup>

192 Colombia, Corte Constitucional, *Sentencia C-555 de 6 de diciembre de 1994*, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

193 Colombia, Congreso de la República, *Ley 1437 de 2011*, "Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo" (Bogotá: *Diario Oficial* No. 47.956, 18 de enero de 2011), art. 104.

El medio de control idóneo para la discusión de controversias contractuales se halla instituido en el CPACA:

Cualquiera de las partes de un contrato del Estado podrá pedir que se declare su existencia o su nulidad, que se ordene su revisión, que se declare su incumplimiento, que se declare la nulidad de los actos administrativos contractuales, que se condene al responsable a indemnizar los perjuicios, y que se hagan otras declaraciones y condenas. Así mismo, el interesado 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. Los actos proferidos antes de la celebración del contrato, con ocasión de la actividad contractual, podrán demandarse en los términos de los artículos 137 y 138 de este Código, según el caso. El Ministerio Público o un tercero que acredite un interés directo podrán pedir que se declare la nulidad absoluta del contrato. El juez administrativo podrá declararla de oficio cuando esté plenamente demostrada en el proceso, siempre y cuando en él hayan intervenido las partes contratantes o su causahabiente.<sup>194</sup>

Para poder acceder a la demanda es necesario agotar el requisito de procedibilidad de conciliación prejudicial, como establece el Artículo 161 de la ley en cuestión, en concordancia con lo normado por la Ley estatutaria de administración de justicia en materia de acceso a la jurisdicción, según la cual la competencia estará determinada por el territorio y la cuantía. Afirma Expósito Vélez:

[...] la regla de que la competencia por razón del territorio se determinará por el lugar donde se ejecutó o debió ejecutarse el contrato y, en caso de que esto comprendiere varios departamentos, el demandante escogerá a prevención en cuál de ellos interpondrá la demanda. En relación con la cuantía, se mantiene la forma de cuantificación a partir de los perjuicios causados o la multa impuesta, de acuerdo con la estimación realizada por el demandante, sin realizar ahora expresa remisión a los numerales 1° y 2° del artículo 20 del Código de Procedimiento Civil como criterios para definir la cuantía.<sup>195</sup>

194 Colombia, Congreso de la República, *Ley 1437 de 2011*, art. 141.

195 Juan Carlos Expósito Vélez, "El contencioso contractual: visos jurisprudenciales", *Revista digital de derecho administrativo*, núm. 4 (2010): 164.

En aquellos casos en los que exista acumulación de pretensiones se estimará la cuantía de acuerdo con la de mayor monto.

La caducidad<sup>196</sup> de la acción, establecida en el Artículo 164 del CPACA bajo el nombre de oportunidad para presentar la demanda, no prescribe —en tanto el contrato se encuentre vigente— cuando lo que se persigue es la simple nulidad de los actos que dan lugar al contrato, de acuerdo con el Artículo 137 del mismo Código. Se presenta como excepción un plazo de dos años contados a partir del perfeccionamiento del contrato cuando lo que se persiga sea la nulidad y subsecuente restablecimiento de un derecho.

Por el contrario, cuando se persiga una declaración en relación con cualquier otro elemento del contrato administrativo, su ejecución o liquidación, el plazo para ejercer la acción es de dos años contados a partir del día siguiente a los motivos o hechos que dieron lugar a la controversia. Este lapso se cuenta de forma especial en los siguientes casos:

- En los contratos susceptibles de ejecución instantánea, el término se contará a partir del día siguiente a aquel en el que el objeto fue cumplido o debió cumplirse.
- En los contratos para los que no es necesaria la liquidación, a partir de la finalización del contrato sin atención a cuál fue la causa de la terminación.
- En los que requieren liquidación y fuera efectuada de común acuerdo, a partir del día siguiente al de la firma del acta de liquidación.
- Cuando la liquidación se haga de forma unilateral, a partir del día siguiente a la ejecutoria del acto administrativo mediante el cual se aprueba.
- Cuando no hay mutuo acuerdo para liquidar:

En los que requieran de liquidación y esta no se logre por mutuo acuerdo o no se practique por la administración unilateralmente, una vez cumplido el término de dos (2) meses contados a partir del vencimiento del plazo convenido para hacerlo bilateralmente o, en su defecto, del término de los cuatro (4) meses siguientes a la

.....  
196 Se diferencia de la prescripción en tanto la caducidad es un “fenómeno jurídico taxativo de naturaleza procesal que se presenta en los casos expresamente señalados en la ley, de orden público, a diferencia de la prescripción —de naturaleza sustancial— que extingue el derecho por no hacerse uso del mismo; de tal manera que respecto de la caducidad las partes no pueden variar sus perfiles legales, ni renuncia a ella. La caducidad se refiere a la pérdida de oportunidad de ejercer una acción para el reconocimiento de un derecho y como tal escapa a la autonomía de la voluntad, por manera que las acciones extinguidas por este concepto no pueden ser revividas, al ser como se dijo, una institución de estricto orden público” Colombia, Consejo de Estado, *Radicado 2003-00801, Sentencia de 26 de agosto de 2011*, C. P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

terminación del contrato o la expedición del acto que lo ordene o del acuerdo que la disponga.<sup>197</sup>

Dado que el contrato estatal se divide en dos fases o etapas —la precontractual y la contractual—, se tramitarán por simple nulidad y nulidad y restablecimiento del derecho aquellos relativos a la primera, como la apertura del proceso de selección;<sup>198</sup> la segunda tendrá como medio de control el de controversias contractuales, de acuerdo con las normas enunciadas y puede tener como pretensiones:<sup>199</sup> que se declare la existencia del contrato, que se declare su nulidad o que se liquide, entre otras.

Ese medio de control se encuentra supeditado en su trámite, práctica de pruebas y posibilidad de decreto de medidas cautelares a lo reglado por el CPACA sobre las demandas ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo en los Artículos 168 y siguientes.

Respecto a las condenas contra el Estado que conlleven el pago de intereses moratorios de acuerdo con lo regulado en la ley y la posibilidad de presentar incidentes fiscales, ha expresado la Corte Constitucional:

Someter el cumplimiento de las decisiones judiciales adversas al Estado a tal condición equivaldría, en la práctica, a privarles de toda fuerza vinculante, puesto que siempre existiría la posibilidad de argumentar falta de recursos disponibles para justificar el incumplimiento de las órdenes judiciales correspondientes mediante su no inclusión en los presupuestos públicos respectivos, haciéndolas negatorias.<sup>200</sup>

197 Colombia, Congreso de la República, *Ley 1437 de 2011*, art. 164.

198 De acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Constitucional y el actual contenido del CPACA, es posible que el juez administrativo declare la suspensión de los procedimientos de selección o incluso del contrato en sí mismo considerado cuando se soliciten medidas cautelares y se ataquen los actos previos correspondientes. Colombia, Corte Constitucional, *Sentencia T-713 de 23 de agosto de 2006*, M. P. Rodrigo Escobar Gil; *Sentencia T-309 de 30 de abril de 2010*, M. P. María Victoria Calle Correa.

199 Respecto a la pretensión al interior de los procesos de controversias contractuales puede verse Colombia, Corte Constitucional, *Sentencia C-1048 de 4 de octubre de 2001*, M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

200 Colombia, Corte Constitucional, *Sentencia C-006 de 18 de enero de 2012*, M. P. María Victoria Calle Correa.



## Algunos mecanismos constitucionales para la solución de problemas jurídicos en el marco de la contratación estatal

El proceso de constitucionalización del ordenamiento jurídico y la creación de diversas acciones para la protección de la supremacía del texto constitucional han permeado la normatividad de la contratación estatal. Lo anterior es lo que ha permitido afirmar la existencia del fenómeno de la constitucionalización del derecho contractual estatal.

En concordancia con lo postulado por María Teresa Palacio, en tanto garante de los derechos individualmente considerados, al Estado “se le asignaron tareas de intervención de la órbita de los particulares en la búsqueda del beneficio comunitario, otorgando gran importancia a la noción de servicio público y a sus obligaciones sociales”;<sup>201</sup> de allí que estas decisiones sean susceptibles de recursos, con la finalidad de garantizar la salvaguarda de los derechos fundamentales implicados en el perfeccionamiento, la ejecución y la terminación de los contratos estatales; entre ellas se cuentan las acciones de grupo, la tutela, el medio de control de protección de derechos colectivos y el medio de control de reparación de perjuicios por vulneración a derechos colectivos.<sup>202</sup>

La reparación de perjuicios por vulneración a derechos colectivos procede en lo relativo a las afectaciones de derechos sustantivos derivadas de la ejecución de un contrato estatal cuando se pretenda reivindicar un interés personal susceptible de ser interpretado en términos pecuniarios y será percibido por cada uno de los miembros del grupo que se une para promover una acción; es necesario que el daño recaiga sobre una comunidad de personas que por su naturaleza deba ser

201 María Teresa Palacio Jaramillo, “Resurgimiento o crisis de la noción de servicio público”, *Revista de Derecho Público*, núm. 31 (2000): 4.

202 Para Monroy Moreno es posible ejercer control constitucional a los contratos administrativos por medio de la acción pública de inconstitucionalidad. Nubia Monroy Moreno, “Acciones constitucionales frente a la contratación estatal”, *Nuevos paradigmas de las ciencias sociales latinoamericanas* VII, núm. 13 (2016): 117-166.

Así lo ha establecido la Corte Constitucional: “[...] el contratista, además de estar vinculado al cumplimiento de las obligaciones generales de todo contrato, queda supeditado al cumplimiento de los fines del Estado, puesto que concreta el interés general que representa la continuidad y eficiencia en la prestación de los servicios públicos, colaboración que no le impide la legítima obtención de utilidades, así como el cumplimiento de la función social que se requiere para la realización de dichos fines”. Colombia, Corte Constitucional, *Sentencia C-128 de 18 de febrero de 2003*, M. P. Álvaro Tafur Galvis.

solucionado de forma expedita y efectiva.<sup>203</sup> No necesariamente se persigue la reparación de un derecho fundamental o colectivo, sino de un derecho de raigambre constitucional sin atención a su naturaleza y supone —en contraposición a las acciones populares— la existencia de una lesión o un perjuicio cuya indemnización se solicita ante el juez competente. Sus características son:

- i) No involucran derechos colectivos. El elemento común es la causa del daño y el interés cuya lesión debe ser reparada, que es lo que justifica una actuación judicial conjunta de los afectados; ii) En principio, por tratarse de intereses individuales privados o particulares, los criterios de regulación deben ser los ordinarios; iii) Los mecanismos de formación del grupo y la manera de hacer efectiva la reparación a cada uno de sus miembros sí deben ser regulados de manera especial, con fundamento en la norma constitucional, atendiendo a las razones de economía procesal que inspiran su consagración en ese nivel.<sup>204</sup>

Por el contrario, la protección de derechos colectivos tiene como finalidad esencial garantizar la protección de un derecho o interés colectivo que se ha visto o puede verse afectado por la actuación de la Administración. Es procedente frente a acciones u omisiones de la Administración en ejercicio de la gestión pública<sup>205</sup> y a contratos estatales, en tanto constituyen formas de gestión pública encaminados al cumplimiento de los fines estatales; por ello:

[Pueden] suscitar situaciones en donde se vulnere o se vea amenazado tanto un derecho o un interés público, pues el estrecho vínculo con los principios orientadores

.....  
203 Rodríguez Rodríguez, *Derecho administrativo general y colombiano*, 403.

“En este orden de ideas se observa que el inciso primero del artículo 88 de la Carta, al consagrar las denominadas Acciones Populares como otro de los instrumentos de defensa judicial de los derechos de las personas, señala también el ámbito material y jurídico de su procedencia en razón de la naturaleza de los bienes que se pueden perseguir y proteger a través de ellas; estas aparecen previstas para operar dentro del marco de los derechos e intereses colectivos que son, específicamente, el patrimonio público, el espacio público y la salubridad pública; igualmente, se señala como objeto y bienes jurídicos perseguibles y protegidos por virtud de esas acciones, la moralidad administrativa, el ambiente y la libre competencia económica. Esta lista no es taxativa sino enunciativa y deja dentro de las competencias del legislador la definición de otros bienes jurídicos de la misma categoría y naturaleza [...]. También se desprende de lo anterior que las acciones populares aunque se enderecen a la protección y amparo de estos concretos intereses y derechos colectivos, no pueden establecerse ni ejercerse para perseguir la reparación subjetiva o plural de los eventuales daños que pueda causar la acción o la omisión de la autoridad pública o del particular sobre ellos; para estos últimos fines el constituyente erigió el instituto de las acciones de grupo o de clase y conservó las acciones ordinarias o especializadas y consagró como complemento residual la Acción de Tutela”. Colombia, Corte Constitucional, *Sentencia T-508 de 28 de agosto de 1992*, M. P. Fabio Morón Díaz.

204 Colombia, Corte Constitucional, *Sentencia C-215 de 14 de abril de 1999*, M. P. Martha Victoria Sáchica de Moncaleano.

205 Colombia, Corte Constitucional, *Sentencia C-449 de 9 de julio de 1992*, M. P. Alejandro Martínez Caballero.

de la función administrativa deja entrever que le corresponde al juez constitucional la revisión de estas actuaciones, por hacer parte de preceptos superiores del texto constitucional.<sup>206</sup>

El medio de control de protección de derechos colectivos busca asegurar una protección judicial efectiva de los derechos e intereses colectivos afectados o amenazados por las actuaciones de las autoridades públicas o de un particular. Tiene como objetivos:

- Evitar el daño contingente, lo que supone una actuación preventiva por parte del juez que conozca el medio de control de protección de derechos colectivos.
- Hacer cesar el peligro, la amenaza, la vulneración o el agravio sobre esa categoría de derechos e intereses, lo que exige una actuación suspensiva por parte del juez que conozca el medio de control de protección de derechos colectivos.
- Restituir las cosas a su estado anterior, lo que implica una actuación restaurativa por parte del juez que conozca el medio de control de protección de derechos colectivos.

Hay tres escenarios de funcionamiento del medio de control de protección de derechos colectivos en materia contractual:

- 1) La prevención: se presenta cuando la lesión al derecho colectivo está en ciernes y es solo contingente. La amenaza de daño cambia el paradigma de la reparación de daño, porque la amenaza es, en sí misma, un daño. Cuando hay amenaza a un derecho, la mera amenaza ya es constitutiva de daño. La forma de reparar el daño será distinta: no necesariamente será la indemnizatoria pecuniaria, sino que puede ser por medio de obligaciones que se le impongan al sujeto responsable, consistente en hacer o no hacer algo para interrumpir la amenaza.
- 2) La afrenta al derecho colectivo. En este escenario, el daño ha empezado su expansión sobre el derecho concreto cuestionado. Ya existen elementos de daño consumado y también elementos de daño a prevenir.

.....  
206 Monroy Moreno, "Acciones constitucionales frente a la contratación estatal", 144.

- 3) La restitución: supone retrotraer los efectos por la vulneración del derecho colectivo y volver las cosas a su estado anterior, cuando fuera posible.<sup>207</sup>

Para que proceda el medio de control de protección de derechos colectivos es necesario:

- Acción u omisión de la parte demandada.
- Daño contingente, peligro, amenaza, vulneración o agravio de derechos o intereses colectivos.
- Causalidad entre la acción u omisión y la afectación de los derechos e intereses.

Con la protección de derechos colectivos no es procedente anular contratos o actos de la Administración, toda vez que el medio de amparo lo constituyen en sí las acciones contenidas en lo contencioso administrativo o en los medios de control, como lo informa la Ley 1437 de 2011. Lo anterior atiende a que anular el acto o contrato estatal no es indispensable para proteger derechos e intereses colectivos, pues el juez tiene a su alcance múltiples medidas para hacerlo sin necesidad de definir la validez del acto o contrato, lo cual es una tarea propia y exclusiva de la autoridad judicial que tiene competencia para ello, conforme al principio de especialidad.

La Ley 1437 de 2011 ordena aplicar a estos procesos las medidas cautelares, así:

Procedencia de medidas cautelares. En todos los procesos declarativos que se adelanten ante esta jurisdicción, antes de ser notificado, el auto admisorio de la demanda o en cualquier estado del proceso, a petición de parte debidamente sustentada, podrá el Juez o Magistrado Ponente decretar, en providencia motivada, las medidas cautelares que considere necesarias para proteger y garantizar, provisionalmente, el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia, de acuerdo con lo regulado en el presente capítulo.<sup>208</sup>

En el marco del medio de control de protección a derechos colectivos, el juez debe examinar cuál es la situación de hecho que afecta el interés colectivo,

.....  
207 Colombia, Congreso de la República, *Ley 472 de 1998*, "Por la cual se desarrolla el artículo 88 de la Constitución Política de Colombia en relación con el ejercicio de las acciones populares y de grupo y se dictan otras disposiciones" (Bogotá: *Diario Oficial* No. 43.357, 6 de agosto de 1998), art. 3, inc. 2.

208 Colombia, Congreso de la República, *Ley 1437 de 2011*, art. 229, par.

determinar en qué forma se vulnera y disponer acciones para que la acción se suspenda y no vuelva a presentarse, sin anular el acto administrativo o el contrato estatal que la provoca o la permite.

Lo anterior se materializa en la Ley 1437 de 2011, la cual instituyó que no hay lugar a que los jueces declaren la nulidad de actos administrativos o contratos estatales por el medio de control de protección de derechos colectivos, en los siguientes términos:

Protección de los derechos e intereses colectivos. Cualquier persona puede demandar la protección de los derechos e intereses colectivos para lo cual podrá pedir que se adopten las medidas necesarias con el fin de evitar el daño contingente, hacer cesar el peligro, la amenaza, la vulneración o agravio sobre los mismos, o restituir las cosas a su estado anterior cuando fuere posible.

Cuando la vulneración de los derechos e intereses colectivos provenga de la actividad de una entidad pública, podrá demandarse su protección, inclusive cuando la conducta vulnerante sea un acto administrativo o un contrato, sin que en uno u otro evento, pueda el juez anular el acto o el contrato, sin perjuicio de que pueda adoptar las medidas que sean necesarias para hacer cesar la amenaza o vulneración de los derechos colectivos.<sup>209</sup>

Por último, la acción de tutela es un mecanismo encaminado a la protección de derechos fundamentales consignado en la Constitución Política de 1991 bajo el enunciado:

Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe en su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública. La protección consistirá en una orden para que aquel respecto de quien se solicita la tutela, actúe o se abstenga de hacerlo. El fallo, que será de inmediato cumplimiento, podrá impugnarse ante el juez competente y, en todo caso, éste lo remitirá a la Corte Constitucional para su eventual revisión. Esta acción sólo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. En ningún caso podrán transcurrir más de diez días entre la solicitud de tutela y su resolución. La ley establecerá los casos en los que la acción de tutela procede contra particulares encargados de la prestación de un servicio pú-

.....  
209 Colombia, Congreso de la República, *Ley 1437 de 2011*, art. 144.

blico o cuya conducta afecte grave y directamente el interés colectivo, o respecto de quienes el solicitante se halle en estado de subordinación renuente o indefensión.<sup>210</sup>

Para su procedencia en relación con los eventos propios de las controversias contractuales es necesario que:

[...] la controversia contractual comprenda la posible vulneración o amenaza de un derecho fundamental. En otras palabras, si no está involucrado un derecho fundamental, no compete al juez de tutela analizar la inminencia de un perjuicio irremediable para el accionante en el marco de un proceso contractual, o la idoneidad de los medios ordinarios de defensa.<sup>211</sup>

**Su utilización resulta impertinente cuando se busca debatir:**

[...] asuntos de naturaleza contractual, considerando que, el amparo por vía de tutela es excepcional, por tratarse de controversias que se derivan de acuerdos privados celebrados por las partes, que, en principio, deberían ser resueltos mediante acciones ordinarias de carácter civil, comercial o contencioso dependiendo del caso particular [...] en virtud del principio de subsidiariedad, la acción de tutela es improcedente para decidir las controversias suscitadas alrededor del reconocimiento de derechos de carácter económico y litigioso. Sin embargo, de manera excepcional y de conformidad con las particularidades del caso concreto, la solicitud de amparo será procedente si el juez de tutela determina que los medios ordinarios de defensa judicial no son idóneos para proteger los derechos presuntamente vulnerados; y, existe certeza sobre la ocurrencia de un perjuicio irremediable a los derechos fundamentales. En caso de constatar la procedibilidad de la acción de tutela, esta está llamada a prosperar si se encuentra plenamente demostrada la afectación de los derechos fundamentales del accionante.<sup>212</sup>

## Arbitraje

Gracias a las ventajas atribuidas al arbitraje en derecho privado, la pregunta de su efectividad en materia de derecho público ha sido planteada sobre todo en materia de contratos concluidos por la Administración. Esto responde no solo a

210 República de Colombia, *Constitución Política* (Bogotá: Legis, 1991), art. 86.

211 Colombia, Corte Constitucional, *Sentencia T-150 de 31 de marzo de 2016*, M. P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

212 Colombia, Corte Constitucional, *Sentencia T-900 de 26 de noviembre de 2014*, M. P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

la congestión de los despachos judiciales, sino también a la participación cada vez más frecuente de ciertas personas públicas en las relaciones económicas del Estado, de los particulares en las funciones públicas y de la rapidez del arbitraje.

Es una institución originaria del derecho privado utilizada particularmente en materia contractual, que permite a las partes escoger personalidades calificadas en las materias objeto del litigio para resolver sus diferencias. Es, sin discusión alguna, un modo jurisdiccional de resolución de conflictos. En el sentido estricto del término, no constituye un procedimiento tendiente a la prevención del conflicto, pero conduce a su resolución fuera de las estructuras oficiales de la justicia.

La Constitución establece el arbitramento como un mecanismo alternativo de resolución de conflictos mediante el cual, las partes de una controversia, en ejercicio de su autonomía someten la resolución del conflicto sobre materias transigibles a unos árbitros que han sido investidos transitoriamente de la facultad de administrar justicia y cuya decisión es definitiva.<sup>213</sup>

Para su realización se requiere el establecimiento de una cláusula compromisoria de forma contractual, entendida como:

[El] pacto contenido en un contrato o en un documento anexo a él, en virtud del cual los contratantes acuerdan someter las eventuales diferencias que puedan surgir con ocasión del mismo, a la decisión de un Tribunal Arbitral. Entretanto, el compromiso es un negocio jurídico por medio del cual las partes involucradas en un conflicto presente y determinado convienen resolverlo a través de un Tribunal de Arbitramento. A pesar de que la voluntad en el pacto arbitral consiste simplemente en la decisión clara e inequívoca de someter una determinada controversia a la decisión de un grupo de árbitros, los artículos 116 y 117 del Decreto 1818 de 1998 exigen su carácter documental como solemnidad sustancial para que se repute legalmente perfecto.

Puede emplearse en la contratación administrativa desde la entrada en vigor de la Ley 80 de 1993. Tal disposición fue reemplazada por la Ley 1563 de 2012, que expresa:

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.

.....  
213 Colombia, Corte Constitucional, *Sentencia C-035 de 23 de enero de 2008*, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa.

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.<sup>214</sup>

Debe existir un pacto arbitral<sup>215</sup> bajo la forma de una cláusula compromisoria que debe constar por escrito, bien sea en un contrato o en un “documento separado inequívocamente referido a él”.<sup>216</sup> Dicha cláusula es autónoma ante el contenido del contrato y, por tanto, pueden someterse a arbitraje “las controversias en las que se debata la existencia, eficacia o validez del contrato y la decisión del tribunal será conducente, aunque el contrato sea inexistente, ineficaz o inválido”.<sup>217</sup> Es necesario que la cláusula determine el número impar de árbitros, el cual será de tres si no se expresa, salvo en los procesos de menor cuantía, en los que será un árbitro único; estos deberán ser nacionales colombianos y ciudadanos en ejercicio, sin condenas penales privativas de la libertad ni inhabilidad o sanción con destitución para el ejercicio de cargos públicos.

Estos deberán ser nombrados conjuntamente por las partes o:

[...] delegarán tal labor en un centro de arbitraje o un tercero, total o parcialmente. La designación a cargo de los centros de arbitraje se realizará siempre mediante sorteo, dentro de la especialidad jurídica relativa a la respectiva controversia y asegurando una distribución equitativa entre los árbitros de la lista. Ningún árbitro o secretario podrá desempeñarse simultáneamente como tal, en más de cinco (5) tribunales de arbitraje en que intervenga como parte una entidad pública o quien ejerza funciones administrativas en los conflictos relativos a estas.<sup>218</sup>

El plazo para resolver la disputa arbitral, salvo pacto en contrario, es de seis meses susceptibles de prórrogas, sin que puedan superar otros seis meses.<sup>219</sup> Durante

214 Colombia, Congreso de la República, *Ley 1563 de 2012*, “Por la cual se expide el Estatuto de arbitraje nacional e internacional y se dictan otras disposiciones” (Bogotá: *Diario Oficial* No. 48.489, de 12 de julio de 2012), art. 1.

215 Colombia, Congreso de la República, *Ley 1563 de 2012*, art. 3.

216 Colombia, Congreso de la República, *Ley 1563 de 2012*, art. 4.

217 Colombia, Congreso de la República, *Ley 1563 de 2012*, art. 5.

218 Colombia, Congreso de la República, *Ley 1563 de 2012*, art. 8.

219 Colombia, Congreso de la República, *Ley 1563 de 2012*, art. 10.



este período los árbitros ejercerán funciones jurisdiccionales, en consonancia con lo establecido por la ley y la jurisprudencia. La Corte Constitucional sostiene:

Es la misma ley la que admite la posibilidad de que, en virtud de sus disposiciones, la jurisdicción pueda ser ejercida en casos particulares bajo ciertos y determinados presupuestos y condiciones por otros órganos que no sean los de la jurisdicción ordinaria. El otorgamiento de poderes jurisdiccionales a los terceros designados como árbitros, si bien se origina en un negocio jurídico privado (compromiso o cláusula compromisoria) emanada de la ley. Ello es así porque el derecho objetivo vincula a dicho acto no sólo efectos jurídicos privados (entre las partes), sino también efectos jurídicos públicos (entre el Estado y los árbitros) que se concretan en la atribución de funciones jurisdiccionales a estos últimos.<sup>220</sup>

Esta norma tiene fundamento en los Artículos 228 y 116 de la Constitución Política de Colombia, regulatorios de la administración de justicia, así como en el Artículo 8 de la Ley 270 de 1996, de acuerdo con la cual la ley podrá regular mecanismos alternos a la vía jurisdiccional para la solución de conflictos. Gil Echeverri<sup>221</sup> afirma que de lo instituido por la Ley 80 de 1993 se deriva la obligación para la Administración de invitar a los contratistas a solucionar sus controversias por medio del arbitraje cuando no se hubiera pactado expresamente la cláusula compromisoria, en tanto es un mecanismo de mayor agilidad y eficacia para obtener una rápida solución al litigio y, por tanto, la mejor manera para garantizar el cumplimiento de los fines estatales pactados en el contrato de forma expedita. No obstante:

[...] las autoridades no podrán establecer prohibiciones a la utilización de los mecanismos de solución directa de controversias nacidas de los contratos estatales [...] las entidades no prohibirán la estipulación de la cláusula compromisoria o la celebración de compromisos para dirimir las diferencias surgidas del contrato estatal.<sup>222</sup>

El Consejo de Estado ha dicho respecto a su implementación:

En virtud de la ley, la justicia arbitral puede conocer de las diferencias presentadas en torno a la celebración, ejecución y liquidación de los contratos administrativos, pero le está vedado pronunciarse sobre la legalidad de los actos administrativos ma-

220 Colombia, Corte Constitucional, *Sentencia C-431 de 28 de septiembre de 1995*, M. P. Hernando Herrera Vergara

221 Jorge Hernán Gil Echeverri, *Nuevo régimen de arbitramento: manual práctico* (Bogotá: Cámara de Comercio de Bogotá, 1999), 574.

222 Colombia, Congreso de la República, *Ley 80 de 1993*, art. 69.

teriales, entendidos estos como los dictados con anterioridad al momento en que la controversia arbitral adquiere un carácter vinculante para las partes, lo cual sucede al momento de integrarse la relación jurídico procesal, con la notificación al demandado del auto admisorio de la solicitud de la convocatoria, ya que desde ese momento el juez (sea de excepción u ordinario) asume plena competencia sobre los temas sometidos a su conocimiento y la administración la pierde, debido a que ya están siendo debatidos en sede judicial. Lo anterior obedece a que el campo de acción de la justicia sea de excepción u ordinaria, no puede quedar supeditada en su ejercicio, a que la Administración haga uso o no de sus potestades excepcionales en relación con los temas discutidos.<sup>223</sup>

Asimismo, ha afirmado la doctrina que no existe diferencia alguna entre el arbitramento administrativo, el civil y el comercial, en tanto el Legislador no los estableció como especies diferenciadas, sino como único mecanismo alternativo para la solución de conflictos.<sup>224</sup> Lo anterior condujo a la afirmación jurisprudencial del magistrado Ricardo Hoyos Duque en su salvamento de voto frente a la posibilidad de limitación de los contenidos o temas sujetos a arbitramento:

Frente al claro texto del artículo 70 del Estatuto Contractual, ¿podrá sostenerse de manera lógica y racional que los actos administrativos en los cuales la administración ejerce su potestad unilateral de terminación o liquidación, como en el presente caso, escapan a la competencia de la justicia arbitral? En mi opinión no, porque ello sería contrariar no solo la letra y el espíritu que alienta la actual regulación legal del arbitramento sino establecer una justicia *capitis diminutio*, lo cual implica la división de la continencia de la cosa, que traería a su vez el grave riesgo de que frente a un mismo punto puedan existir decisiones contradictorias, en detrimento de la seguridad jurídica.<sup>225</sup>

.....  
223 Colombia, Consejo de Estado, *Radicado 21652, Sentencia de 11 de abril de 2002*, C. P. Alier Hernández Enríquez.

224 Ingrid Montes Alvarino, "Arbitrabilidad en materia administrativa y manifestación del Estado regulado en el arbitraje como mecanismo alterno de solución de conflictos", *Revista jurídica Erg@omnes* 2, núm. 1 (2010): 67-76.

225 Colombia, Consejo de Estado, *Sentencia de 8 de junio de 2000, exp. 16973*, C. P. Alier Eduardo Hernández Enríquez.

## Liquidación del contrato estatal

De acuerdo con la Real Academia Española, liquidar significa: “Hacer el ajuste formal de una cuenta [...] saldar enteramente la misma”.<sup>226</sup> Constituye en los contratos estatales la fase o etapa inmediatamente subsiguiente a su ejecución<sup>227</sup> y se caracteriza por ser:

[...] un procedimiento mediante el cual la administración y el contratista se pronuncian sobre la ejecución de las prestaciones contractuales, como también respecto de las vicisitudes presentadas durante su desarrollo. Es un acto que, por ende, aclara y define todo lo relativo a la relación contractual que existió entre las partes del negocio jurídico.<sup>228</sup>

La liquidación busca “determinar por qué conceptos y en qué cuantías se adeudan entre sí las partes, en relación directa con el contrato que entre ellas se celebró y que se propone liquidar”.<sup>229</sup> Este balance tiene tres vías: bilateral, unilateral o en sede judicial; al obtenerlo de forma bilateral o unilateral no se elimina *per se* la posibilidad de acudir a los mecanismos de solución de conflictos o a instancias judiciales.<sup>230</sup> Debe liquidarse en el plazo estipulado en la Ley 1150, Artículo 11, que sostiene:

1. Las partes podrán establecer el plazo para la liquidación del contrato de común acuerdo, bien sea por estar contenido al interior del pliego de condiciones o por el contrato entre ellas suscrito.
2. A falta de previsión contractual el plazo legal máximo es de 30 meses y 3 días, discriminado así:  
— 4 meses para la realización de la liquidación de mutuo acuerdo, sin perjuicio de la posibilidad de un posterior acuerdo antes del cumplimiento del plazo máximo

226 Real Academia Española, “Liquidar” en *Diccionario de la lengua española*, <http://dle.rae.es/?id=NP8bbbz> (acceso junio 20, 2017).

227 Rocío Marlen Chacón Muñoz, “La oportunidad en la liquidación de los contratos estatales” (tesis de Especialización, Universidad de La Sabana, 2011), 15.

228 Aida Patricia Hernández, “La liquidación del contrato estatal”, *Revista digital de Derecho Administrativo*, núm. 1 (2009), <http://revistas.uextornado.edu.co/index.php/Deradm/article/view/2597/2236> (acceso septiembre 1, 2017).

229 Luis Fernando Vélez Escallon, “La terminación y liquidación en los contratos de las entidades estatales” en *Comentarios al nuevo régimen de la contratación administrativa*, ed. Juan Pablo Cárdenas (Bogotá: Ediciones Rosaristas, 1995), 265.

230 Colombia, Consejo de Estado, *Sentencia de 17 de marzo de 2010, exp. 36.537*, C. P. Mauricio Fajardo Gómez.

— 2 meses para la realización de la liquidación unilateral contados a partir de la terminación del plazo contractual para la liquidación bilateral o del vencimiento de los cuatro meses, establecidos por la ley para la liquidación del contrato de forma bilateral, sin perjuicio de que la entidad pueda liquidar unilateralmente el contrato, antes del vencimiento del plazo máximo legal.

— 2 años, de acuerdo con la redacción del inciso J del artículo 164 de la ley 1437 de 2011 para acudir ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo para obtener la liquidación por vía judicial.<sup>231</sup>

El Consejo de Estado ha estimado que el plazo en cuestión para la liquidación, bien sea bilateral o unilateral, se invalida o se excluye con la notificación de la demanda mediante la cual se pretende dirimir los conflictos derivados de ella o se solicita su realización, porque las partes no lo hicieron en el plazo.<sup>232</sup> Por último, respecto a la procedencia de recursos o acciones judiciales una vez liquidado el contrato, el Consejo de Estado ha explicado que:

1. Si está liquidado bilateralmente, sólo procede el ejercicio de la acción cuando se ha dejado salvedad en el acta de liquidación bilateral. 2. Si está liquidado unilateralmente, solo procede cuando se demanda la nulidad del acto y 3. Si está liquidado unilateralmente, no procede el proceso arbitral porque los árbitros carecen de competencia para analizar la nulidad del acto de liquidación unilateral.<sup>233</sup>

**Al revisar la jurisprudencia<sup>234</sup> y el contenido de las normas:**

[...] art. 60 de la Ley 80 de 1993, 32 de la Ley 1.150 de 2007 y el art. 217 Decretoley 19 de 2012 se puede deducir que en dicha actuación deben consagrarse: ajustes, revisiones, y reconocimientos: acuerdos, conciliaciones y transacciones; extensión o ampliación de la garantía de estabilidad, de calidad del bien o servicio; la provisión de repuestos y accesorios; pago de salarios, prestaciones e indemnizaciones; responsabilidad civil y, en general, avalar las obligaciones que debe cumplir a la extinción del contrato.<sup>235</sup>

231 Chacón Muñoz, “La oportunidad en la liquidación de los contratos estatales”, 9.

232 Colombia, Consejo de Estado, *Radicado 1453, Sentencia de 6 de agosto de 2003*, C. P. Augusto Trejos Jaramillo

233 Hernández, “La liquidación del contrato estatal”, 13.

234 Colombia, Consejo de Estado, *Radicado 250002326000200000240 01, Sentencia de 13 de agosto de 2014*, M. P. Hernán Andrade Rincón.

235 Pedro Luis Pemberthy López, “La liquidación de los contratatos estatales”, *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas UPB* 45, núm. 134 (2015): 411.

La liquidación tiene como requisito la terminación del contrato, entendido como la “finalización o extinción de la vigencia de un determinado vínculo obligacional de la administración”<sup>236</sup> y puede ser de “manera normal o anormal y el criterio que lo determine es si se cumplieron o no los propósitos al celebrar el contrato o se termina de manera diferente al sentido que le dio origen”.<sup>237</sup> La primera manera puede surgir por cumplimiento del objeto contractual, vencimiento del plazo extintivo, vencimiento o terminación del plazo otorgado para la ejecución del contrato o el acaecimiento de la cláusula resolutoria expresamente pactada por las partes contratantes.

Asimismo, puede ocurrir de forma anormal por la desaparición sobreviniente del objeto o de la imposibilidad de ejecución, la terminación unilateral del contrato, la declaratoria de caducidad administrativa, la terminación unilateral del contrato por violación al régimen de inhabilidades e incompatibilidades, la declaratoria de nulidad de los actos en la que este se funda, el desistimiento del contratista o la modificación del contrato que afecte en más de un 20 % el valor original del mismo o por la declaratoria judicial de terminación del contrato o de nulidad; las causales unilaterales para la terminación del contrato tienen que estar debidamente motivadas.

.....  
236 Cristian Díaz, *La liquidación* (Medellín: Librería Jurídica Sánchez, 2013), 530, citado en Pemberthy López, “La liquidación de los contratatos estatales”, 409.

237 Pemberthy López, “La liquidación de los contratatos estatales”, 409. En igual sentido, puede verse Colombia, Consejo de Estado, *Radicado 8500123310002000001980, Sentencia de 9 de mayo de 2012, exp. 20.968*, C. P. Hernán Andrade Rincón.



## 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,<sup>238</sup> 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 único<sup>239</sup> y mantuvo los regímenes particulares, verbigracia, los contratos de explotación de recursos naturales,<sup>240</sup> 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,<sup>241</sup> la exclusión del estatuto para los contratos del sector financiero público<sup>242</sup> 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.

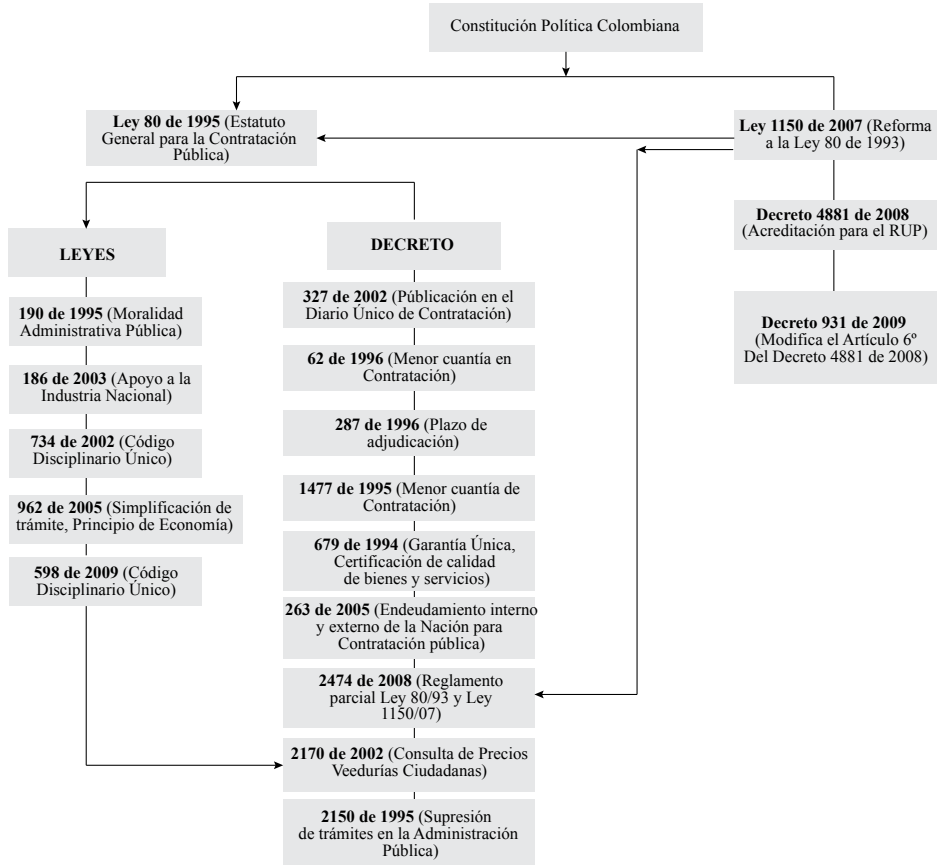


Gráfico 1. Compilación normativa contractual

Fuente: elaboración propia.

La Constitución Política de Colombia de 1991, que constituye nuestra norma de normas,<sup>243</sup> 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”<sup>244</sup> 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”.<sup>245</sup>

El concepto de daño antijurídico<sup>246</sup> 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.<sup>247</sup>

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,<sup>248</sup> 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,<sup>249</sup> 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,<sup>250</sup> 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 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.<sup>251</sup>

### **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.<sup>252</sup> “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 globales<sup>253</sup> ha conducido a que los países se interrelacionen mediante alianzas tipificadas como integraciones para afrontar tan difícil panorama.<sup>254</sup>

La realidad mundial abarca la aparición de nuevos escenarios que ya no pueden ser solucionados por las funciones clásicas del Estado Nación,<sup>255</sup> lo que hace que el concepto de Estado se vuelva demasiado complejo<sup>256</sup> y a que parte de la doctrina considere procedente la reestructuración de la noción y de las funciones del Estado.<sup>257</sup> 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.<sup>258</sup>

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 supranacional<sup>259</sup> 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 internacional<sup>260</sup> (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;<sup>261</sup> 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 miembros<sup>262</sup> 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.<sup>263</sup>

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 Administración<sup>264</sup> —la cual permite la celebración de contratos bajo una “aplicación objetiva del derecho comercial”—,<sup>265</sup> 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,<sup>266</sup> 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](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,<sup>267</sup> aspectos que se desprenden del estudio de tipologías contractuales y de instrumentos auspiciados por el orden jurídico internacional.<sup>268</sup>

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”,<sup>269</sup> 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 subacápite 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 OCDE<sup>270</sup> 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](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 Lee<sup>271</sup> 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.<sup>272</sup>

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.<sup>273</sup>

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”<sup>274</sup> 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.<sup>275</sup>

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.<sup>276</sup>

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.<sup>277</sup> 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.<sup>278</sup>

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.<sup>279</sup>

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”<sup>280</sup>.

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.<sup>281</sup>

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.<sup>282</sup>

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.<sup>283</sup>

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.<sup>284</sup>

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.<sup>285</sup>

.....  
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.



## BIBLIOGRAFÍA

- Alcaldía Mayor de Bogotá, Secretaría General. *Concepto 111*. Bogotá, 4 de septiembre de 2008.
- Álvarez Acevedo, Andrea. “La capacidad jurídica de consorcios y uniones temporales en el marco de la contratación estatal”. *Verba Iuris* 27 (2012): 105-124.
- Amaya Rodríguez, Carlos Fernando. “El principio de planeación en la contratación estatal, un principio no tipificado”. *Via Iuris* 20 (2016): 105-119.
- Amazo Parrado, Diana. “¿Es paradójica la autonomía de la voluntad frente al principio de legalidad en los contratos estatales?”. *Revista Estudios Socio-Jurídicos* 9, núm. 2 (2007): 181-203.
- Arango Betancourth, Juan Camilo y Jorge Guillermo García Moncada. “Aplicación de las cláusulas exorbitantes en los contratos estatales regulados por regímenes especiales”. Tesis de pregrado, Pontificia Universidad Javeriana, 2004.
- Asociación Nacional de Industriales [ANDI]. “Contratación estatal. Concurso de méritos”. <http://proyectos.andi.com.co/es/GAI/GuiInv/ConEst/ConEst/Paginas/ConM%C3%A9r.aspx> (acceso septiembre 17, 2017).
- Becerra, Jairo, Marco Emilio Sánchez, Jheison Torres, Claudia García y Lorenzo Cotino. *La responsabilidad del Estado por la utilización de las tecnologías de la información y la comunicación (TIC)*. Bogotá: Universidad Católica de Colombia, 2015.
- Benavides, José Luis y Jaime Orlando Santofimio. *Contratación estatal. Estudios sobre la reforma del estatuto contractual. Ley 1150 de 2007*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2009.
- Benavides, José Luis. *El contrato estatal: entre el derecho público y el derecho privado*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2004.

- Benavides, José Luis. *Contratos públicos: estudios*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2014.
- Betancourt, Miguel. *Derecho privado: categorías básicas*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, 1996.
- Blanco Alvarado, Ruth Carolina. “La descentralización territorial en el marco de la Comunidad Andina (CAN)”. Tesis doctoral, Universidad Santo Tomás, 2015
- Blanco Restrepo, José Vicente. “Los convenios de colaboración: una modalidad de actuación de la administración que no se encuentra sometida a la ley 80 de 1993”. *Revista Universidad Católica de Oriente*, núm. 19 (2005): 139-150.
- Carrillo, Juan Antonio. *El derecho internacional en un mundo en cambio*. Madrid: Tecnos, 1985.
- Castells, Manuel. *La era de la información economía, sociedad y cultura. El poder de la identidad*. Madrid: Alianza, 1997.
- Chacón Muñoz, Rocío Marlen. “La oportunidad en la liquidación de los contratos estatales”. Tesis de Especialización, Universidad de La Sabana, 2011.
- Chaves-Villada, Jaime Eduardo. “El desarrollo del debido proceso en las actuaciones administrativas para la formación de contratos estatales”. *Vniversitas* 64, núm. 130 (2015): 91-134.
- Chávez Marín, Augusto Ramón. *Los convenios de la Administración: entre la gestión pública y la actividad contractual*. Bogotá: Universidad del Rosario, 2008.
- Claro, Luis. *Derecho civil: obligaciones*. Santiago: Imprenta Nacional de Chile, 1986.
- Colombia compra eficiente. “Acuerdos marco”. <https://www.colombiacompra.gov.co/tienda-virtual-del-estado-colombiano/acuerdos-marco/acuerdos-marco> (acceso octubre 15, 2017).
- Colombia compra eficiente. “Guía para procesos de contratación de obra pública”. [https://www.colombiacompra.gov.co/sites/cce\\_public/files/cce\\_documents/guia\\_obra\\_publica\\_espdis.pdf](https://www.colombiacompra.gov.co/sites/cce_public/files/cce_documents/guia_obra_publica_espdis.pdf)
- 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).
- Colombia compra eficiente. *Circular externa No. 23*. Bogotá, 16 de marzo de 2017.
- Colombia, Congreso de la República, *Ley 472 de 1998*, “Por la cual se desarrolla el artículo 88 de la Constitución Política de Colombia en relación con el ejercicio de las acciones populares y de grupo y se dictan otras disposiciones”. Bogotá: *Diario Oficial* No. 43.357, 6 de agosto de 1998.
- Colombia, Congreso de la República, *Ley 80 de 1993*, “Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública”. Bogotá: *Diario Oficial* No. 41.094, 28 de octubre de 1993.

## •Bibliografía•

- Colombia, Congreso de la República. *Ley 1150 de 2007*, “Por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993 y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con Recursos Públicos”. Bogotá: *Diario Oficial* No. 46.691, 16 de julio de 2007.
- Colombia, Congreso de la República. *Ley 1437 de 2011*, “Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo”. Bogotá: *Diario Oficial* No. 47.956, 18 de enero de 2011.
- Colombia, Congreso de la República. *Ley 1474 de 2011*, “Por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública”. Bogotá: *Diario Oficial* No. 48.128, julio 12 de 2011.
- Colombia, Congreso de la República. *Ley 1563 de 2012*, “Por la cual se expide el Estatuto de arbitraje nacional e internacional y se dictan otras disposiciones”. Bogotá: *Diario Oficial* No. 48.489, 12 de julio de 2012.
- Colombia, Congreso de la República. *Ley 489 de 1998*, “Por la cual se dictan normas sobre la organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional, se expiden las disposiciones, principios y reglas generales para el ejercicio de las atribuciones previstas en los numerales 15 y 16 del artículo 189 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones”. Bogotá: *Diario Oficial* No. 43.464, 30 de diciembre de 1998.
- Colombia, Congreso de la República. *Ley 57 de 1887*, “Código Civil”. Bogotá: *Diario Oficial* No. 7.019, 20 de abril de 1887.
- Colombia, Consejo de Estado. *Radicado 08001-23-31-000-2001-2215-01(AC-3412)*, *Sentencia de julio 26 de 2002*. C. P. Roberto Medina López.
- Colombia, Consejo de Estado. *Radicado 10498*, *Sentencia de 31 de enero de 1997*. C. P. Daniel Suárez Hernández.
- Colombia, Consejo de Estado. *Radicado 11001-03-03-000-2005-01693-00(1693)*, *Sentencia de 23 de noviembre de 2005*. C. P. Flabio Augusto Rodríguez Arce.
- Colombia, Consejo de Estado. *Radicado 11001-03-26-000-2007-00055-00(34425)*, *Sentencia de 7 de febrero de 2011*. C. P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.
- Colombia, Consejo de Estado. *Radicado 11001-03-26-000-2008-00101-00(36054)B*, *Sentencia de 14 de abril de 2010*. C. P. Enrique Gil Botero.
- Colombia, Consejo de Estado. *Radicado 13001-23-31-000-1998-00343-01(23605)*, *Sentencia de 26 de julio de 2012*. C. P. Danilo Rojas Betancourth.
- Colombia, Consejo de Estado. *Radicado 1412*, *Sentencia 4 de agosto de 1980*. C. P. Jaime Paredes Tamayo.
- Colombia, Consejo de Estado. *Radicado 1453*, *Sentencia de 6 de agosto de 2003*. C. P. Augusto Trejos Jaramillo.

- Colombia, Consejo de Estado. *Radicado 2003-00801, Sentencia de 26 de agosto de 2011*. C. P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.
- Colombia, Consejo de Estado. *Radicado 21652, Sentencia de 11 de abril de 2002*. C. P. Alier Hernández Enríquez.
- Colombia, Consejo de Estado. *Radicado 23001-23-31-000-2000-02857-01(24697), Sentencia de 24 de octubre de 2012*. C. P. Enrique Gil Botero.
- Colombia, Consejo de Estado. *Radicado 25000-23-26-000-1995-01712-01(17757), Sentencia 1995-01712 de 29 de julio de 2013*. C. P. Danilo Rojas Betancourth.
- Colombia, Consejo de Estado. *Radicado 25000-23-26-000-1997-04390-01(18080), Sentencia de 31 de agosto de 2011*. C. P. Ruth Stella Correa Palacio.
- Colombia, Consejo de Estado. *Radicado 25000-23-26-000-1999-02197-01(25646), Sentencia de 13 de noviembre 2013*. C. P. Mauricio Fajardo Gómez.
- Colombia, Consejo de Estado. *Radicado 250002326000200000240 01, Sentencia de 13 de agosto de 2014*. C. P. Hernán Andrade Rincón.
- Colombia, Consejo de Estado. *Radicado 25000-23-26-000-2000-02151-01(26705), Sentencia de 26 de junio de 2014*. C. P. Ramiro Pazos Guerrero.
- Colombia, Consejo de Estado. *Radicado 27001-23-31-000-1995-02484-01(15935), Sentencia del 10 de marzo de 2011*. C. P. Danilo Rojas Betancourth.
- Colombia, Consejo de Estado. *Radicado 410001-23-31-000-2004-00369-01(AP), Sentencia de 17 de mayo de 2007*. C. P. Ramiro Saavedra Becerra.
- Colombia, Consejo de Estado. *Radicado 68001-23-31-000-2004-02194-01, Sentencia 23 de septiembre de 2010*. C. P. Bertha Lucía Ramírez de Páez.
- Colombia, Consejo de Estado. *Radicado 8500123310002000001980, Sentencia de 9 de mayo de 2012, exp. 20.968*. C. P. Hernán Andrade Rincón.
- Colombia, Consejo de Estado. *Radicado No. 11001-03-06-000-2010-00034-00(1992), Sentencia de 20 de mayo de 2010*. C. P. Enrique José Arboleda Perdomo
- Colombia, Consejo de Estado. *Sentencia de 7 de junio de 2001, exp. 166*. C. P. Alier Eduardo Hernández Enríquez.
- Colombia, Consejo de Estado. *Sentencia 12037 de 19 de julio de 2001*. C. P. Alier Eduardo Hernández Enríquez.
- Colombia, Consejo de Estado. *Sentencia 17767 de 31 de enero de 2011*. C. P. Olga Mélida Valle de la Hoz.
- Colombia, Consejo de Estado. *Sentencia 1999-00546 de 28 de mayo de 2012, Sección Tercera*. C. P. Ruth Stella Correa Palacio.
- Colombia, Consejo de Estado. *Sentencia 31447 de 3 de diciembre de 2007*. C. P. Ruth Stella Correa Palacio.

## •Bibliografía•

- Colombia, Consejo de Estado. *Sentencia de 17 de marzo de 2010, exp. 36.537*. C. P. Mauricio Fajardo Gómez.
- Colombia, Consejo de Estado. *Sentencia de 23 de diciembre de 2005, exp. 23565*. C. P. Ramiro Saavedra Becerra.
- Colombia, Consejo de Estado. *Sentencia de 27 de enero de 2000, exp. 14935*. C. P. Germán Rodríguez Villamizar.
- Colombia, Consejo de Estado. *Sentencia de 8 de junio de 2000, exp. 16973*. C. P. Alier Eduardo Hernández Enríquez.
- Colombia, Corte Constitucional. *Sentencia C-004 de 18 de enero de 2017*. M. P. Alejandro Linares Cantillo.
- Colombia, Corte Constitucional. *Sentencia C-006 de 18 de enero de 2012*. M. P. María Victoria Calle Correa.
- Colombia, Corte Constitucional. *Sentencia C-035 de 23 de enero de 2008*. M. P. Manuel José Cepeda Espinosa.
- Colombia, Corte Constitucional. *Sentencia C-068 de 10 de febrero de 2009*. M. P. Mauricio González Cuervo.
- Colombia, Corte Constitucional. *Sentencia C-1194 de 3 de diciembre de 2008*. M. P. Rodrigo Escobar Gil.
- Colombia, Corte Constitucional. *Sentencia C-128 de 18 de febrero de 2003*. M. P. Álvaro Tafur Galvis.
- Colombia, Corte Constitucional. *Sentencia C-154 de 19 de marzo de 1997*. M. P. Hernando Herrera Vergara.
- Colombia, Corte Constitucional. *Sentencia C-215 de 14 de abril de 1999*. M. P. Martha Victoria SÁCHICA de Moncaleano.
- Colombia, Corte Constitucional. *Sentencia C-250 de 6 de junio de 1996*. M. P. Hernando Herrera Vergara.
- Colombia, Corte Constitucional. *Sentencia C-259 de 11 de marzo de 2008*. M. P. Jaime Córdoba Triviño.
- Colombia, Corte Constitucional. *Sentencia C-300 de 25 de abril de 2012*. M. P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.
- Colombia, Corte Constitucional. *Sentencia C-333 de 1 de agosto de 1996*. M. P. Alejandro Martínez Caballero.
- Colombia, Corte Constitucional. *Sentencia C-341 de 3 de mayo de 2006*. M. P. Jaime Araujo Rentería.
- Colombia, Corte Constitucional. *Sentencia C-380 de 23 de abril de 2008*. M. P. Nilson Pinilla Pinilla.

- Colombia, Corte Constitucional. *Sentencia C-400 de 2 de junio de 1999*. M. P. Vladimiro Naranjo Mesa.
- Colombia, Corte Constitucional. *Sentencia C-414 de 22 de septiembre de 1994*. M. P. Antonio Barrera Carbonell.
- Colombia, Corte Constitucional. *Sentencia C-431 de 28 de septiembre de 1995*. M. P. Hernando Herrera Vergara.
- Colombia, Corte Constitucional. *Sentencia C-449 de 9 de julio de 1992*. M.P. Alejandro Martínez Caballero.
- Colombia, Corte Constitucional. *Sentencia C-498 de 26 de septiembre de 1996*. M. P. Antonio Barrera Carbonell.
- Colombia, Corte Constitucional. *Sentencia C-508 de 3 de julio de 2002*. M. P. Alfredo Beltrán Sierra.
- Colombia, Corte Constitucional. *Sentencia C-534 de 24 de mayo de 2005*. M. P. Humberto Sierra Porto.
- Colombia, Corte Constitucional. *Sentencia C-555 de 22 de agosto de 2013*. M. P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.
- Colombia, Corte Constitucional. *Sentencia C-555 de 6 de diciembre de 1994*. M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.
- Colombia, Corte Constitucional. *Sentencia C-633 de 21 de noviembre de 1996*. M. P. José Gregorio Hernández Galindo.
- Colombia, Corte Constitucional. *Sentencia C-713 de 7 de octubre de 2009*. M. P. María Victoria Calle Correa.
- Colombia, Corte Constitucional. *Sentencia C-772 de 10 de diciembre de 1998*. M. P. Fabio Morón Díaz.
- Colombia, Corte Constitucional. *Sentencia C-892 de 22 de agosto 2001*. M. P. Rodrigo Escobar Gil.
- Colombia, Corte Constitucional. *Sentencia C-903 de 17 de septiembre de 2008*. M. P. Jaime Araujo Rentería.
- Colombia, Corte Constitucional. *Sentencia C-949 de 5 de septiembre de 2001*. M. P. Clara Inés Vargas Hernández.
- Colombia, Corte Constitucional. *Sentencia C-949 de 5 de septiembre de 2001*. M. P. Clara Inés Vargas Hernández.
- Colombia, Corte Constitucional. *Sentencia SU-133 de 2 de abril de 1998*. M. P. José Gregorio Hernández Galindo.
- Colombia, Corte Constitucional. *Sentencia SU-917 de 16 de noviembre de 2010*. M. P. Jorge Iván Palacio Palacio.

## •Bibliografía•

- Colombia, Corte Constitucional. *Sentencia T-1263 de 29 de noviembre de 2001*. M. P. Jaime Córdoba Triviño.
- Colombia, Corte Constitucional. *Sentencia T-1341 de 11 de diciembre de 2001*. M. P. Álvaro Tafur Galvis.
- Colombia, Corte Constitucional. *Sentencia T-150 de 31 de marzo de 2016*. M. P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.
- Colombia, Corte Constitucional. *Sentencia T-209 de 17 de marzo de 2006*. M. P. Jaime Córdoba Triviño.
- Colombia, Corte Constitucional. *Sentencia T-256 de 6 de junio de 1995*. M. P. Antonio Barrera Carbonell.
- Colombia, Corte Constitucional. *Sentencia T-309 de 30 de abril de 2010*. M. P. María Victoria Calle Correa.
- Colombia, Corte Constitucional. *Sentencia T-508 de 28 de agosto de 1992*. M. P. Fabio Morón Díaz.
- Colombia, Corte Constitucional. *Sentencia T-713 de 23 de agosto de 2006*. M. P. Rodrigo Escobar Gil.
- Colombia, Corte Constitucional. *Sentencia T-900 de 26 de noviembre de 2014*. M. P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.
- Colombia, Corte Suprema de Justicia. *Sentencia 62 de 9 de junio de 1988, exp. 1799*. M. P. Fabio Morón Díaz.
- Colombia, Presidencia de la República. *Decreto 111 de 1996*, “Por el cual se compilan la Ley 38 de 1989, la Ley 179 de 1994 y la Ley 225 de 1995 que conforman el Estatuto Orgánico del Presupuesto”. Bogotá: *Diario Oficial* No. 42692, 18 de enero de 1996.
- Colombia, Presidencia de la República. *Decreto 1510 de 2013*, “Por el cual se reglamenta el sistema de compras y contratación pública”. Bogotá: *Diario Oficial* No. 48854, 17 de julio de 2013.
- Colombia, Presidencia de la República. *Decreto 734 de 2012*, “Por el cual se reglamenta el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública y se dictan otras disposiciones”. Bogotá: *Diario Oficial* No. 48.400, 13 de abril de 2012.
- Colombia, Presidencia de la República. *Decreto Ley 150 de 1976*, “Por el cual se dictan normas para la celebración de contratos por parte de la Nación y sus entidades descentralizadas”. Bogotá: *Diario Oficial* No. 34.492, 18 de febrero de 1976.
- Contraloría General de la República, Auditoría General de la República y Procuraduría General de la Nación. *Circular conjunta No. 14*. Bogotá, 1 de junio de 2011.
- De La Riva, Ignacio M. “Nuevos modelos de financiación de infraestructuras públicas”. *Revista digital de Derecho Administrativo*, núm. 17 (2017): 193-212.
- Díaz, Cristian. *La liquidación*. Medellín: Librería Jurídica Sánchez, 2013.

- Dreyzin, Adriana. *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.
- Dussan Hitscherich, Jorge y Fabián Humberto Herrera Santana. “Las modalidades de la contratación estatal”. Tesis de Especialización, Universidad Militar Nueva Granada, 2012.
- Emiliani Román, Raimundo. *Conferencias de obligaciones*. Bogotá: Temis, 1980.
- Escobar Gil, Rodrigo. *Teoría general de los contratos de la Administración pública*. Bogotá: Legis, 2003.
- Esteban, Claudia. “La teoría de los contratos administrativos”. [http://www.uca.edu.ar/uca/common/grupo83/files/2011\\_-\\_04\\_-\\_03\\_Esteban.pdf](http://www.uca.edu.ar/uca/common/grupo83/files/2011_-_04_-_03_Esteban.pdf) (acceso julio 17, 2017).
- Estrada, Armando. “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).
- Expósito Vélez, Juan Carlos. “El contencioso contractual: visos jurisprudenciales”. *Revista digital de derecho administrativo*, núm. 4 (2010): 161-180.
- Farina, Marco. “Integración del contrato ‘incompleto’ en el ordenamiento italiano”. *Revista de Derecho Privado*, núm. 29 (2015): 113-139.
- Franco Gutiérrez, Ómar. *La contratación administrativa: comentarios a la Ley 80 de 1993 y sus decretos reglamentarios*. Bogotá: Gustavo Ibáñez, 2000.
- Gil Echeverri, Jorge Hernán. *Nuevo régimen de arbitramento: manual práctico*. Bogotá: Cámara de Comercio de Bogotá, 1999.
- Gómez González, Germán Enrique y Juan Carlos Urrutia Ramírez. “El contrato de prestación de servicios en la legislación contractual administrativa colombiana”. Tesis de Especialización, Universidad de La Sabana, 2008.
- Gómez Lee, Iván Darío. *El derecho de la contratación pública en Colombia*. Bogotá: Legis, 2011.
- Gómez Vásquez, Carlos. *Teoría del contrato*. Medellín: Universidad de Medellín, 2010.
- González López, Édgar. *El pliego de condiciones en la contratación estatal*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2010.
- Gorbaneff, Yuri y Gina Cabarcas. “Equilibrio económico y la contratación pública en Colombia”. *Revista de Derecho*, núm. 31 (2009): 67-91.
- Gorbaneff, Yuri. “La Ley 80 y la teoría económica”. *Vniversitas*, núm. 105 (2003): 25-44.
- Gorbaneff, Yuri. “Problemas teóricos en la contratación pública en Colombia”. *Cuadernos de Administración* 16, núm. 25 (2003): 91-107.
- Gordillo, Agustín. “Obra pública y contrato de obra pública”. *Lecciones y ensayos*, núm. 32 (1966): 45-70.



## •Bibliografía•

- Güecha Medina, Ciro Norberto. “Falacia de las cláusulas exorbitantes en la contratación estatal”. *Opinión Jurídica* 5, núm. 10 (2006): 33-47.
- Hernández, Aida Patricia. “La liquidación del contrato estatal”. *Revista digital de derecho administrativo*, núm. 1 (2009). <http://revistas.uexternado.edu.co/index.php/Deradm/article/view/2597/2236> (acceso septiembre 1, 2017).
- Herrera Barbosa, Benjamín. *Contratos públicos*. Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2003.
- Ibáñez Parra, Óscar y Érik Rincón Cárdenas. “El acto administrativo electrónico y las nuevas tecnologías de la información”. *Civilizar* 4, núm. 7 (2015): 1-36.
- Izquierdo de Bartolomé, Rafael y José Manuel Vasallo Magro. “Concesiones de infraestructura con plazos cortos”. *Revista de Obras Públicas* 149, núm. 3425 (2002): 119-126.
- Laguado Giraldo, Roberto. “La contratación pública electrónica en Colombia”. *Vniversitas*, núm. 108 (2004): 457-498.
- Lamprea Rodríguez, Pedro. *Contratos estatales*. Bogotá: Temis, 2007.
- Leiza Zunino, Pablo. *Contratos de la Administración pública: teoría, principios y aplicación práctica*. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2012.
- López Pedreros, Sandra Lucía. “La subasta inversa en la contratación pública. Estado del arte”. <http://www.funcionpublica.gov.co/eva/red/publicaciones/la-subasta-inversa-en-la-contratacion-publica> (acceso octubre 12, 2017).
- Martínez Cárdenas, Édgar Enrique y Juan Manuel Ramírez Mora. “La corrupción en la contratación estatal colombiana. Una aproximación desde el neoinstitucionalismo”. *Reflexión política* 8, núm. 15 (2006): 148-162.
- Martínez Cárdenas, Édgar Enrique 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): 37-59.
- Matallana Camacho, Ernesto. *Manual de contratación de la Administración pública*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2013.
- Mendoza Torres, Arnaldo. “Los contratos de concesión”. *Revista de Derecho Universidad del Norte*, núm. 20 (2003): 82-91.
- Mier Barros, Patricia. “Los riesgos, su identificación, asignación y amortización en los contratos del Estado”. *Revista de Ingeniería*, núm. 32 (2010): 95-107.
- Ministerio de Gobierno. *Nuevo régimen de contratación administrativa*. Bogotá: Imprenta Nacional, 1993.
- Miranda Medina, Milton Jojani. “La regla o el principio de la selección objetiva en la contratación pública colombiana”. *Verba Iuris* 11, núm. 35 (2016): 65-84.
- Monroy Moreno, Nubia. “Acciones constitucionales frente a la contratación estatal”. *Nuevos paradigmas de las ciencias sociales latinoamericanas VII*, núm. 13 (2016): 117-166.

- Montes Alvarino, Ingrid. “Arbitrabilidad en materia administrativa y manifestación del Estado regulado en el arbitraje como mecanismo alterno de solución de conflictos”. *Revista jurídica Erg@omnes* 2, núm. 1 (2010): 67-76.
- Montes, María Alejandra. “Efectos reglamentarios y jurisdiccionales del derecho comunitario andino sobre el derecho administrativo colombiano”. Tesis de Maestría, Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, 2012.
- Montes, Susana y Patricia Mier. “Concesiones viales. La inadecuada distribución de los riesgos, eventual crisis de los contratos”. *Revista de Derecho Público*, núm. 31 (2000): 39-125.
- Morales Nemez, Yesmina. “Estrategia de negociación integrativa: la mejor alternativa para un acuerdo exitoso” en *Aspectos contemporáneos de la negociación nacional e internacional*, editado por Adriana Zapata Giraldo, 47-68. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2016.
- Moreno Cruz, Pablo y José Luis Benavides. *La contratación pública en América Latina*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2016.
- Ordóñez Ordóñez, Andrés. “Efectividad de la garantía única de cumplimiento de contratos estatales, constituida a través de póliza de seguro de cumplimiento”. *Revista de Derecho Privado*, núm. 19 (2010): 135-177.
- Organización de Naciones Unidas [ONU]. “Estudio sobre las perspectivas de la armonización de la ciberlegislación en América Latina”. [http://unctad.org/es/docs/webdtlktcd20091\\_sp.pdf](http://unctad.org/es/docs/webdtlktcd20091_sp.pdf) (acceso junio 15, 2009).
- 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](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).
- Ortiz Monsalve, Álvaro. *Manual de obligaciones*. Bogotá: Temis, 2013.
- Osorio Moreno, Néstor David. “Las cláusulas excepcionales en la actividad contractual de la Administración pública: ¿Autonomía de la voluntad o imposición del Legislador?”. *Revista digital de derecho administrativo*, núm. 10 (2013): 95-108.
- Palacio Hincapié, Juan Ángel. *La contratación de las entidades estatales*. 6a ed. Medellín: Librería Jurídica Sánchez, 2010.
- Palacio Hincapié, Juan Ángel. *La transparencia en la contratación del Estado*. Bogotá: Doctrina y Ley, 2007.
- Palacio Jaramillo, María Teresa. “Resurgimiento o crisis de la noción de servicio público”. *Revista de Derecho Público*, núm. 31 (2000): 27-37.
- Palacios Mejía, Hugo. “La concesión y la teoría económica de los contratos”. *Revista de Derecho Público*, núm. 31 (2000): 11-17.

## •Bibliografía•

- Pardo Posada, Nora Elena y Carlos Arturo Hernández. “La interpretación de las cláusulas del contrato estatal en el marco del orden jurídico”. *Criterio Jurídico Garantista* 5, núm. 8 (2013): 124-135.
- Parra Benítez, Jorge. *Manual de derecho civil. Personas, familia y derecho de menores*. Medellín: Biblioteca Jurídica Diké, 1988.
- Pemberthy López, Pedro Luis. “La liquidación de los contratatos estatales”. *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas UPB* 45, núm. 134 (2015): 401-434.
- Perotti, Javier. “La acción internacional de las provincias y municipios argentinos”. Ponencia presentada en el V Congreso de relaciones internacionales, La Plata, 24-26 noviembre, 2010.
- Pineda Jaimés, Gloria Marcela. “¿Qué tan eficientes son los requisitos habilitantes económicos y financieros en los procesos de contratación estatal?”. Tesis de Especialización, Universidad Militar Nueva Granada, 2015.
- Pino Ricci, Jorge. *El régimen jurídico de los contratos estatales*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2005.
- Real Academia Española. “Liquidar” en *Diccionario de la lengua española*. <http://dle.rae.es/?id=NP8bbbz> (acceso junio 20, 2017).
- República de Colombia. *Constitución Política*. Bogotá: Legis, 1991.
- Revue Lapique, José Manuel. *Organización Económica Internacional: problemas actuales de la economía mundial*. Madrid: Ediciones Pirámide, 1991.
- Reyes Yunis, Laura. *Ley de contratación administrativa: reforma a la contratación estatal*. Bogotá: Universidad del Rosario, 2007.
- Rico Puerta, Luis Alfonso. *Teoría general y práctica de la contratación estatal*. Bogotá: Leyer, 2007.
- Rincón Salcedo, Javier. “Del ‘descontrol’ de la producción normativa en materia de contratación pública en Colombia”. *Vniversitas*, núm. 125 (2012): 319-337.
- Rodríguez Arana, Jaime. “Las prerrogativas de la Administración en los contratos de las administraciones públicas”. *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña AFDUDC* 12 (2008): 795-812.
- Rodríguez Fernández, Maximiliano. “La problemática del riesgo en los proyectos de infraestructura y en los contratos internacionales de construcción”. *E-mercatoria* 6, núm. 1 (2007): 1-29.
- Rodríguez Fernández, Maximiliano. *Introducción al derecho comercial internacional*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2009.
- Rodríguez Rodríguez, Libardo. *Derecho administrativo general y colombiano*. Bogotá: Temis, 2001.

- Sánchez Acevedo, Marco Emilio. *El derecho a la buena administración electrónica*. Bogotá: Universidad Católica de Colombia, 2016.
- Sanguinete Peña, José del Carmen. “Los contratos y convenios interadministrativos y las incidencias disciplinarias en la contratación directa”. Tesis de Especialización, Universidad Militar Nueva Granada, 2015.
- Santaella, Héctor. “La forma del contrato estatal: algunas reflexiones sobre la incidencia del estatuto orgánico del presupuesto del perfeccionamiento de los contratos del Estado”. *Revista de Derecho Fiscal*, núm. 3 (2011): 139-160.
- Santofimio Gamboa, Jaime Orlando. “El carácter conmutativo y por regla general sinalagmático del contrato estatal y sus efectos respecto de la previsibilidad del riesgo y del mantenimiento de su equilibrio económico”. *Revista digital de derecho administrativo*, núm. 1 (2008): 1-57.
- Santos Rodríguez, Jorge Enrique. “Consideraciones sobre los contratos y convenios interadministrativos”. *Revista digital de derecho administrativo*, núm. 1 (2009): 1-32.
- Santos Rodríguez, Jorge Enrique. “La cláusula de reversión en los contratos de concesión administrativa”. Ponencia presentada en las X Jornadas de derecho Administrativo. Incertidumbre en la contratación estatal, Bogotá, 11 de agosto, 2010.
- Savatier, René. *La théorie des obligations*. París: Dalloz, 1967.
- Silva Sánchez, Jesús María. “Eficiencia y derecho penal”. *Anuario de derecho penal y ciencias penales ADPCP XII*, núm. 1 (1996): 93-127.
- Torres Ávila, Jheison. *La transparencia y el buen gobierno. Una perspectiva desde los derechos humanos y las obligaciones de los gobiernos locales*. Bogotá: Universidad Católica de Colombia, 2016.
- Urbina Gimeno, Íñigo. “Análisis económico del derecho y política criminal”. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, núm. extra 2 (2004): 31-73.
- Vallejo Almeida, Germán. “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, Vladimir Rodríguez Sanabria, Jheison Torres Ávila y Germán Vallejo Almeida, 35-68. Bogotá: Universidad Católica de Colombia, 2016.
- Vedel, Georges. *Derecho administrativo*. Madrid: Aguilar, 1980.
- Vega de Herrera, Mariela. “El contrato estatal de prestación de servicios: su incidencia en la función pública”. *Prolegómenos, derechos y valores X*, núm. 19 (2007): 15-34.
- Vélez Escallon, Luis Fernando “La terminación y liquidación en los contratos de las entidades estatales” en *Comentarios al nuevo régimen de la contratación administrativa*, editado por Juan Pablo Cárdenas, 174-192. Bogotá: Ediciones Rosaristas, 1995.

•Bibliografía•

Vélez, Rubén. “Déficit democrático vs reorientación”. Ponencia presentada en el Simposio de la Cátedra andina Razón y sinrazón de la integración latinoamericana, Quito, 5 febrero, 2007.

Weill, Alex y Francois Terré. *Droit civil: les obligations*. París: Dalloz, 1975.7



**UNIVERSIDAD CATÓLICA**  
**de Colombia**  
Vinculada Mineducación

Editado por la Universidad Católica de Colombia en junio de 2018, impreso en papel propalibros de 75 g., en tipografía Times New Roman, tamaño 11 pts.

Publicación digital  
Hipertexto Ltda.

Impreso por:  
Xpress Estudio Gráfico y Digital S.A

Sapientia aedificavit sibi domum

Bogotá, D. C., Colombia

ELEMENTOS Y  
PRESUPUESTOS  
DE LA CONTRATACIÓN  
ESTATAL

26

El libro aborda temas fundamentales de la contratación estatal como lo son el desarrollo conceptual, doctrinario y jurisprudencial de los contratos estatales, los principios, los procesos de selección y los requisitos de la contratación desde el enfoque público. Así mismo, se describe un amplio marco normativo del Consejo de Estado y la Corte Suprema de Justicia que dan el andamiaje jurídico al sustento del texto.

Esta obra constituye una herramienta de apoyo para docentes y estudiantes de pregrado y posgrado y en general para la comunidad universitaria que quiera contextualizar problemas jurídicos y de investigación en los temas relacionados con la contratación estatal.



UNIVERSIDAD **CATÓLICA**  
de Colombia  
Vigilada Mineducación

