





Temas de derecho administrativo n.º 5

---

Contratos públicos  
Estudios



José Luis Benavides

# **Contratos públicos Estudios**

Universidad Externado de Colombia

Benavides, José Luis

*Contratos públicos : estudios* / José Luis Benavides. -- Bogotá : Universidad Externado de Colombia, 2014.

426 páginas ; 21 cm. -- (Temas de derecho administrativo ; 5)

Incluye bibliografía.

ISBN: 9789587722093

1. Contratos públicos -- Aspectos jurídicos -- Colombia 2. Contratos administrativos -- Jurisprudencia -- Colombia 3. Responsabilidad administrativa -- Jurisprudencia -- Colombia 4. Administración pública -- Jurisprudencia -- Colombia 5. Derecho administrativo -- Colombia 6. Tratado de libre comercio -- Colombia I. Universidad Externado de Colombia II. Título III. Serie

344

SCDD 15

Catalogación en la fuente -- Universidad Externado de Colombia. Biblioteca

Noviembre de 2014

ISBN 978-958-772-209-3

© 2014, JOSÉ LUIS BENAVIDES

© 2014, UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA

Calle 12 n.º 1-17 Este, Bogotá

Teléfono (57-1) 342 0288

publicaciones@uexternado.edu.co

www.uexternado.edu.co

Primera edición: diciembre de 2014

Diseño de cubierta: Departamento de Publicaciones

Composición: Marco Robayo

Impresión y encuadernación: Xpress Estudio Gráfico y Digital S.A.

Tiraje de 1 a 1.000 ejemplares

Impreso en Colombia

*Printed in Colombia*

Prohibida la reproducción o cita impresa o electrónica total o parcial de esta obra, sin autorización expresa y por escrito del Departamento de Publicaciones de la Universidad Externado de Colombia. Las opiniones expresadas en esta obra son responsabilidad del autor.

## CONTENIDO

PRESENTACIÓN	11
1. LA INTERNACIONALIZACIÓN DE LOS CONTRATOS PÚBLICOS	15
I. Nivel económico multilateral y bilateral	18
A. Acuerdo de compras públicas de la Organización Mundial de Comercio	18
B. Acuerdo de Libre Comercio de las Américas (ALCA)	20
C. Tratados de libre comercio con países de América	21
1. Procedimientos de contratación	22
2. Las instituciones contractuales	29
II. Banca multilateral	41
A. Banco Mundial	42
B. Banco Interamericano de Desarrollo	54
III. Programas internacionales sobre contratación pública	54
A. Modelos UNCITRAL	54
B. Red Interamericana de Compras Públicas (RICG)	62
2. LA CONTRATACIÓN PÚBLICA EN LOS TLC DE AMÉRICA	67
I. Normalización de la contratación pública	68
A. Ámbito de aplicación	72
1. Noción amplia de contrato	73
2. Lista de entidades	74
3. Umbrales	75
4. Excepciones	76
B. Valores universales consolidados	77
1. Publicidad	77
2. Concurrencia y transparencia	78
3. Trato nacional y no discriminación	82
4. Recursos contra la atribución irregular de contratos	83

II. Limitaciones a la efectiva realización de objetivos de los tratados	84
A. Asimetrías	84
1. Umbrales	85
2. Lista de entidades	90
3. Exclusiones particulares	93
B. Armonización con los derechos internos	95
3. VIABILIDAD DE UN VERDADERO ESTATUTO GENERAL DE CONTRATACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA	103
I. Inutilidad de los regímenes especiales de derecho privado	105
A. Las cláusulas exorbitantes no son características del contrato estatal	108
B. El régimen del contrato no determina el de su contratación	110
C. El régimen de derecho privado protege la competencia y no la administración	113
D. Restricciones jurisprudencial y normativa a la aplicación del derecho privado	121
II. Contenido de un estatuto contractual general y único	132
A. La intención del legislador e incluso del constituyente	133
B. Un Estatuto contractual podría aplicarse a todos los contratos	138
4. POTESTAD REGLAMENTARIA EN CONTRATACIÓN PÚBLICA	149
I. Restricciones objetivas a la reglamentación contractual	156
A. Competencia reglamentaria	156
1. Competencia de reglamentación	156
2. Competencia y capacidad en materia contractual	161
B. Materias no reglamentables	163
C. Materia legal mínima reglamentable	169
II. Reglamentación derivada de la voluntad del legislador	172
A. Concepción general de la Ley 80/93	173
B. Práctica de la reglamentación	176
5. EL PLIEGO DE CONDICIONES	185



6. EL PRINCIPIO DE EFICACIA EN LA CONTRATACIÓN ESTATAL	205
I. Estatuto contractual: ley de principios	212
II. Manifestaciones del principio de eficacia en la contratación estatal	214
A. Prevalencia de lo sustancial sobre lo formal	216
B. Simplificación racional de la competencia	218
C. Planeación	219
D. Transparencia	220
E. Resolución de diferendos	221
III. Dificultades para la realización del principio	222
A. Fuerza vinculante de los principios	223
B. Ponderación de principios	227
1. Eficacia, imparcialidad e igualdad	229
2. Eficacia y legalidad	241
3. Eficacia y responsabilidad	248
4. Eficacia y planeación	251
7. ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA Y CONTRATOS PÚBLICOS	255
I. Inspiración en el enriquecimiento sin causa civil	258
A. Elementos materiales	259
B. Elementos jurídicos	262
1. Ausencia de causa jurídica	264
2. Inexistencia de acción para reclamar	273
II. Particularidades del enriquecimiento sin causa administrativo	277
A. El negocio jurídico frustrado en el origen del enriquecimiento sin casusa administrativo	278
B. Aplicación particular de los elementos del enriquecimiento sin causa administrativo	286
1. Solicitud de la administración enriquecida	286
2. Valoración específica de la buena fe	290
C. Consecuencia: restitución de patrimonios	304
8. CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS. DIFÍCIL DELIMITACIÓN FRENTE AL CONTRATO REALIDAD	311
I. Un objeto polivalente	312
A. Amplitud de prestaciones posibles	312
B. Libertad contractual y funciones administrativas	318
II. Contrato de prestación de servicios y contrato realidad	330
A. Carácter excepcional del contrato	332

B. La subordinación del contratista	337
C. Prueba de la subordinación	338
D. Constitucionalización del contrato realidad	343
E. Reparación del contratista trabajador	347
9. ADICIÓN DE CONTRATOS PÚBLICOS	357
I. Adiciones en los decretos 150/76 y 222/83	357
A. Modalidades	358
1. Los textos legales	358
2. La interpretación del Consejo de Estado	365
B. Restricciones normativas	367
1. Prohibición de modificar el objeto contractual	367
2. Límite del 50% del valor original del contrato	369
II. Orientaciones actuales sobre la adición de contratos	373
A. Revisión de la concepción sobre las mayores cantidades de obra	375
B. Necesaria justificación de toda adición	380
1. Límites cuantitativos	384
2. Límites cualitativos	385
10. INCERTIDUMBRE DE LA JURISPRUDENCIA CONTRACTUAL SOBRE LA IMPREVISIÓN	399
I. Lastre de la sentencia SAE	401
II. Revisión jurisprudencial	411
III. Balance pendiente	416

## PRESENTACIÓN

La publicación que el lector tiene en sus manos reúne diversos artículos escritos en los últimos años sobre el tema de la contratación pública. La volatilidad legislativa y reglamentaria en la materia hace que la mayoría de libros se ocupen del seguimiento de la normatividad aplicable a los contratos de la administración, tanto los regidos por el Estatuto General de Contratación (Ley 80/93) y sus modificaciones como también los regulados por normatividad especializada en variados campos y regímenes particulares. Esta labor de actualización jurídica, sin duda esencial, aplaza con frecuencia el tratamiento de temas transversales que, con independencia de la regulación cambiante y la especialización normativa, plantean problemas importantes de la contratación.

En esta perspectiva, el presente libro reúne distintos artículos que abordan temáticas relacionadas con las fuentes de la contratación pública y la dinámica contractual, tanto en lo que atañe a la definición de su tipología como al desarrollo de la ejecución de los contratos.

Varios artículos exponen las particularidades de las fuentes de los contratos y las obligaciones contractuales, desde diversos puntos de vista. En primer lugar, la incidencia creciente de las fuentes internacionales, bien sea por los distintos mecanismos y modalidades del derecho internacional, formal o informal, bien sea por la regulación de la contratación en los tratados de libre comercio (TLC).

Igualmente, como problema específico referido a las fuentes, resulta significativo analizar la pretensión de unificación del régimen de contratos de la administración, contenida en la Ley 80/93, y las condiciones de un verdadero y posible estatuto universal de contratación de la administración. El mito de las bondades del derecho privado introduce regímenes particulares que con frecuencia no tienen justificación, en la medida en que la flexibilidad buscada en este derecho podría lograrse en un estatuto general. También en el tema de fuentes resultaba pertinente abordar la dinámica reglamentarista que ha caracterizado el desarrollo normativo de la materia y cómo ella empuja a desconocer la esencia de un estatuto de principios, como la Ley 80/93, inspirado en la voluntad de restringir su alcance a la definición de bases mínimas para que los gerentes públicos desarrollen con eficacia la gestión contractual, con el respeto de parámetros de transparencia y responsabilidad. En este mismo sentido, las fuentes también comprenden el análisis específico del pliego de condiciones, como norma general que permite adaptar al caso particular las orientaciones generales de las bases de licitación, así como de otros procesos de selección de contratistas. De manera más general, el reforzamiento de la reglamentación incita asimismo al análisis del sentido de un estatuto de principios, como la Ley 80/93, que debía constituir la brújula de la gestión contractual, con la expresión que utilizara la exposición de motivos del proyecto de ley en la génesis del Estatuto General de Contratación.

En fin, en el sistema de fuentes de las obligaciones relacionadas con la gestión contractual, la institución del no enriquecimiento sin causa presenta particularidades importantes. La amplitud de la aplicación de la figura por la jurisprudencia administrativa llevó a la regularización masiva de situaciones que nacieron dando la espalda al derecho, es decir, a la legitimación de hechos cumplidos. Pero la reacción extrema de la misma jurisprudencia del Consejo de Estado restringió la figura de manera substancial, al punto que se

imponen el análisis y los fundamentos del principio frente a las exigencias propias de la gestión pública, para determinar si, en últimas, esta fuente particular de obligaciones no tiene aplicación en la gestión contractual pública, y si sería más pertinente el tratamiento de situaciones anormales bajo los diversos sistemas de responsabilidad, bien sea de la administración o compartida con la responsabilidad del particular, quien no puede escapar a la regulación pública para la realización de prestaciones destinadas a las entidades públicas.

Junto a estos temas relacionados con las fuentes del contrato público, los demás abordados en los artículos que integran esta obra permiten un complemento de su concreción, desde distintos puntos de vista. Un análisis del contrato de prestación de servicios ofrece reflexiones sobre una modalidad contractual problemática frente a su uso desbordado para reemplazar funciones propias del empleo público, o frente a otras prestaciones que, por ser inherentes a la administración, difícilmente se conciben en cabeza de un contratista particular. El contrato como fuente de obligaciones ofrece aquí limitaciones substanciales.

Desde otra perspectiva, la dinámica de la ejecución del contrato impone con frecuencia su modificación, a través de adiciones y modificaciones cuyo alcance, sentido y limitaciones también tienen particularidades en la contratación pública.

El libro cierra este abanico de estudios con el análisis de la jurisprudencia sobre una de las manifestaciones más importantes del equilibrio financiero del contrato, a saber, la imprevisión, en la que la jurisprudencia ha marcado una evolución en su concepción, no sin dejar en el aire incertidumbres importantes de la institución administrativa.

Los estudios así presentados han sido consignados en artículos, prefacios de obras o ponencias en congresos nacionales e internacionales como una contribución a la reflexión sobre temas de la contratación pública. Retomados con la

autorización de los editores de las obras donde han sido publicados en su versión original, los textos no se limitan a la reproducción de dicha versión, habiendo sido objeto de actualizaciones normativas y jurisprudenciales que permiten no solo renovar su contenido sino también presentarlos de manera coherente en el conjunto de los temas seleccionados para esta publicación.

## 1. LA INTERNACIONALIZACIÓN DE LOS CONTRATOS PÚBLICOS\*

Los contratos de la administración pública han sido objeto de una febril actividad normativa desde que se expidió la Ley 80/93. Concebida como instrumento privilegiado de la nueva manera de abordar la gestión pública, más convencional que impositiva, la ley buscó flexibilidad en la actividad, a través de principios rectores que ofrecieran a los gerentes públicos un instrumento versátil dentro de un ambiente de responsabilidad reforzado. Esta vocación universal de un estatuto general, previsto ya por la Carta (art. 150), no lo condujo a la instauración de un régimen único de contratación. La Corte Constitucional avaló las regulaciones particulares, recordando el carácter de estatuto general y no único<sup>1</sup>, y así subsistieron los múltiples regímenes particulares, contemplados algunos por la misma Ley 80, como los de los contratos de explotación de recursos naturales (art. 76) o las particularidades de la contratación en el sector de telecomunicaciones (arts. 33-36), la exclusión total del estatuto para los contratos del sector financiero público (art. 32, parágrafo) o la aplicación de reglamentos particulares de los organismos internacionales de cooperación o de la

---

\* Ponencia original presentada en la Escuela Superior de Ciencias Administrativas de Speyer, Alemania, 4 de abril de 2009, *Red de contratos públicos en la globalización jurídica*, SciencesPo, París.

1 cc, sents. C-949/01 y C-633/96.

banca multilateral (art. 13). La dinámica se extendió a otros sectores y parecería que el impulso particular de flexibilización que inspiró al legislador de 1993 no fue suficiente en varios temas en los que leyes particulares establecieron la aplicación del derecho privado. El año anterior a la expedición de la Ley 80/93, la Ley 30/92 había reafirmado la autonomía de las universidades públicas, prescribiendo el régimen de derecho privado de su contratación. El mismo año de la Ley 80/93, la Ley 100/93 reformaba el sistema de seguridad social, abriéndolo a la competencia. Los hospitales públicos debían participar en el nuevo mercado en igualdad de condiciones frente a la competencia privada, por lo que se consideró importante asignarles un régimen de derecho privado. Un año después, la liberalización del mercado se extendía a los servicios públicos domiciliarios (Ley 142/94) y al sector eléctrico (Ley 143/94), por lo que se estableció también un régimen privado de sus contratos. Pero, además, el carácter de ley de principios de la Ley 80/93 auspició una gran actividad reglamentaria, que amplió más el espectro normativo en la materia. La reglamentación del Gobierno Nacional tuvo un efecto de restricción de la flexibilidad otorgada por la Ley 80/93 a los administradores públicos. No obstante, el Consejo de Estado ha suspendido y anulado importantes disposiciones por traspasar la difícil frontera de la reglamentación de una ley de principios. La Ley 1150/07 respondió con la legalización de la concepción de los decretos anulados, la habilitación expresa al Gobierno para una generalizada y extraordinaria reglamentación sobre aspectos esenciales, y la renovación del propósito de modernización de la gestión contractual, mediante de publicidad generalizada por Internet y procedimientos electrónicos de contratación.

La reglamentación contractual presenta así un panorama complejo e inestable, en el que la improvisación de decretos, substituidos cuando apenas son publicados, se superpone a un número creciente de decisiones judiciales anulatorias.



Ello refleja, en principio, una falta de verdadera política normativa en la materia. Pero también existe una influencia creciente de lo que pasa en el mundo con la contratación pública. Nuestra inestabilidad normativa también es el reflejo de tendencias mundiales de reformas permanentes en esta materia tan sensible a la globalización. La contratación pública constituye un porcentaje importante de PIB de los países, por lo que los procesos de apertura a mercados son particularmente importantes. Organismos internacionales como la OMC, la ONU y la OEA se han ocupado de la materia desde hace un buen tiempo. Así mismo, las implicaciones económicas de los contratos públicos despiertan el gran interés de la banca multilateral, que financió en el pasado grandes proyectos de obra pública y auspicia hoy muchos proyectos de inversión. En fin, el tema es muy sensible para la inversión extranjera, lo que hace que los procesos de apertura de las economías tengan en cuenta estos intereses y que los tratados multilaterales y bilaterales de libre comercio otorguen particular importancia a los temas contractuales vinculados directamente con la protección de la inversión.

En estas condiciones es importante aproximarse a la dinámica internacional de la contratación pública que vincula estos distintos actores a través de influencias recíprocas sin que existan jerarquías entre ellos. La conformación, las finalidades e intereses de los distintos organismos y actores hacen que existan aproximaciones diferentes, en ocasiones aun opuestas. En el ámbito jurídico, sin embargo, ellas comparten la influencia creciente del derecho angloamericano, que antepone el espíritu práctico a la claridad y coherencia conceptual, tan importantes para el derecho continental, que tradicionalmente inspiró nuestras instituciones jurídicas. Comprenderlas nos ofrece una lectura particularmente enriquecedora de nuestra legislación, de nuestras dificultades de aplicación y de las tendencias del régimen contractual de la administración pública.

## I. NIVEL ECONÓMICO MULTILATERAL Y BILATERAL

La contratación pública ha sido tema de creciente interés para los procesos de liberalización de las economías y por ello no es una casualidad el que hayan sido objeto de regulación por los distintos acuerdos multilaterales y bilaterales de libre comercio.

### **A. Acuerdo de compras públicas de la Organización Mundial de Comercio**

Este acuerdo multilateral fue suscrito por los 27 países miembros de la Unión Europea, Corea, Estados Unidos, Hong Kong, China, Islandia, Israel, Japón, Liechtenstein, Noruega, Singapur, Suiza y Taiwán en 1994<sup>[2]</sup>, entre los cuales brilla por su ausencia la representación de países en vía de desarrollo (en la actualidad, Panamá ha propuesto su participación; Argentina, Colombia y Chile son observadores<sup>3)</sup>), aunque el acuerdo previó un artículo especial para el tratamiento particular de estos países (art. 5.<sup>o</sup>), lo que se ha explicado como la consecuencia de la dinámica interna de negociación del tratado, que impide a los países en desarrollo negociar condiciones favorables porque, como lo veremos, el acuerdo admite excepciones de aplicación que se negocian sobre la base de la bilateralidad y la reciprocidad.

La finalidad del acuerdo es la apertura de los contratos públicos a la competencia internacional, para lo cual establece la prohibición de discriminación de empresas extranjeras

---

2 Año de suscripción, aunque varios de los países enumerados lo suscribieron con posterioridad. Ver fechas en: [http://www.wto.org/spanish/tratop\\_s/gproc\\_s/memobs\\_s.htm#parties](http://www.wto.org/spanish/tratop_s/gproc_s/memobs_s.htm#parties)

3 A estos países del subcontinente se agregan, en solicitud de adhesión: Albania, Armenia, China, Georgia, Jordania, Mongolia, Omán y Kirguistán. Como observadores: Arabia Saudita, Australia, Bahrein, Camerún, Croacia, India, Nueva Zelanda, Sri Lanka, Turquía y Ucrania.

y el compromiso de los países de crear procedimientos internos que sancionen las adjudicaciones irregulares.

El campo de aplicación del acuerdo se determina por diferentes parámetros. En primer lugar, por la designación de las entidades nacionales a que se aplica, designación establecida para cada país, mediante de una lista que identifica las entidades nacionales o territoriales, así como el tipo de entidad. En un segundo lugar, el tratado se aplica a las compras públicas, categoría entendida de manera amplia como “las adquisiciones mediante cualquier instrumento contractual, incluidos métodos tales como la compra, la compra a plazos o el arrendamiento, financiero o no, con o sin opción de compra, e incluida cualquier combinación de productos y servicios” (art. 1.º). Sin embargo, esta amplitud no incluye los modelos contractuales de concesión en los que la remuneración del contratista no se deriva de un pago realizado por la entidad contratante por los bienes, obras o servicios que adquiere del contratista, como ocurre con la compra pública. En las distintas variantes de estos contratos, el concesionario se remunera con frecuencia a través de la explotación económica del bien o servicio a él concedido, y en todo caso su remuneración conlleva un riesgo importante derivado de la ejecución del contrato. En fin, el tercer parámetro de aplicación del acuerdo está dado por los umbrales de valores de los contratos a partir de los cuales se aplica. La apertura no es concebida así de manera absoluta para todas las compras públicas, sino limitada a los contratos importantes desde el punto de vista económico.

Además, el acuerdo prevé dos tipos de excepciones sobre su aplicación. El primero identifica excepciones genéricas, consistentes en ciertas materias sensibles cuya apertura al mercado internacional no se considera conveniente y sobre las cuales los países conservan plena libertad de regulación interna. En esta categoría están los contratos relacionados con la seguridad, la moral y el orden público; la vida, tanto

humana como animal y vegetal; la salud; los relacionados con discapacitados; los contratos de instituciones filantrópicas; la mano de obra en las prisiones; la promoción y ayuda a países subdesarrollados, y la protección intelectual. El segundo grupo de excepciones es más complejo, por cuanto se establece entre países, bajo el principio de reciprocidad. Los signatarios del acuerdo elaboran listas de entidades y/o tipos de contratos excluidos con ciertos países, sobre la base de la reciprocidad de trato. A través de este mecanismo los Estados pueden conservar tratos particulares, acordados previamente con ciertos países, en razón de sus intereses estratégicos, lo que genera un mapa muy complejo para la lectura del contenido concreto del acuerdo, determinado en buena parte por este enjambre de anexos en los que se identifican tales excepciones particulares. Esta mecánica especial genera una asimetría importante entre los países desarrollados y los países en vía de desarrollo, por la diferencia de poderes de negociación, lo que ha constituido un factor determinante para la no suscripción del acuerdo multilateral por estos últimos.

## **B. Acuerdo de Libre Comercio de las Américas (ALCA)**

El proyecto de Acuerdo de Libre Comercio de las Américas tuvo un precedente importante en el Acuerdo de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN), conocido por su sigla en inglés NAFTA, suscrito entre Canadá, Estados Unidos y México en 1992. Más aún: este acuerdo también tuvo influencia en el de la OMC cuyos lineamientos generales hemos expuesto, suscrito dos años después, en 1994.

El proyecto del ALCA comenzó en la Cumbre de las Américas, realizada en Miami en diciembre de 1994, pero sus negociaciones tuvieron tropiezos y la fuerte oposición de Brasil, por lo que finalmente fue abandonado en 2005. Sin embargo, es significativo, por cuanto constituye un antecedente importante para los TLC suscritos en el continente y

porque proyecta en todo el continente el capítulo de contratos públicos, establecido por el TLCAN de 1992.

El proyecto ALCA recoge las instituciones del acuerdo de libre comercio de la OMC pero adiciona un capítulo de protección a la inversión extranjera, lo que tiene por consecuencia dos aspectos esenciales. En primer lugar, la noción de compras públicas se extiende, para cubrir también todas las modalidades de concesión. La medida es significativa, por cuanto el acuerdo de la OMC dejaba libertad a los Estados para regular este tipo de contratos que requieren un alto grado de flexibilidad en la escogencia del concesionario y la definición de los términos específicos del contrato, dada su larga duración, su objeto particular y la inversión privada, todo lo cual genera una gran complejidad que hace inconveniente la amplitud de la concurrencia, la rigidez y el privilegio del factor precio, que caracteriza a los procedimientos de selección del contratista en las compras públicas.

Por otra parte, el proyecto ALCA no se limita a los procedimientos de selección de los contratistas, como lo hace el acuerdo de la OMC, sino que comprende también aspectos de la ejecución de los contratos, al involucrar nociones amplias de la inversión extranjera y el juzgamiento de los diferendos relacionados con ella en la ejecución de los contratos por parte del Centro Internacional de Arbitraje de Inversión (CIADI), que caracterizaremos más adelante.

### **C. Tratados de libre comercio con países de América**

Frustrado el ALCA, su espíritu ha venido reproduciéndose en los tratados bilaterales y multilaterales de libre comercio suscritos por los distintos países de América, cuya dinámica refleja una creciente expansión.

Algunos de esos tratados no comprenden la regulación de las compras públicas pero prevén su desarrollo ulterior. Tal es el caso de los TLC suscritos entre Mercosur y Bolivia (1996), Chile (1996), Perú y los países andinos (2004); así

como entre Caricom (Comunidad del Caribe) y Costa Rica (2004), República Dominicana (1998) y Perú. Otros, por el contrario, sí tienen un capítulo especial de compras públicas, inspirado ampliamente en el TLCAN y en el proyecto ALCA, como los celebrados entre Centroamérica y Panamá (2002), Chile (1999), República Dominicana (1998), Estados Unidos y República Dominicana (2004) y Colombia, México y Venezuela (1994). Nuestro TLC bilateral con Estados Unidos prevé también un capítulo de compras públicas, al igual que los suscritos por Colombia con Chile (2003) y Perú (2006), así como el TLC México-Nicaragua (1997), además de los numerosos acuerdos suscritos entre los países latinoamericanos y otros países del mundo, así como con la Unión Europea.

Los contratos de libre comercio constituyen la puerta de entrada a nuestro país de la concepción internacional de la apertura y liberalización de los contratos públicos. La evolución de los acuerdos descritos ha ido imponiendo la noción estadounidense y ampliando el tratamiento de las compras públicas de la OMC. El resultado es la adopción de estándares mundiales referidos a los procedimientos de contratación que orientan de manera determinante las legislaciones internas. Pero la concepción de apertura y no discriminación muestra sus beneficios entre países de condiciones medianamente equivalentes. Por el contrario, los acuerdos entre países con marcadas distancias económicas refuerzan asimetrías muy sensibles, que pueden desnaturalizar las instituciones de los acuerdos. De igual forma, la expansión de las instituciones de protección a la inversión extranjera conlleva la modificación sustancial de instituciones jurídicas no solo contractuales. Veamos estas distintas manifestaciones.

### *1. Procedimientos de contratación*

Los acuerdos internacionales han ido estructurando bases esenciales de los procedimientos de contratación que

condensan la experiencia internacional e interna de los distintos países. Los acuerdos no adoptan un reglamento de contratación aplicable a los Estados, pero fijan parámetros esenciales que deben ser respetados por la regulación interna de los países en torno a la transparencia, la regla general de la licitación pública abierta y las autoridades independientes para la composición de litigios.

En cuanto a la transparencia, esta gira en torno a los principios de publicidad y de concurrencia. La publicidad estimula los medios electrónicos, que permiten una amplia difusión de los proyectos para la mayor participación de proponentes. El contenido de la invitación pública no está explícitamente definido, pero sí lo están las bases esenciales para lograr el objetivo de difusión. Además, debe darse amplia y clara difusión a la reglamentación interna referida a la contratación, a través de medios electrónicos o de remisión directa a todo interesado que la solicite. Igualmente, la publicidad no solo debe abarcar la promoción de los proyectos sino también la adjudicación de los contratos.

En cuanto a la amplitud de la concurrencia, los acuerdos establecen plazos mínimos de licitaciones, que permitan la correcta elaboración de propuestas, así como la comunicación de cualquier modificación de pliegos en tiempo útil para la correspondiente adaptación y preparación de ofertas por los proponentes. Así mismo, la legislación interna debe establecer los parámetros de los pliegos. Los acuerdos no prevén pliegos tipo de condiciones técnicas o administrativas generales, sino la definición de ciertos valores esenciales que promuevan una verdadera concurrencia. Así, ellos deben fijar de manera clara y completa las condiciones técnicas de la obra, bien o servicio solicitado, sin contemplar discriminación alguna, siguiendo los parámetros internacionales. Los pliegos deben fijar también de manera clara los criterios de selección del contratista, privilegiando el factor precio, gracias a la definición clara de las condiciones requeridas o, en caso necesario, otros criterios igualmente objetivos.

Respecto de las condiciones de participación, los acuerdos prevén la posibilidad de realizar registros de proponentes, siempre que no limiten la libertad de registrarse y establezcan las formalidades esenciales, debidamente justificadas, que no constituyan factores discriminatorios.

En cuanto a los procedimientos específicos de selección, los acuerdos privilegian la licitación pública abierta, como mecanismo que ofrece las mejores condiciones de transparencia por la amplitud de participación e igualdad de tratamiento de oferentes. La excepción a esta regla general debe estar justificada de manera específica por la reglamentación, bien sea por la necesidad de un peso mayor dado a las condiciones del contratista sobre su oferta, como sucede con los concursos de arquitectura, la consultoría o la realización de los prototipos industriales y científicos, o por diferentes tipos de factores que justifican la selección directa, como el valor poco significativo del contrato, las licitaciones declaradas desiertas, la urgencia en la suscripción del contrato, los derechos exclusivos vinculados al contrato que excluyen la concurrencia, o los servicios especializados.

En fin, el tercer elemento esencial de los acuerdos relacionado con los procedimientos de contratación se refiere a la creación de instancias administrativas o jurisdiccionales independientes que garanticen la regularidad de los procesos contractuales. Para ello, varios principios esenciales deben orientar las instituciones creadas por los países en su derecho interno.

1.º *Libertad de acceso*. Los aspirantes y proponentes deben tener amplio acceso a los recursos establecidos.

2.º *Derecho de defensa*. El dispositivo debe garantizar un real derecho de defensa de los proponentes, frente a la decisión de la administración contratante, por lo que esta debe responder concretamente y por escrito a sus solicitudes, en tiempos útiles y suficientes. En vínculo con el principio de transparencia, los proponentes deben tener oportuno acceso a los documentos de la licitación, concurso o todo



procedimiento de selección, en particular al de adjudicación, y las impugnaciones por parte de los proponentes no deben conllevar una restricción punitiva frente a futuras licitaciones.

3.º *Publicidad*. También en aplicación del principio de transparencia, los procedimientos establecidos deben ser públicos.

4.º *Independencia*. La autoridad administrativa o judicial debe tener independencia frente a la entidad contratante y poseer medios y poderes importantes de investigación para poder determinar rápidamente la regularidad del proceso contractual. La eficacia real de estos procedimientos está asimismo subordinada a los poderes otorgados a estas autoridades para adoptar y ejecutar sus decisiones. Por ello han de tener el poder de suspender los procesos en curso y definir derechos de los proponentes irregularmente descalificados o no seleccionados como contratistas.

Estos parámetros esenciales fijados por los acuerdos multilaterales y bilaterales han influido ampliamente en la regulación de nuestros países. Aun cuando no hayamos suscrito todos los acuerdos, los principios constituyen hoy un patrimonio internacional que se ha ido incorporando a nuestra legislación. Así, la transparencia, elevada a principio por la Ley 80/93 (art. 24), fue objeto de refuerzos por el Decreto 2170/02, refuerzos que fueron consolidados por la Ley 1150/07, a través del portal de contratación y la publicidad generalizada en Internet, no solo para el anuncio de la apertura de los procesos contractuales, sino también en lo referido a todo su trámite. La concurrencia, por su parte, había sido objeto de regulación explícita mediante el deber de selección objetiva (Ley 80/93, art. 29)<sup>4</sup>, y ha

---

4 JUAN CARLOS EXPÓSITO. "El deber de selección objetiva", en *Contratación estatal. Estudios sobre la reforma del Estatuto contractual. Ley 1150 de 2007*, JAIME ORLANDO SANTOFIMIO, JOSÉ LUIS BENAVIDES (comps.), Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2009.

sido de nuevo abordada por la Ley 1150/07, al diferenciar los requisitos de habilitación de los proponentes de las condiciones de evaluación de las propuestas (art. 5.º). En cuanto a los pliegos, el reglamento de la ley insiste en la exigencia de modificación de pliegos en tiempo útil para los proponentes (Dcto. 1510/13, art. 25), y aunque aún no se consagra en nuestra regulación la posibilidad de pliegos de carácter general, prevista solo para los contratos para la adquisición de bienes y servicios de características técnicas uniformes y de común utilización (Ley 1150/07, art. 2.º, par. 3.º), la ley establece parámetros a respetar en su elaboración, con el fin de lograr una selección objetiva ajena a cualquier discriminación (Ley 80/93, art. 24.5), al paso que la Agencia Nacional de Contratación Pública-Colombia Compra Eficiente ha expedido diferentes documentos tipo sobre el pliego de condiciones del contrato de obra pública y de los contratos tipo de obra y de fiducia para el manejo de anticipos<sup>5</sup>. Además, el legislador, que se había ocupado ya de la simplificación del registro de proponentes (Ley 80/93, art. 22), reforzó al máximo esta tendencia al consagrar de manera ingenua la intangibilidad de la declaración espontánea de los requisitos de habilitación de los candidatos, en la nueva regulación del registro (Ley 1150/07, art. 6.º)<sup>6</sup>.

En cuanto a los procedimientos específicos, la regla general de la licitación, existente desde los decretos-ley 150/76 y 222/83, fue explícitamente enunciada en las leyes 80/93 (art. 24.1) y 1150/07 (art. 2.1), mientras que la contratación directa, que dejaba un amplio margen de discrecionalidad en la selección del contratista de la Ley 80/93 (art. 29) en

---

5 Ver página de internet de la Agencia: <http://www.colombiacompra.gov.co/es/manuales>

6 JOSÉ LUIS BENAVIDES, "Reforma de la Ley 80 de 1993. Mucho ruido y pocas nueces", en *Lecciones de derecho disciplinario*, vol. 6, Bogotá, Procuraduría General de la Nación, 2007, pp. 215-270.

los casos taxativamente enunciados (art. 24.1), coincidentes con los eventos de los acuerdos internacionales, fue objeto de reglamentación restrictiva, creando procedimientos intermedios con marcado refuerzo de la publicidad y la concurrencia (Dcto. 2170/02), legalizados por la Ley 1150/07 (art. 2.º), a su vez reglamentados por el Decreto 1510/13 (tít. III, arts. 38 ss.).

Por el contrario, el tercer tema de los acuerdos, relacionado con las autoridades independientes que garanticen el respeto de los procedimientos, no ha sido objeto de buen desarrollo por nuestra legislación. Si bien es cierto que nuestra jurisdicción administrativa cuenta con autonomía e independencia reales frente a la administración contratante, sus decisiones son respetadas y los proponentes y contratistas cuentan con mecanismos judiciales para hacerlas cumplir, ellas son esencialmente indemnizatorias. Nuestro sistema jurídico no prevé mecanismos *eficaces* que permitan la suspensión de los procedimientos irregulares y la rápida indemnización de los proponentes que ilegalmente ven frustrada su aspiración legítima de adjudicación o conclusión del contrato. La institución de la suspensión provisional de los actos abiertamente ilegales, prevista en nuestro procedimiento contencioso administrativo (CCA, art. 152), no es un mecanismo idóneo, debido a la restricción de su admisión y a la ausencia de aplicación inmediata (efecto devolutivo de la apelación), lo que hace que al quedar en firme la suspensión, la irregularidad esté ya consolidada. Esta falencia de la institución de la suspensión provisional es objeto hoy de particular atención en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, por la expansión de las medidas cautelares (arts. 229 y ss.), y en materia contractual ha sido objeto de regulación específica en el derecho comparado. Así, las directivas de la Comisión de la Unión Europea han establecido un recurso específico para lograr suspender en tiempo útil

los procesos irregulares<sup>7</sup>, y las legislaciones latinoamericanas han venido creando autoridades independientes, en ocasiones de carácter administrativo, que desarrollan los lineamientos consagrados en los acuerdos internacionales. Así, la ley de contrataciones del Estado peruana de 2008 establece un Tribunal de Contrataciones del Estado (arts. 63 y ss.), como órgano consultivo administrativo que tiene entre sus funciones resolver las controversias durante los procesos de selección. La Ley 19.886 chilena sobre contratos administrativos de suministro y prestación de servicios de 2003 estableció un Tribunal de Contratación Pública (art. 22 y ss.) encargado de fallar las impugnaciones de los procedimientos de contratación, mediante un procedimiento expedito que puede concluir con la suspensión del proceso. En Estados Unidos, el *Civilian Board of Contract Appeals*<sup>8</sup>, instaurado en 2007, cristaliza la experiencia de varias agencias especializadas desde los años veinte, para la decisión expedita de conflictos originados en los procesos de contratación, para lo cual tiene importantes poderes de instrucción y de suspensión de procedimientos, e incluso de imposición de penas e indemnizaciones. En Canadá, el Tribunal de Comercio Exterior (*Canadian International Trade Tribunal*) tiene una división de contratos públicos con una competencia similar<sup>9</sup>, cuyas decisiones son solo recomendaciones, pero son muy respetadas y frente a ellas los afectados pueden ejercer el recurso de apelación.

---

7 Directiva 89/665/CE del Consejo, del 21 de diciembre de 1989, relativa a la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas referentes a la aplicación de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de los contratos públicos de suministros y de obras. D.O. n.º Ley 395 del 30/12/1989.

8 [www.cbca.gsa.gov](http://www.cbca.gsa.gov)

9 [www.citt.gc.ca/procure](http://www.citt.gc.ca/procure)

## 2. *Las instituciones contractuales*

Los acuerdos internacionales tienen una amplitud considerable sobre varios aspectos que tendrán repercusiones muy significativas sobre el panorama contractual local.

En primer lugar, tienden a extender su campo de aplicación. Hemos visto que el acuerdo de la OMC, suscrito por los países desarrollados, se restringió a las compras públicas, mientras que los TLC incluyen los modelos contractuales de concesión. Ello es sensible por la importancia de estos contratos, tanto desde el punto de vista de la importancia del objeto vinculado con infraestructuras o servicios estratégicos, como por su costo y duración. La política de apertura de compras públicas en los países desarrollados, incluidas las obras públicas, contratadas como adquisición de un bien o servicio para la administración, pagado por esta mediante un precio, se diferencia de las modalidades de participación privada en la financiación de proyectos de infraestructura o servicios públicos, que caracteriza los distintos modelos de concesión y, genéricamente, los modelos de asociación público-privada.

En estos modelos contractuales, la complejidad de los proyectos involucrados, su costo elevado, su larga duración y la participación del capital privado hacen importante flexibilizar los mecanismos de selección de concesionario. Su carácter de colaborador de la administración, como asociado de esta en el cumplimiento de fines públicos por tiempo prolongado en áreas de infraestructura y servicios altamente sensibles para la comunidad, hacen esencial modelar sistemas de selección que permitan valorar las condiciones concretas específicas de los distintos proponentes e incluso vincularlos a los procesos de concepción de los proyectos, para poder aprovechar su experiencia técnica y permitirles asumir plenamente su responsabilidad en el éxito de la empresa que se les encomienda. En realidad, es aquí donde surgió el carácter *intuitio personae* de los contratos

administrativos, que permite a la administración identificar no solo una propuesta sino “el” contratista más idóneo para los altos fines públicos que le serán confiados.

Estas particularidades hacen que tanto el tratado de la OMC como las directivas europeas, así como las legislaciones internas de los distintos países desarrollados, incluidos Estados Unidos e Inglaterra y los países de fuerte tradición del derecho administrativo, como Francia y España, establezcan reglamentaciones flexibles de selección de concesionarios, distantes del formalismo de las compras públicas, en las que el factor precio es enteramente determinante y las condiciones técnicas de las necesidades públicas pueden definirse más claramente, de manera anticipada. Así, aunque las legislaciones internas y comunitarias vieron nacer la imposición de sistemas de publicidad y concurrencia en estos procedimientos, no abandonaron la importante negociación directa con cada uno de los participantes, para definir condiciones técnicas y económicas, en condiciones que preserven el principio de igual trato a cada uno de ellos. De este modo, tanto el régimen inglés, a la vanguardia de las modernas versiones de las asociaciones público-privadas (*public-private-partnership*), como las directivas europeas desarrollaron los procedimientos de diálogo competitivo en los que se vincula a los proponentes para la concreción del proyecto que se ha de realizar, estimulando su propuesta de soluciones técnicas pertinentes, que permitan luego la selección de la mejor, así como del modelo económico más rentable para la administración, conservando parámetros de sostenibilidad económica del proyecto mismo.

La complejidad técnica de estos procesos de selección, así como las exigencias de madurez tanto de la administración como de los proponentes, que permita negociaciones *transparentes* en beneficio de los proyectos y no de quienes intervienen en ellas, muy seguramente ha desestimulado su uso en los proyectos de los países en vía de desarrollo. Es así como la reglamentación aplicable a las compras públicas

se extiende a todos los contratos en los acuerdos de libre comercio. Con ello se busca reducir al máximo cualquier discrecionalidad de los funcionarios, estableciendo lo más temprano posible referentes “*objetivos*” tanto del objeto contractual como del perfil del contratista, de tal suerte que el procedimiento de selección pueda realizarse prácticamente de manera automática, a través de una competencia por entero reglada, tanto por las normas generales como por las condiciones de los pliegos.

La práctica, sin embargo, viene mostrando los límites importantes y los efectos perversos de esta técnica. La definición previa de los parámetros contractuales exige una planificación muy desarrollada, cuya implementación está lejos de ser una realidad en nuestro medio. Hemos visto cómo el objetivo de simplificación de procedimientos, que ha motivado nuestras reformas del régimen de contratos, se concreta en realidad con una reglamentación cada vez más significativa, compleja e impracticable, lo que multiplica las probabilidades de errores y favorece la orientación irregular de los procedimientos de selección. Además, si bien un volumen importante de contratos puede ser objeto de definición de parámetros técnicos preestablecidos, como lo indicaban las investigaciones que dieron lugar al proyecto de ley de la Ley 1150/07 (80% de los contratos<sup>10</sup>), en muchos casos es importante buscar adaptaciones concretas de las definiciones legales y reglamentarias, para no caer en formalismos contrarios a la sensatez administrativa.

En segundo lugar, el campo de aplicación de los acuerdos genera asimetrías importantes que plantean desigualdades significativas cuando los países signatarios tienen marcadas distancias en su desarrollo. La asimetría se manifiesta en cuanto a las entidades enumeradas a

---

10 Proyecto de ley 20 de 2005, Senado. *Gaceta del Congreso* n.º 458 del 1.º de agosto de 2005 ([http://servoaspr.imprenta.gov.co:7778/gacetap/gaceta.nivel\\_2](http://servoaspr.imprenta.gov.co:7778/gacetap/gaceta.nivel_2)).

las que se aplicará el tratado. Así, por ejemplo, el TLC de Colombia con Estados Unidos contempla su aplicación a todos los organismos nacionales del sector central y descentralizado, con algunas restricciones. La lista de los organismos federales de Estados Unidos, aunque numerosa (78), no cubre todas las agencias. En cuanto a la cobertura territorial, en Colombia el tratado se aplicaría a todos los departamentos, mientras en Estados Unidos solo a 9 de los 52 estados de la Unión. Y en cuanto a otras entidades, el listado de Colombia contiene 22, mientras el de Estados Unidos se restringe a 6. La participación en el mercado estadounidense por parte de las empresas colombianas será más restringida que la participación de las empresas estadounidenses en el mercado colombiano. En este sentido, también existen asimetrías en los umbrales de contratación, por cuanto estos no tienen en cuenta el distinto grado de desarrollo de las empresas en uno y otro país. Así, el tamaño, y por consiguiente el número de empresas estadounidenses que pueden competir en los contratos de suministro de bienes y servicios de valor superior a 64.786 dólares (umbral del acuerdo) que han de realizarse en Colombia, es mucho más significativo que el número de empresas colombianas que con los mismos montos pueden participar en el mercado estadounidense. Las empresas colombianas que podrán competir en el mercado de Estados Unidos serán pocas frente a este volumen de contratos que interesa a franjas consideradas como Mipymes en ese mercado.

En tercer lugar, no hay que olvidar el propósito central de los acuerdos de apertura de los mercados y competencia extendida, lo que implica una serie de prohibiciones expresas a cualquier medida proteccionista de la industria o empresas locales. Los acuerdos proscriben así toda imposición de utilización de bienes o servicios nacionales a las empresas extranjeras, toda modalidad de condicionamientos de la inversión, como transferencia tecnológica o de cualquier



otro tipo, y todo tratamiento favorable a los nacionales. Esta concepción drásticamente liberal transforma en ilícitos los procesos de intervencionismo de Estado encaminados a reforzar sectores geográficos o industriales. La contratación pública ha sido un instrumento macroeconómico por las implicaciones que ella tiene en la economía interna, pero esta política keynesiana se encuentra en contravía absoluta con la liberalización del sector contractual a merced exclusiva de la dinámica del mercado. Los críticos de los acuerdos ven aquí una renuncia inaceptable de la soberanía nacional a la orientación de sectores estratégicos. Este punto fue particularmente sensible para que los países en vía de desarrollo no suscribieran el acuerdo de compras públicas de la OMC, pero hoy se encuentra reincorporado como valor esencial de los distintos acuerdos de libre comercio.

Por otra parte, el principio plantea la ampliación del principio constitucional de igualdad. Nuestra Corte Constitucional ha explicado cómo el principio no significa un trato idéntico para todos los sujetos de derecho, en la medida en que el principio de igualdad no tiene un contenido estrictamente numérico. Por ello es posible establecer tratamientos particulares, siempre y cuando ellos se refieran a situaciones homólogas y estén motivados en el interés general, lo que implica una valoración y ponderación del peso de los valores constitucionales en juego. Así, la Corte consideró que el propósito de fomentar la ingeniería local y el estímulo a la implantación de empresas en un municipio, que motivaba el tratamiento preferente dado a las proponentes domiciliados en la ciudad de Pereira, no era fundamento suficiente para sacrificar el principio de igualdad frente a proponentes domiciliados en otros municipios<sup>11</sup>.

No obstante, las licitaciones pueden contener medidas de orientación de oferentes justificadas en el interés general

---

11 CC, sent. T-147/96.

local, como sucede en los proyectos de transportes masivos municipales, que imponen la participación de sociedades que integren a los pequeños transportadores y excluyen la participación de proponentes ajenos al transporte local respectivo. Si la política de transporte público masivo busca reemplazar el caótico sistema de buses, resulta racional y necesario vincular a los antiguos transportadores al nuevo sistema, estimulando la transición y limitando su desempleo generado por el nuevo sistema. Asimismo, la Ley 80/93 permite el trato preferente de las ofertas nacionales cuando ellas se encuentren en igualdad de condiciones con las extranjeras, y en igualdad de condiciones entre oferentes extranjeros prefiere “aquél que contenga mayor incorporación de recursos humanos nacionales, mayor componente nacional y mejores condiciones para la transferencia tecnológica” (art. 21).

Por su parte, la Ley 915/04 sobre San Andrés, Providencia y Santa Catalina estimula la contratación con los residentes locales:

Artículo 67. *Contratación.* En las licitaciones de contratos cuyo objeto deba ser desarrollado en el territorio del departamento Archipiélago, las entidades licitantes propenderán por una participación real y efectiva de los raizales y residentes, valorando esta circunstancia. En igualdad de condiciones se preferirá a los raizales y residentes del departamento Archipiélago.

La Ley 590/00, modificada por la Ley 905/04, establece criterios de *promoción del desarrollo de la micro, pequeña y mediana empresa colombiana:*

Artículo 12 (mod. por art. 90, Ley 905/04). *Concurrencia de las Mipymes a los mercados de bienes y servicios que crea el funcionamiento del Estado.* Con el fin de promover la concurrencia de las micro, pequeñas y medianas empresas a los mercados de bienes y servicios que crea el funcionamiento del Estado, las entidades indicadas en el artículo 2.º de la Ley 80 de 1993 o

de la ley que la modifique, consultando lo previsto en esa ley y en los convenios y acuerdos internacionales:

1. Desarrollarán programas de aplicación de las normas sobre contratación administrativa y las concordantes de ciencia y tecnología, en lo atinente a preferencia de las ofertas nacionales, desagregación tecnológica y componente nacional en la adquisición pública de bienes y servicios.

2. Promoverán e incrementarán, conforme a su respectivo presupuesto, la participación de micro, pequeñas y medianas empresas como proveedoras de los bienes y servicios que aquellas demanden.

[...]

4. Las entidades públicas del orden nacional, departamental y municipal, preferirán en condiciones de igual precio, calidad y capacidad de suministros y servicio a las Mipymes nacionales.

Parágrafo. El incumplimiento de los deberes de que trata el presente artículo por parte de los servidores públicos constituirá causal de mala conducta.

Y, de manera más explícita, la Ley 816/03 tiene por objeto el *apoyo a la industria nacional a través de la contratación pública*, prescribiendo en sus primeros artículos:

Artículo 1.º Las entidades de la administración pública que, de acuerdo con el régimen jurídico de contratación que le sea aplicable, deban seleccionar a sus contratistas a través de licitaciones, convocatorias o concursos públicos, o mediante cualquier modalidad contractual, excepto aquellas en que la ley no obligue a solicitar más de una propuesta, adoptarán criterios objetivos que permitan apoyar a la industria nacional.

Para los efectos de esta ley, se entenderá por entidades de la Administración Pública todas aquellas que la integran, de acuerdo con la Ley 489 de 1998, sin que la existencia de

regímenes especiales pueda ser obstáculo para su aplicación. Se exceptúan las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios que se regirán por las normas de Derecho Privado de conformidad con lo preceptuado en la Ley 142 de 1994 y la Ley 689 de 2001.

[...]

Artículo 2.º Las entidades de que trata el artículo 1.º asignarán, dentro de los criterios de calificación de las propuestas, un puntaje comprendido entre el diez (10) y el veinte por ciento (20%), para estimular la industria colombiana cuando los proponentes oferten bienes o servicios nacionales.

Tratándose de bienes o servicios extranjeros, la entidad contratante establecerá un puntaje comprendido entre el cinco (5) y el quince por ciento (15%), para incentivar la incorporación de componente colombiano de bienes y servicios profesionales, técnicos y operativos.

Si una vez efectuada la calificación correspondiente, la oferta de un proponente extranjero se encuentra en igualdad de condiciones con la de un proponente nacional, se adjudicará al nacional.

Artículo 4.º La presente ley se aplicará sin perjuicio de lo previsto en los acuerdos internacionales suscritos por Colombia.

No obstante, también hay que observar que estas disposiciones de protección chocan con el principio de igual tratamiento de nacionales establecido en los acuerdos de libre comercio y, dado el carácter supralegal de estos, se planteará el tema de la inexequibilidad de estas distintas leyes. De hecho, las mismas leyes transcritas establecen, con cierta hipocresía, la necesidad de consultar *los acuerdos internacionales*.

Con todo, debemos recordar que los convenios internacionales no se aplican a todos los contratos sino a aquellos superiores a los umbrales fijados por los tratados mismos.

Dada la importancia de los valores de los contratos concernidos, podría resaltarse que los mecanismos de promoción de las medianas y pequeñas industrias estarían protegidos. Sin embargo, los principios de los tratados son expansivos y ellos cobijarán los subcontratos de los contratos de montos importantes, cobijados por los tratados, en la medida en que el principio de igual trato de nacionales excluye toda obligación de subcontratar con nacionales.

Por otra parte, la ley de protección de la industria nacional es engañosa en su alcance. Luego de prescribir el apoyo de la industria nacional (art. 1.º), llegando incluso al establecimiento de porcentajes de puntajes a favor de los componentes colombianos (art. 2.º), como hemos transcrito, el parágrafo del artículo 1.º establece:

Parágrafo. Se otorgará tratamiento de bienes y servicios nacionales a aquellos bienes y servicios originarios de los países con los que Colombia ha negociado trato nacional en materia de compras estatales y de aquellos países en los cuales a las ofertas de bienes y servicios colombianos se les conceda el mismo tratamiento otorgado a sus bienes y servicios nacionales. Este último caso se demostrará con informe de la respectiva Misión Diplomática Colombiana, que se acompañará a la documentación que se presente.

En estos términos, la protección se anula, por cuanto el calificar de nacionales los bienes de las empresas extranjeras de los países con quienes tenemos tratados de libre comercio reitera el principio de igual trato, esencial a estos tratados, lo que significa que no será posible privilegiar la oferta nacional. El parágrafo borra entonces de un tajo el contenido mismo de la ley. Más aún: el texto desborda el principio establecido en los tratados, por cuanto no restringe su aplicación a los contratos de umbrales fijados por aquellos, sino que crea una aplicación general, fundada en la simple existencia del tratado y del principio de reciprocidad, inherente a este tipo de acuerdos.

El principio del trato nacional se complementa con otro, que establece el trato de la nación más favorecida, que va más allá de la reciprocidad. En virtud de este principio de derecho internacional se debe dar al país signatario (y a sus empresas) el mejor trato que se contemple para cualquier país (y sus empresas) en virtud de cualquier tratado suscrito. Este principio es una herramienta importante en los tratados multilaterales, porque impide la realización de acuerdos bilaterales o restringidos a algunos de los países signatarios, para establecer tratos preferenciales. Si un país otorga un trato preferente a otro de los países signatarios de la convención multilateral, el umbral general se sube, dando así el mismo tratamiento no solo a ese país, sino de manera extendida a todos los países que suscriben la convención multilateral.

Pero este principio no fue aplicado en el acuerdo de compras públicas de la OMC. Los países desarrollados se cuidaron de conservar los tratos especiales acordados previamente entre múltiples países, lo que dio origen a los numerosos y complejos anexos de excepción al acuerdo general de compras públicas, regidos por el principio de reciprocidad, como lo reseñamos antes.

Aplicado en los acuerdos bilaterales de libre comercio, el principio no tiene el mismo sentido que en los multilaterales, en la medida en que las relaciones que se definen se limitan a los dos países signatarios. Aunque la Corte Constitucional colombiana ha considerado en múltiples ocasiones que estas cláusulas “favorecen la cooperación y la internacionalización de la economía en armonía con lo que establece el artículo 226 de la Carta”<sup>12-13</sup>, los umbrales de

---

12 Art. 226: “El Estado promoverá la internacionalización de las relaciones políticas, económicas, sociales y ecológicas sobre bases de equidad, reciprocidad y conveniencia nacional”.

13 cc, sent. C-751/08, sobre la exequibilidad del “Protocolo modificadorio al acuerdo de promoción comercial Colombia-Estados Unidos” de 2007. La Corte

tratos preferentes tienden así a subirse, lo que puede tener impacto significativo, al considerar las asimetrías entre los mercados y las políticas internacionales de los dos países. En todo caso, la generalización de la inclusión del principio obliga a tener en cuenta que cuando un país conceda privilegios a otro por razones estratégicas de ciertos mercados, lo estará haciendo implícitamente con todos aquellos con quienes en el pasado o en el futuro suscriba acuerdos de libre comercio.

En fin, resulta importante resaltar la noción extendida de la expropiación, contenida en los acuerdos de libre comercio. Nuestra Carta Política contempla la posibilidad de expropiar bajo las condiciones de una declaratoria previa de utilidad pública definida por el legislador y una sentencia judicial previa que indemnice al afectado, consultando sus intereses así como los de la comunidad (CN, art. 58<sup>[14]</sup>). La Corte ha caracterizado la expropiación directa como aquella que, respetando estas exigencias, transfiere el título o el derecho de dominio de un particular al Estado. Pero la expropiación indirecta va más lejos, por cuanto ella no contempla los actos de *transferencia de derechos* sino la afectación de estos por las medidas lícitas, bien sea del orden legal, reglamentario o administrativo particular, adoptadas por los distintos órganos del Estado, de tal suerte que interfiera

---

cita la sentencia C-279/01 sobre la exequibilidad del acuerdo comercial entre Colombia y Costa de Marfil, de 1997. Igualmente se refieren las sentencias C-137/95 (Acuerdo de Marraketch, fundador de la OMC), C-178/95 (TLC Colombia/México/Venezuela); C-216/96 (convenio comercial entre Colombia y Hungría de 1995); C-864/06 (acuerdo de complementación económica entre los países del Mercosur y los de la Comunidad Andina).

- 14 “Por motivos de utilidad pública o de interés social definidos por el legislador, podrá haber expropiación mediante sentencia judicial e indemnización previa. Esta se fijará consultando los intereses de la comunidad y del afectado. En los casos que determine el legislador, dicha expropiación podrá adelantarse por vía administrativa, sujeta a posterior acción contenciosa administrativa, incluso respecto del precio”.

con *expectativas inequívocas y razonables de la inversión*, como lo contemplan literalmente los tratados.

La Corte Constitucional encontró ajustada a la Carta esta modalidad expropiatoria, resaltando que los tratados definen que la calificación de expropiación indirecta “requiere de una investigación factual, caso por caso”, de tal suerte que cualquier efecto adverso sobre las inversiones no configura automáticamente una expropiación y es necesario analizar el específico impacto económico del acto gubernamental sobre la inversión. Así, los tratados exponen que, *salvo circunstancias excepcionales, los actos regulatorios diseñados y aplicados para proteger objetivos legítimos de bienestar público, como la salud pública, la seguridad y el medio ambiente, no son constitutivos de expropiaciones indirectas*<sup>15</sup>. No obstante, la definición de los tratados no deja de ser abierta y la afectación de las *expectativas de la inversión* se traduce concretamente por el deber de indemnizar no solo por las pérdidas efectivas, por la disminución patrimonial que soporta el afectado, como sucede en la expropiación directa, sino también por la reducción de las aspiraciones de lucro que tenía el inversionista. Además, hemos expuesto que esta restricción de expectativas no surge tan solo de una medida adoptada contra el inversionista o su inversión, al igual que en la expropiación directa, sino también como consecuencia de cualquier *acción gubernamental*, como contemplan los tratados. En la media en que los TLC, así como los tratados de promoción y protección de las inversiones extranjeras (TBI, por su sigla en inglés), contemplan el arbitraje en los eventos de afectación de los inversionistas o sus inversiones, serán estos quienes concreten el alcance de la expropiación, y no los tribunales nacionales.

---

15 CC, sent. C-039/09, sobre el TLC suscrito entre Colombia y Chile en 2006. El texto analizado en esta sentencia corresponde al modelo tipo de los tratados propuesto por Estados Unidos y constituye hoy un modelo reproducido en todo el continente americano.



Estos arbitrajes son especiales, porque se adelantan en el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI), institución del Grupo del Banco Mundial, que designa los árbitros internacionales, quienes definirán el litigio entre el inversionista y el Estado correspondiente. El proceso tiene la particularidad de instaurarse contra el Estado signatario y no contra la entidad pública que dio origen al litigio o contra la entidad contratante del inversionista. Los laudos son definitivos y no necesitan exequátur para su aplicación interna. Tan solo son objeto de un procedimiento extraordinario de anulación por vicios de forma, ante el mismo CIADI, lo que excluye toda intervención de las instancias nacionales del país en conflicto. Aunque las condenas millonarias y los múltiples procesos adelantados contra países latinoamericanos<sup>16</sup> han generado críticas por protección especial de los inversionistas y retiro del Centro de países, como Bolivia (2007) y Ecuador (2009), resulta simplista una descalificación global de la institución sin el análisis particular de los arbitrajes, tarea difícil en razón del contexto de la normatividad y de las situaciones fácticas de cada caso, al igual que por la ausencia de lineamientos generales de las decisiones arbitrales. En todo caso, el mecanismo extrae los litigios del juzgamiento interno, propósito esencial del dispositivo, que busca evitar la parcialidad de las decisiones a favor de los Estados, pero que innegablemente tiende a proteger la *inversión internacional*.

## II. BANCA MULTILATERAL

El segundo grupo de factores de influencia significativa en la regulación de los contratos públicos proviene de la banca

---

16 En 2008, más de la mitad de los 123 casos pendientes concernían a Estados latinoamericanos (63), entre los cuales Argentina tenía 34. Cfr. TONY PHILLIPS, *Argentina versus el Banco Mundial: ¿juego limpio o partido arreglado?*, 18 de junio de 2008, *Programa de las Américas*, disponible en: [www.ircamericas.org](http://www.ircamericas.org)

multilateral, en particular, para los países latinoamericanos, del Banco Mundial y del Banco Interamericano de Desarrollo.

### **A. Banco Mundial**

El Banco Mundial se presenta como una fuente vital de asistencia financiera y técnica para los países en desarrollo de todo el mundo, que tiene por misión combatir la pobreza para obtener resultados duraderos y ayudar a la gente a ayudarse a sí misma<sup>17</sup>. En esta misión, los contratos públicos tienen una relevancia particularmente significativa, por cuanto los proyectos financiados por el Banco suelen involucrar contratos suscritos por las entidades públicas de los países beneficiarios de sus préstamos y donaciones. El Banco tiene así particular interés en la correcta elección de los contratistas y la buena ejecución del contrato, que permitan la adecuada inversión de los recursos, así como de la ayuda técnica. Por ello, la reglamentación de la contratación pública es una preocupación esencial del Banco, lo que generó modelos reglamentarios desde los años ochenta, a los cuales deben ajustarse las entidades públicas ejecutoras de los recursos prestados. Además, el personal del Banco supervisa regularmente la ejecución del proyecto para cerciorarse de que los fondos del préstamo se utilizan para los fines previstos, de conformidad con lineamientos de economía, eficiencia y eficacia.

Desde 1974 la Institución había redactado un folleto para la “utilización de consultores por el Banco Mundial y sus prestatarios”, así como las *normas para adquisiciones con préstamos del Banco*. En 1981 se actualizan y complementan, determinando los pasos que se habrá de seguir y la participación activa de la supervisión del Banco. En la actualidad se aplican las normas de 2004, actualizadas en 2006, que

---

17 [www.worldbank.org](http://www.worldbank.org)

indican su finalidad de informar a los encargados de la ejecución de proyectos financiados total o parcialmente por el Banco sobre las políticas que rigen la contratación de obras y la adquisición de bienes necesarios para el proyecto. Dentro de las obligaciones del préstamo otorgado por el Banco se encuentra la aplicación de sus documentos de licitación que le permiten asegurarse del buen destino de los recursos, ajeno a consideraciones políticas o de orden distinto del económico.

Los criterios de economía y eficiencia en la ejecución del proyecto, la igualdad de oportunidades de competencia y el fomento de amplia participación de proponentes, al igual que la transparencia del proceso de contratación, constituyen así valores esenciales de la reglamentación del Banco Mundial, por lo que se plantea la regla general de la licitación pública internacional, aunque se concedan preferencias apropiadas para bienes de fabricación nacional, cuando ello sea procedente. Las otras modalidades de contratación (licitación internacional limitada, licitación pública nacional y contratación directa) son de aplicación restringida para los eventos descritos por las mismas normas.

Las reglas establecen el alcance del examen realizado por el Banco Mundial, desde la programación anual de las contrataciones propuestas por el prestatario para asegurarse que sean conformes a lo establecido en el préstamo y en la reglamentación de contratación, hasta una evaluación posterior de la ejecución del proyecto que le permite incluso declarar la contratación viciada, de conformidad con las políticas anticorrupción del mismo Banco, fijadas en sus *guías para prevenir y combatir el fraude y la corrupción* en los proyectos que financia, lo que le permite cancelar la porción del préstamo asignada a los bienes y obras concernidos aun cuando inicialmente haya aprobado la contratación. Entre estos dos extremos de los proyectos, el Banco también revisa y aprueba los pliegos de condiciones y todos los soportes de licitación, los documentos de soporte para las precali-

ficaciones, las respectivas invitaciones y metodologías de evaluación, cuando se aplica este sistema, así como el proyecto de contrato, en la contratación directa y, en general, todas las especificaciones técnicas, financieras y jurídicas del futuro contrato. El Banco también tiene un privilegio de inspección de las evaluaciones de ofertas que le permite solicitar aclaraciones y emitir objeciones a la adjudicación. Incluso, si luego de la comunicación *online* de los resultados de la licitación aparecen inconformidades o quejas, el Banco puede imponer revisiones a la adjudicación con la consecuente nueva publicación de resultados. El Banco también supervisa y aprueba las modificaciones al contrato que conlleven un aumento de más del 15% del precio original.

La presentación general de los objetivos de la reglamentación del Banco Mundial es significativa en dos planos distintos de influencia sobre el derecho nacional. Veamos.

Por una parte, el desarrollo de los procedimientos por más de tres décadas de experiencia del Banco en todo el planeta se ha decantado en principios y reglas de aplicación generalizada. Ello no significa necesariamente que las reglas tengan un verdadero consenso de parte de todos los participantes y afectados por la contratación pública. De hecho, la reglamentación del Banco busca establecer herramientas precisas para los funcionarios, que con frecuencia son criticadas por su excesivo detalle. El Banco organiza regularmente cursos *online* para la formación de funcionarios sobre sus *políticas de adquisiciones y contratación de consultores*. Además, esta pretensión de ofrecer guías detalladas de contratación, que orienten el comportamiento de los gerentes públicos, se complementa con la marcada tendencia a concentrar e incluso restringir los criterios de evaluación en torno al valor de las ofertas, con el ánimo de alejarse de consideraciones subjetivas, lo que, hemos visto, también es criticado, por la impertinencia de fijar un solo factor determinante y exclusivo de selección, y por los efectos perversos de contrataciones con precios inferiores a

los comerciales, en sacrificio de la calidad de la prestación, eventos todos rodeados de grandes tensiones entre las partes y de la promoción de reclamaciones y contenciosos por parte de los contratistas.

No obstante, las guías del Banco Mundial concretan valores generalizados de los procedimientos de contratación que, como lo vimos en relación con los acuerdos multilaterales, consignan prácticas mundiales de refuerzo de publicidad, transparencia en las decisiones, vías de acceso a su impugnación y criterios económicos de selección, que buscan la eficiencia de la gestión contractual. Estos valores tienen repercusión sobre las reglamentaciones internas de los contratos públicos, como claramente se puede apreciar en nuestra Ley 80/93 y su reforma introducida por la Ley 1150/07, ancladas en los principios orientadores de transparencia, economía y responsabilidad, reforzados con los parámetros de concreción de la selección objetiva de contratistas.

Por otra parte, las guías establecen distintas instituciones contractuales que han tenido influencia creciente en las legislaciones internas de los países latinoamericanos, como el régimen de garantías precontractuales, contractuales y postcontractuales, las modalidades de precios en el contrato y su forma de establecimiento, así como los medios alternativos de solución de litigios y el estímulo del arbitraje.

La reglamentación del Banco Mundial presenta sin embargo limitaciones significativas frente a las reglas de contratación interna. Nuestra legislación, por ejemplo, promueve la transparencia en todo el proceso de selección de contratistas, estableciendo no solo mecanismos de amplia difusión del procedimiento a través de las publicaciones tradicionales (Ley 80/93, art. 30.1), hoy reforzada por la publicación *en línea*, a través del portal de contratación (Ley 1150/07, art. 8; Dcto. 1510/13, art. 19), sino también por la oportunidad otorgada a todo interesado de conocer y controvertir los informes, conceptos y decisiones administrativas en las

distintas etapas del procedimiento, así como la posibilidad que deben tener para expresar sus observaciones (Ley 80/93, art. 24.2). Además, el legislador estableció el carácter público de las distintas actuaciones administrativas y de los expedientes que las contengan (Ley 80/93, art. 24.3), lo que permite una amplia consulta, y el deber de motivar todos los actos administrativos expedidos en desarrollo de la actividad contractual, así como los informes de evaluación (Ley 80/93, art. 24.7). En sentido contrario, las reglas del Banco establecen la confidencialidad de la evaluación *hasta que la adjudicación del contrato haya sido publicada*, con el propósito de *evitar que las personas que examinan las ofertas tengan interferencias reales o percibidas*.

Un segundo elemento de distinción entre los regímenes lo constituye la intangibilidad de la adjudicación del proceso de contratación. Como hemos visto, el Banco Mundial puede revisar y modificar los resultados de la selección por inconsistencias puestas de presente con posterioridad a su publicación. Por el contrario, nuestra legislación consagra la regla general de la irrevocabilidad del acto de adjudicación (Ley 80/93, art. 30.11), aunque la Ley 1150/07 introdujo la posibilidad de revocatoria si luego de la adjudicación sobreviene una inhabilidad o incompatibilidad que afecte la validez de la decisión, así como *si se demuestra que el acto se obtuvo por medios ilegales*, excepción consagrada genéricamente por el Código Contencioso Administrativo frente a los actos de contenido particular (CCA, art. 73)<sup>18</sup>. No obstante, es necesario recordar que nuestra jurisprudencia administrativa y constitucional establece que este evento del antiguo Código es restrictivo, al exigir la evidencia de medios fraudulentos para obtener el acto, lo que implica una intención demostrada de la ilegalidad por parte de quienes

---

18 CE, sec. III, sent. del 16 de febrero de 2001, exp. 12907; sec. II.B, sent. del 11 de julio de 2002, 25000-23-25-000-1997-03407-01(73-01). CC, sent. T-230/93.

intervinieron en su adopción y no permite la revocatoria por la exclusiva disconformidad objetiva entre el acto de adjudicación y la reglamentación a que está sujeto<sup>19</sup>.

Desde otro punto de vista, la reglamentación del Banco Mundial tiene otro efecto importante. La imposición de su aplicación en los proyectos financiados con sus recursos genera un eventual conflicto de normas. Las diferencias señaladas, que se multiplican en otros eventos de la detallada regulación del Banco, podrían fragilizar la legalidad de los procedimientos ante incompatibilidades con la legislación interior. Para evitarlo, el Estatuto contractual permite la aplicación preferente de la reglamentación de los organismos multilaterales de crédito:

Ley 80/93, art. 13, inc. 4.º:

Los contratos financiados con fondos de los organismos multilaterales de crédito [...] podrán someterse a los reglamentos de tales entidades en todo lo relacionado con procedimientos de formación y adjudicación y cláusulas especiales de ejecución, cumplimiento, pago y ajustes.

Impugnada su constitucionalidad, la Corte Constitucional puso de presente la participación de Colombia en estos organismos y el carácter vinculante de los convenios internacionales suscritos por el país. Recordó además las reglas de extraterritorialidad de la ley consignadas en el Código Civil y en el derecho internacional, para concluir que la reglamentación de la banca multilateral solo podría aplicarse en los “contratos relativos a recursos percibidos de entes u organismos internacionales”. De lo contrario, se “podría propiciar una ejecución presupuestal extraña a

---

19 JOSÉ LUIS BENAVIDES. “Alcance de la presunción de juridicidad”, en *Memorias del VII Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo*, Panamá, 14-18 de septiembre, en prensa.

la realización de los fines del Estado”<sup>20</sup>. Este análisis de la Corte conlleva un criterio absoluto, que excluye la aplicación de los reglamentos del Banco Mundial cuando existe una participación de los recursos provenientes de los recursos públicos nacionales, lo que ocurriría en la mayoría de casos, por cuanto los proyectos no suelen ser financiados íntegramente por las donaciones o préstamos de la banca multilateral. Sería entonces imposible dividir el proyecto según el origen de los recursos, para aplicar el reglamento del Banco y el del estatuto de contratación a cada una de las partes correspondientes. Adaptando este criterio absoluto de la Corte, en el reglamento, y luego en la Ley 1150/07, se estableció la posibilidad de aplicar las reglas de los bancos multilaterales en los “contratos o convenios financiados en su totalidad o en sumas iguales o superiores al 50% con fondos de los organismos de cooperación, asistencia o ayudas internacionales” (art. 20, reglamentado por Dcto. 1510/13, art. 157).

Este tipo de previsiones, que permiten la aplicación preferente de reglamentos de la banca multilateral, está contenido con frecuencia en la legislación interna de contratación pública, como ocurre en Argentina (Dcto. 1023/01, art. 5), Chile (Ley 19886/03, art. 3.c), Paraguay (Ley 2051/03, art. 2.º, c), Ecuador (Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, n.º 395 de 2008), El Salvador (Dcto.-Ley 868/00, art. 4.º), Honduras (Dcto. 74/01, art. 1.º), México (Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados de 2000, art. 12), Nicaragua (Ley 323/99, art. 3.º), Panamá (Ley 22/06, art. 6.º), Paraguay (Ley 2051/03, art. 2.º), Perú (Dcto.-Ley 1017/08, art. 3.º), Uruguay (Ley 15903/87, art. 486) y Venezuela (Ley de Contrataciones Públicas de 2009, art. 4.º).

---

20 CE, sent. C-249/04.



Además, la reglamentación del Banco Mundial establece modelos alternos de contratación que permiten la gerencia de proyectos, cuando los prestatarios carezcan de la organización, los recursos y la experiencia necesarios para contratar. El Banco puede aun imponer estos *agentes de contratación* que realicen los procedimientos de contratación, observando estrictamente los reglamentos del Banco, agentes que pueden ser incluso agencias de las Naciones Unidas. Siguiendo este principio, las distintas legislaciones citadas del subcontinente suelen incluir en las excepciones a la aplicación de la reglamentación interna la contratación con los organismos internacionales públicos, lo que permite confiar a ellos la gestión integral de proyectos entregándoles importante volumen de recursos para su administración. Mediante este procedimiento se busca la experiencia y la neutralidad de una agencia internacional para la eficiente y correcta ejecución de recursos públicos, pero ello puede traducirse en una forma de eludir las reglas de ejecución y control del presupuesto público.

En Colombia este sistema fue consignado por el artículo 13 de la Ley 80/93, transcrito parcialmente arriba. Junto a la posibilidad de aplicación de reglamentos de los organismos multilaterales de crédito, el legislador también autorizó la exclusión de la reglamentación interna en los “contratos celebrados con personas extranjeras de derecho público u organismos de cooperación, asistencia o ayuda internacionales”, los que podrían estar sujetos a sus respectivos reglamentos. Como vimos antes, la Corte Constitucional consideró que la aplicación de reglamentación foránea se justificaba por la ejecución de recursos provenientes de créditos o donaciones, lo que permitió restringir el evento, “*con exclusividad*, a los ingresos percibidos por el Tesoro Público de parte de entes u organismos internacionales” (resaltado original).

La Ley 1150/07 fue más explícita, al prohibir a las entidades estatales “celebrar contratos o convenios para la admi-

nistración o gerencia de sus recursos propios o de aquellos que les asignen los presupuestos públicos, con organismos de cooperación, asistencia o ayuda internacional” (art. 20). El texto estableció además que los proyectos de cooperación que involucren recursos públicos deben cuantificar en moneda nacional los aportes del cooperante y que las contralorías ejercerán el control fiscal sobre estos proyectos. Sin embargo, el párrafo 1.º de este artículo autorizó que “los contratos o acuerdos celebrados con personas extranjeras de derecho público, podrán someterse a las reglas de tales organismos”, lo que anula las restricciones anteriores, en la medida en que estos convenios de cooperación se suscriben, justamente, con instituciones extranjeras de derecho público, como la Secretaría Ejecutiva del Convenio Andrés Bello (SECAB) o el PNUD de las Naciones Unidas, que tienen como funciones la gestión de proyectos públicos. Por lo demás, el carácter internacional de estos organismos les confiere inmunidades diplomáticas consagradas en convenios internacionales que restringen los alcances de las inspecciones presupuestales de las contralorías nacionales, pese a lo que prescriba la ley y ratifique la jurisprudencia.

En fin, la influencia del Banco Mundial sobre las legislaciones internas no se limita a la imposición de sus reglamentos en muchos contratos. Como desarrollo del llamado *Consenso de Washington* de 1989 de la banca multilateral, que dio lugar a la formulación de los credos del neoliberalismo, el Banco formuló políticas de estímulo a la inversión privada en el sector público y a la apertura de la contratación al mercado internacional. Los grandes y múltiples proyectos de concesión de infraestructuras y servicios de los años noventa acompañaron las reformas estructurales de los Estados latinoamericanos, para lo cual era importante la adaptación de las legislaciones internas. Las crisis de estos modelos concesivos en sectores sensibles como el agua, ocurridas en Argentina y Bolivia, y los modelos precarios que tuvimos en Colombia, que dieron lugar a cuantiosas

demandas en las concesiones de infraestructura vial o aeroportuaria, responden a las dificultades globales frente a los modelos de participación privada.

En el año 2005, el Banco Mundial y el Fondo Monetario Internacional analizaron el estado de atraso de las infraestructuras en el mundo y en particular en América Latina, formulando nuevas dinámicas contractuales<sup>21</sup>. Mientras los estimativos económicos indican que para la obtención de los índices de crecimiento adecuado de los países en vía de desarrollo es necesaria una inversión equivalente al 5,5% del pib por año, la inversión en el subcontinente era entonces, apenas, del 1,6%. En muchos países del área se redujeron las inversiones en infraestructura en los años noventa, como consecuencia de los ajustes económicos, esperando que el sector privado cubriera parte significativa de este déficit. La opinión desfavorable de la población sobre los procesos de privatización, pese a los avances que el Banco Mundial considera que se dieron en la calidad y eficacia de los servicios, auspició la intención de revitalizar el interés del sector privado, estructurando marcos contractuales y reglamentarios más sólidos, con instrumentos financieros más interesantes, teniendo en cuenta que ni los recursos públicos locales ni las ayudas de la banca multilateral serán suficientes para los importantes montos de inversión, necesarios para reparar la mediocre infraestructura existente, constitutiva de un grave problema y generadora de un impacto negativo sobre la productividad.

Este análisis del Banco Mundial se orienta en la misma línea de la *Declaración de Johannesburgo* de diciembre 2004, fruto de una mesa conjunta de trabajo entre los países

---

21 "La infraestructura y el Banco Mundial", documento de trabajo para la reunión del 25 de septiembre de 2005 del Comité Ministerial Conjunto de los Consejos de Gobierno del Banco Mundial y del Fondo Monetario Internacional sobre la transferencia de recursos reales a los países en vía de desarrollo; disponible en: [www.worldbank.org](http://www.worldbank.org)

en desarrollo y los donantes bilaterales y multilaterales, auspiciada por el Comité de Asistencia al Desarrollo (CAD) de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE), declaración que buscó el desarrollo de herramientas y normas reconocidas y aceptadas en el ámbito internacional que permitan mayor efectividad, eficiencia y transparencia de los sistemas de adquisiciones públicas. Como desarrollo de esta declaración, el Banco elaboró una guía metodológica para la *evaluación de los sistemas nacionales de adquisiciones* destinada a los países en vía de desarrollo y los países donantes, concebida como herramienta “para determinar la calidad y efectividad de los sistemas nacionales de adquisiciones”<sup>22</sup>.

La influencia de las concepciones del Banco Mundial cambia así de sentido. Ya no se trata de la imposición de sus reglamentos a los proyectos que financia, sino del estímulo directo por el cambio integral de la reglamentación interna. La banca multilateral no solo vigilará entonces la correcta ejecución de *sus* recursos, ejecutados mediante los contratos, sobre los que tiene un estricto control, gracias a los poderes expresos consagrados en su reglamentación aplicable, sino que de manera global analizará si el país cuenta con una estructura legal conforme a los *lineamientos internacionales*, definidos en este sistema de evaluación. De manera expresa, el documento establece:

... la meta a largo plazo es que los países irán mejorando sus sistemas nacionales de adquisiciones para cumplir con las normas reconocidas en el ámbito internacional, lo que resultará en una mayor efectividad en el uso de los fondos y en el cumplimiento de las obligaciones del país<sup>23</sup>.

---

22 Metodología para la evaluación de los sistemas nacionales de adquisiciones públicas, Versión 4, 2007, p. 2, disponible en: [www.worldbank.org](http://www.worldbank.org)

23 *Ibíd.*, p. 1.

Para ello se han diseñado distintos indicadores, relacionados con cuatro pilares: 1) el marco legal existente que reglamenta las adquisiciones en el país; 2) la arquitectura institucional del sistema; 3) la competitividad del mercado nacional, y 4) la integridad del sistema de adquisiciones.

La influencia del Banco Mundial se expresa así en distintos niveles. Las prácticas internacionales aportan parámetros globalmente aceptados y las distintas herramientas son interesantes para el análisis interno de la gestión contractual. No obstante, sin demonizar las políticas del Banco, no se puede desconocer la generalización de una concepción particular de la contratación. Las *“normas reconocidas en el ámbito internacional”* corresponden a la visión del Banco, en la que el estímulo a la inversión privada es prioritaria, por lo cual es esencial diseñar mecanismos jurídicos que aseguren la rentabilidad mínima de los proyectos y ofrezcan seguridades jurídicas a los inversionistas, reforzando así las tendencias de los convenios multilaterales y bilaterales que abordamos antes.

En julio de 2005 el Banco publicó el “Informe del diagnóstico de las adquisiciones del país” Colombia, en el que se consigna la labor de seguimiento de un primer informe de diagnóstico realizado en 2001<sup>[24]</sup>. Algunas de las recomendaciones en uno y otro informe sin duda inspiraron las modificaciones introducidas por la Ley 1150/07. El informe también consiga recomendaciones que con evidencia tuvieron y tienen influencia sobre otras políticas públicas de gestión contractual, como las referidas a las compras electrónicas, reforzamiento del marco institucional que permita pliegos y contratos estándar, reglamento único de contratación, rapidez en los procesos de contratación, el pre-

---

24 [http://www-wds.worldbank.org/external/default/wdsContentServer/wdsP/IB/2005/08/08/000160016\\_20050808170408/Rendered/PDF/332600C00CPAR01090August1501public1.pdf](http://www-wds.worldbank.org/external/default/wdsContentServer/wdsP/IB/2005/08/08/000160016_20050808170408/Rendered/PDF/332600C00CPAR01090August1501public1.pdf)

cio como criterio esencial de adjudicación, listas cortas para consultorías, planes anuales de contratación, modificación del registro de proveedores, portal Internet de contratación.

## **B. Banco Interamericano de Desarrollo**

Por su parte, el Banco Interamericano de Desarrollo (BID) financia, como el Banco Mundial, muchos proyectos gubernamentales que se desarrollan mediante la contratación pública. El BID impone igualmente sus reglamentos de contratación, ejerciendo una importante influencia sobre los regímenes internos de contratación, y también estuvo muy presente en los proyectos de participación privada en los proyectos de infraestructura bajo los distintos modelos de concesión, después de los años noventa. No siendo el propósito de esta presentación el análisis exhaustivo de estos procedimientos, podemos tan solo resaltar la esfera de influencia del BID, cercana a la lógica del Banco Mundial, para concentrarnos en su específico programa de fortalecimiento de sistemas de contratación pública, que veremos en el literal B) del acápite siguiente.

### **III. PROGRAMAS INTERNACIONALES SOBRE CONTRATACIÓN PÚBLICA**

Varios programas internacionales han tenido influencia importante y creciente en la regulación interna en materia de contratación pública.

#### **A. Modelos UNCITRAL**

La Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI, más conocida por sus siglas en inglés UNCITRAL; en adelante, “la Comisión”) ha adelantado un trabajo de reflexión y unificación de las prácticas contractuales. Creada por la Asamblea General en 1966 para reducir las limitaciones del comercio internacional

por las disparidades entre las leyes nacionales, la Comisión recibió mandato general para fomentar la armonización y unificación progresivas del derecho mercantil internacional. Integrada por 60 Estados miembros de las Naciones Unidas, elegidos escalonadamente por seis años, la Comisión tiene una amplia representatividad global y heterogénea de las distintas realidades de los países miembros de las Naciones Unidas, frente a los intereses más homogéneos que inspiran las reflexiones de la banca multilateral y la Organización Mundial de Comercio.

Entre las distintas temáticas de la Comisión se encuentran la contratación pública y el desarrollo de la infraestructura. En 1987 la Comisión concibe una *Guía jurídica para la redacción de contratos internacionales de construcción de instalaciones industriales*. Ella refleja las prácticas de la gestión contractual de la época, centradas en la inversión pública directa en sectores estratégicos que, con capital público, requerían con frecuencia la participación especializada de empresas transnacionales y una compleja preparación de las condiciones técnicas de estos contratos. La guía se orientaba así a ayudar a las partes en la negociación y redacción de contratos de obra, señalando los problemas jurídicos particulares y las soluciones que pueden anticiparse contractualmente, distinguiendo, por ejemplo, los contratos de obra civil de aquellos que, además de esta, incluyen la incorporación de instalaciones y equipos, lo que suele incluir obligaciones de diseño, transferencia de tecnología y capacitación de personal. La guía se estructura así en una primera parte, de estructuración del proyecto y el procedimiento de contratación, y una segunda, destinada a los términos y particularidades del contrato mismo, como núcleo principal de interés.

En 1993, la Comisión concibe un modelo de ley sobre la contratación pública de bienes y obras, con el propósito de ayudar a los Estados a reformar y modernizar su régimen legal interno de contratación. La preocupación es ahora el

desarrollo de métodos destinados a lograr el libre juego de la competencia, fundada en la transparencia, la equidad y la objetividad del proceso de adjudicación, todo lo cual debe generar mayor economía y eficiencia en la gestión contractual. La similitud con los propósitos de las orientaciones de los reglamentos de la banca multilateral es reflejo de la instauración de modelos liberales por la mayoría de países en la década de los noventa. Al año siguiente, la Comisión completa el modelo, introduciendo ciertas particularidades de la contratación de servicios que ameritan un trato particular en el que la valoración de las condiciones del contratista es más importante que el precio de la oferta, que suele caracterizar la contratación de bienes y obras.

El modelo así consolidado se orienta particularmente a los países en vía de desarrollo y a los países en transición, teniendo en cuenta el peso particularmente importante de la contratación pública en sus economías y la necesidad de concebir procesos contractuales que les permitan obtener precios competitivos con buena calidad de los bienes, obras y servicios adquiridos. El modelo se concentra en la caracterización de los distintos métodos de contratación que generen el máximo de competitividad entre oferentes y las condiciones para su aplicación y el logro de la objetividad en la selección, dejando al reglamento de aplicación el desarrollo del marco de referencia general fijado por la ley. Aun cuando se propende hacia la mayor restricción posible de los regímenes excluidos, la Comisión es consciente de ciertos tratos particulares, como ciertos aspectos del sector defensa y seguridad, así como de la necesidad de prever la supremacía de los convenios internacionales que incluyen procedimientos de contratación, lo que respalda la aplicación de los reglamentos de la banca multilateral a los que nos referimos antes.

La guía se concentra entonces en la publicidad de las convocatorias a licitación y a precalificación de oferentes, la forma de presentación de las ofertas y las formas de esta-



blecer las evaluaciones y comparaciones de ofertas. También incluye un capítulo especial sobre las vías de recurso, tanto de carácter administrativo como contencioso administrativo.

La ley modelo establece flexibilidades en los procesos de selección de acuerdo con los proyectos, lo que suele ser considerado importante en la práctica internacional de los países desarrollados. La complejidad de ciertos proyectos o las particularidades de ciertos servicios desaconsejan el automatismo en las adjudicaciones en el que se inspiran más los modelos de la banca multilateral que han influido en nuestra legislación interna, así como en la de la mayoría de países del subcontinente. Aunque el reglamento de adquisiciones del Banco Mundial admite factores de evaluación distintos del precio, como calendario de pagos, plazo de entrega, costos de operación, eficiencia y compatibilidades del equipo, disponibilidad de servicio y repuestos, capacitación, debe propenderse a expresarlos *en términos monetarios o asignárseles una ponderación relativa* para poder establecer la oferta más baja<sup>25</sup>. Los pliegos deben entonces contemplar fórmulas de aplicación *mecánica* para la calificación de las propuestas. Y en cuanto al reglamento para la selección de consultores, el mismo estructura la selección en dos etapas, luego de una preselección de las firmas más especializadas, según el objeto contractual (lista corta): la primera, para evaluar la calidad, teniendo en cuenta la experiencia del consultor en relación con el contrato, la calidad de la metodología propuesta, las calificaciones profesionales de su personal, la transferencia de conocimientos y el personal nacional. No obstante, al igual que en los contratos de bienes y obras, estos criterios se evalúan asignando puntajes ponderados establecidos en el pliego, según rangos porcentuales establecidos por el mismo reglamento. La segunda etapa

---

25 Banco Mundial. "Normas para la contratación de bienes, obras y servicios conexos. 2004", actualizada a 2006, num. 2.53.

consiste en la apertura del sobre económico de las ofertas que hayan obtenido los puntajes mínimos en la primera fase, lo que permitirá una evaluación de los criterios técnicos y económicos. Finalmente, existe una negociación de precisión con el proponente seleccionado, para definir los términos definitivos del contrato.

Por el contrario, la ley modelo de la CNUDMI presenta varios métodos para que la entidad pueda adaptarse a las diversas circunstancias. Aunque el modelo contempla las licitaciones sobre la base del precio de las ofertas, cuando las particularidades o la complejidad del contrato no hagan posible formular de manera precisa las especificaciones técnicas de los bienes u obras requeridos, las características de los servicios o la finalidad requeridas, no es conveniente adjudicar el contrato en función de sus propias especificaciones, sin haber negociado previamente con los proponentes sobre la capacidad exacta y las variaciones posibles del bien, servicio u obra requeridos.

El modelo ofrece entonces tres posibilidades: la licitación en dos etapas, la solicitud de propuestas y la negociación competitiva. En la primera modalidad, la entidad solicita diversas propuestas respecto de las características técnicas y de calidad del objeto del contrato, así como de las condiciones contractuales para su suministro. Al final de la etapa, la entidad habrá definido las condiciones específicas, lo que le permite convocar para la segunda fase una licitación clásica. En la solicitud de propuestas, la entidad convoca un número restringido de proponentes, con quienes negocia las posibles modificaciones en el contenido de su respectiva propuesta, antes de que presenten su *mejor oferta definitiva*, para valorar y compararlas luego, conforme a criterios y ponderación de coeficientes preestablecidos. En la tercera modalidad, de negociación competitiva, se establece un diálogo con los proponentes para las definiciones técnicas, en el que se definen etapas para valorar avances y calificaciones de la concreción del proyecto.

Para la contratación de servicios se plantean tres procedimientos, según las condiciones de aquellos. El primero, en función del precio de las propuestas con una calificación técnica previa, que se asimila a la selección de consultores del Banco Mundial. El segundo contempla la negociación con los proveedores antes de pedirles la presentación de su mejor oferta definitiva. Y en el tercero la entidad negocia solo el precio con el proveedor que haya obtenido la mejor calificación técnica.

La flexibilidad de estos modelos permitiría mayor adaptación concreta a los proyectos, evitando la tendencia a la concentración en torno al precio, con los inconvenientes que hemos resaltado en varias oportunidades. Pero, como también lo hemos señalado, ella implica mayor madurez tanto de la administración contratante como del sector privado proponente, lo que sin duda ha auspiciado la formulación de regímenes formalistas en los países en vía de desarrollo.

En el año 2000, luego de una década de expansión de los modelos concesionales, la Comisión expidió la *Guía legislativa sobre proyectos de infraestructura con financiación privada*, con la finalidad de promover un marco legal propicio y equilibrado entre el fomento a la participación privada y los diversos criterios de interés público a cargo de las entidades contratantes. En un trabajo complementario, la Comisión definió en el año 2003 las disposiciones legales modelo, sobre la base de la guía.

La guía comienza con la formulación de una serie de principios que deben tenerse en cuenta para la formulación de un marco legal e institucional favorable a los proyectos, que asegure transparencia, amplia participación, equidad entre los intereses divergentes (inversionista, concesionario, usuario, finalidades públicas) y sostenibilidad a largo plazo de los proyectos. La ley debe también definir de manera clara las autoridades responsables de los proyectos, los tipos y sectores de infraestructura que pueden concederse, su ámbito territorial y carácter exclusivo o no, así como la

coordinación interinstitucional y la separación de funciones de prestación de servicios frente a las de reglamentación a cargo de órganos autónomos e independientes ajenos a injerencias políticas y sectoriales.

La guía continúa con la recomendación de definición de riesgos de los proyectos, frente a los cuales no deben imponerse limitaciones a la posibilidad de negociación para convenir su distribución con el contratista, de conformidad con las necesidades del proyecto. Así mismo, se debe indicar con claridad las autoridades que prestarán respaldo financiero para la ejecución de los proyectos, así como las modalidades admitidas.

En relación con los procedimientos de selección del concesionario, la guía resalta que la experiencia internacional ha puesto de manifiesto las limitaciones de los métodos formales tradicionales de selección competitiva por licitación, por lo que es necesario adaptar la modalidad de selección a las particulares locales. Para ello, es importante tener en cuenta los problemas particulares que hay que resolver. Veamos.

En primer lugar, el proceso de selección es complejo, costoso y de larga duración, por lo que no es conveniente hacer una convocatoria pública abierta, en la que los proponentes serios pueden verse desmotivados frente a la posibilidad de propuestas poco realistas o presentadas por oferentes no calificados. Es importante, entonces, realizar preselecciones que permitan identificar a los proponentes calificados, quienes solo después presentarán sus ofertas.

En segundo lugar, la precisa definición técnica del proyecto, que caracteriza el ideal de los contratos de obra, en los que el contratista es un ejecutor del proyecto estructurado por la entidad pública, no suele existir en los modelos de concesión. Más aún: la autoridad concedente puede estar interesada en vincular al particular en la formulación técnica del proyecto, con la correspondiente responsabilidad sobre su pertinencia, sobre la base de requisitos de fiabilidad o reglamentaciones sectoriales y de seguridad que deban

cumplirse. Por ello, suele ser más pertinente definir resultados esperados del proyecto, más que los detalles técnicos de obras y medios para obtenerlos.

En tercer lugar, en los contratos de obra el origen público de los fondos que los remuneran y la propiedad pública de las infraestructuras hacen que los dos estén asegurados para el proyecto. La selección del contratista puede así concentrarse en el precio de la oferta, si se tienen definidas las condiciones técnicas. Por el contrario, en los modelos de concesión el contratista se remunera con la explotación o gestión de la infraestructura que él construye, razón por la cual es el proyecto mismo el que suministra los recursos para sufragar los costos tanto de construcción como operativos y financieros. Por consiguiente, resulta fundamental que el proyecto sea autosostenible. El análisis de la solidez de los montajes financieros resulta esencial, así como la fiabilidad de las soluciones técnicas del proyecto que deben proponer los candidatos. Además, la entidad concedente procurará formular criterios de calificación y evaluación que den suficiente importancia a la garantía de continua prestación de los servicios y su acceso universal, así como los servicios propuestos y su sostenibilidad durante todo el tiempo de la concesión. En estas condiciones puede ser pertinente la selección del concesionario en dos etapas: una primera, destinada a la concreción técnica del proyecto por parte de los concurrentes, y una segunda, en la que estos depositan su oferta.

En cuarto lugar, y como consecuencia de estas particularidades, la negociación con los proponentes, que se evita como principio en la licitación tradicional, resulta esencial en estos procedimientos. La imposibilidad de definir el detalle del proyecto desde el comienzo hace necesario brindar a las partes la flexibilidad de convenir las condiciones específicas del futuro acuerdo, tanto en el orden técnico como en el financiero, lo que permite una determinación y distribución de los riesgos del proyecto entre las partes.

Las particularidades de estos proyectos exigen atención de aspectos distintos frente a las compras públicas de bienes, obras o servicios. La fase previa no se limita a la buena formulación de las condiciones técnicas y la identificación de las necesidades por satisfacer, sino que involucra aspectos de regulación económica, marco jurídico flexible tanto de la participación de privados en infraestructuras y servicios públicos como de modelos de propiedad de unas y otros, monopolios o competencia limitada o abierta en la prestación de servicios, participación coordinada de instituciones gestoras, operativas y reglamentarias de la actividad, así como condiciones financieras adaptadas. Las particularidades también hacen importante establecer los recursos administrativos y contenciosos contra la decisión de adjudicación, así como disposiciones especiales sobre la ejecución de los contratos, en los que se tratan las condiciones de las prórrogas y de resolución de la concesión y los mecanismos de solución de controversias.

## **B. Red Interamericana de Compras Públicas (RICG)**

Desde el año 2003 se realizaron reuniones sectoriales por parte de altos funcionarios de diversos países latinoamericanos para el análisis de los programas de modernización de la contratación pública. Como resultado, se creó la Red Interamericana de Compras Públicas en 2005, integrada por las instituciones gubernamentales que tienen la máxima responsabilidad relacionada con la regulación, la gestión y la modernización de las compras públicas en los países de la región. Con el apoyo del Instituto para la Conectividad en las Américas (ICA), originado en la Cumbre de las Américas de Quebec en 2001, en la que los líderes de la región reconocieron la importancia de promover las tecnologías de la información y la comunicación (TIC), el BID y la OEA propiciaron la creación de dicha red como instrumento que auspicia la generación de espacios de reflexión, intercambio

y cooperación entre las distintas instituciones de los países miembros, para lo cual ha desarrollado una página de Internet ([www.ricg.org](http://www.ricg.org)) en la que se encuentra información sobre los regímenes contractuales del continente y se difunden la actualidad y las actividades del sector.

En el mismo 2003 la Secretaría Ejecutiva para el Desarrollo Integral de la OEA y el ICA crearon la Red de Líderes de Gobierno Electrónico de América Latina y el Caribe (Red GEALC, [www.redgealc.net](http://www.redgealc.net)), con el fin de promover la cooperación entre los países de la región y facilitar los intercambios, entre otros, en materia de compras públicas.

En el año 2006 la Oficina para Comercio, Crecimiento y Competitividad de la OEA encargó un estudio a consultores especializados sobre *la modernización de las prácticas de compras y contrataciones del Estado, como un instrumento para el comercio y desarrollo*. El análisis aborda las prácticas en los distintos países, las experiencias comunes, las particularidades y los valores comunes esenciales para el mejoramiento de los sistemas de contratación.

En el año 2009 el BID y la OEA comienzan el programa *Fortalecimiento de TIC y la participación de Mipymes* cuyo objetivo principal es incrementar la participación competitiva de Mipymes en los procesos de compras públicas de la región, para lo cual el proyecto identificará e implementará las mejores prácticas y TICS en los sistemas de compras públicas de cooperación institucional público-privada, buscando así mejorar la eficiencia y transparencia en los procesos de contratación.

Fruto de esta dinámica, la mayoría de países de la región cuenta hoy con portales de contratación y las legislaciones han generalizado técnicas contemporáneas de contratación como las bolsas de productos, las subastas inversas, los acuerdos marco y la contratación electrónica:

- Argentina: [www.argentinacompra.gov.ar](http://www.argentinacompra.gov.ar)
- Bahamas: [www.bahamas.gov.bs](http://www.bahamas.gov.bs)
- Bolivia: [www.sicoes.gov.bo](http://www.sicoes.gov.bo)

- Brasil: [www.comprasnet.gov.br/](http://www.comprasnet.gov.br/)
- Canadá: [www.merx.com](http://www.merx.com)
- Chile: [www.chilecompra.cl/](http://www.chilecompra.cl/)
- Colombia: [www.colombiacompra.gov.co/](http://www.colombiacompra.gov.co/)
- Costa Rica: [www.hacienda.go.cr/comprared](http://www.hacienda.go.cr/comprared)
- Ecuador: [www.compraspublicas.gov.ec/](http://www.compraspublicas.gov.ec/)
- El Salvador: [www.mh.gob.sv/moddiv/HTML/](http://www.mh.gob.sv/moddiv/HTML/)
- Guatemala: [www.guatecompras.gt/](http://www.guatecompras.gt/)
- Haití: [www.cnmp.gouv.ht/](http://www.cnmp.gouv.ht/)
- Honduras: [www.honducompras.gob.hn/](http://www.honducompras.gob.hn/)
- Jamaica: [www.ocg.gov.jm/ocg/](http://www.ocg.gov.jm/ocg/)
- México: [www.compranet.gob.mx/](http://www.compranet.gob.mx/)
- Nicaragua: [www.nicaraguacompra.gob.ni/](http://www.nicaraguacompra.gob.ni/)
- Panamá: [www.panamacompra.gob.pa/panamacompra/](http://www.panamacompra.gob.pa/panamacompra/)
- Paraguay: [www.dncp.gov.py/sicp/login.seam](http://www.dncp.gov.py/sicp/login.seam)
- Perú: [www.seace.gob.pe/](http://www.seace.gob.pe/)
- República Dominicana: [www.comprasdominicana.gov.do](http://www.comprasdominicana.gov.do)
- Trinidad y Tobago: [www.finance.gov.tt/](http://www.finance.gov.tt/)
- Uruguay: [www.comprasestatales.gub.uy](http://www.comprasestatales.gub.uy)
- Venezuela: [www.snc.gob.ve/](http://www.snc.gob.ve/)

De manera más general, la dinámica de todas estas influencias internacionales se refleja en el cronograma de reformas legislativas sobre contratación pública, que proliferaron en la región a partir de la década de 1990:

- 1993: Brasil, Colombia
- 1996: Costa Rica, Uruguay
- 2000: México, El Salvador, Nicaragua
- 2001: Argentina, Ecuador, Honduras
- 2003: Chile, Paraguay
- 2004: Perú
- 2006: Guatemala, Panamá
- 2008: Venezuela



– 2009: Bolivia

En estas condiciones, la regulación de los contratos públicos está lejos de ser materia exclusiva de políticas internas de los países. Los regímenes internos no pueden tampoco entenderse sin la perspectiva internacional que los explica de manera creciente y, en todo caso, les da un trasfondo esencial para la dimensión de su alcance.



## 2. LA CONTRATACIÓN PÚBLICA EN LOS TLC DE AMÉRICA\*

La contratación pública constituye una actividad esencial para los Estados. Ella ha sido instrumento frecuente de políticas públicas para desarrollar industrias nacionales y estimular la actividad económica al interior de los países, con un impacto económico importante, que puede llegar a involucrar el 10 o 15% del PIB, según la Organización Mundial del Comercio (OMC)<sup>1</sup>.

Esta función de dinamismo económico interno choca sin embargo con la liberalización y apertura de mercados, que caracteriza los TLC, lo que genera tensiones entre intereses diversos. La falta de competencia abierta en pro del desarrollo de industrias internas es una medida que restringe y limita el comercio. Los capítulos de compras públicas de estos tratados restringen las medidas proteccionistas y concretan, al mismo tiempo, la consolidación de la experiencia de muchos países en la búsqueda de reglas que contribuyan al mejoramiento de la gestión contractual, guiados por la preservación de los intereses públicos y de la competencia.

---

\* Artículo escrito con el profesor y director del programa de Derecho Internacional Económico de la Universidad Externado de Colombia, José MANUEL ÁLVAREZ ZARATE. La versión en inglés, "Government procurement in free trade agreements in the Americas", fue publicada en MATHIAS AUDIT y STEPHAN SCHILL (dirs.), *Transnationalization of Public Contracts*, Bruylant, Bruselas, 2014.

1 [http://www.wto.org/english/tratop\\_e/gproc\\_e/gp\\_gpa\\_e.htm](http://www.wto.org/english/tratop_e/gproc_e/gp_gpa_e.htm)

La regulación de la contratación en los tratados plantea sin embargo dificultades tanto conceptuales como prácticas. Los valores universales no siempre son tan universales como lo sugieren los distintos tratados. La dinámica de homogeneización responde, en realidad, a relaciones de poder entre los Estados signatarios y de valores económicos involucrados en la actividad contractual. Ello se traduce en asimetrías importantes entre las partes, lo que se complica, además, con las dificultades prácticas, derivadas de la multiplicidad de tratados suscritos por cada país.

Aunque 17 de los tratados suscritos en el Continente no tienen capítulos de compras públicas y 6 tan solo enuncian declaraciones de intención para regular la materia en el futuro, resulta significativo que 40 tratados sí contemplan regulación específica en la materia, con las tendencias de normalización hacia valores universales, pese a las limitaciones de la efectiva realización de los objetivos identificados.

## I. NORMALIZACIÓN DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

Los capítulos de compras públicas en los distintos tratados de libre comercio de América tienen gran influencia del primero, suscrito entre Estados Unidos, Canadá y México en 1992. Este tratado estableció los lineamientos del tema, que se ven reproducidos en los siguientes. Pero los objetivos, la estructura y dinámica de la regulación sobre las compras públicas no surgieron en 1992. La temática había sido abordada, a nivel multilateral, desde la declaración de Tokio de 1973, en el marco del GATT, lo que produjo el primer Código de Compras Públicas de Mercancías de 1979, que entró en vigor como instrumento plurilateral para algunos países en 1981.

Desde entonces se puso de presente la importancia de medidas diferenciadas para los países en vía de desarrollo, que les permitieran alcanzar objetivos económicos y sociales dirigidos a elevar el nivel de vida de sus pueblos,

e incluso la posibilidad de un trato especial para los países más atrasados. Por ello, el Acuerdo de 1979 incluyó disposiciones específicas sobre los países en vía de desarrollo (art. 3.º), teniendo en cuenta sus necesidades comerciales y financieras y la promoción de la creación o el desarrollo de ramas de producción nacional (incluidas las pequeñas industrias y la artesanía en zonas rurales o atrasadas), así como el fomento de los acuerdos regionales que permitieran el desarrollo económico de estos países. El acuerdo siguiente sobre compras públicas de 1994 de la OMC, esto es, dos años después del Tratado de Libre Comercio de América del Norte referido (TLCAN), conservaría estas disposiciones (art. 5.º).

A nivel americano, con la creación de la OMC en 1994, se promovió la creación de una gran zona de libre comercio de las Américas (ALCA), proyecto que tuvo sus orígenes en la Cumbre de las Américas, realizada en Miami en 1994, y que comprendía un capítulo específico sobre compras públicas. La mesa de negociación especializada para el tema contractual abordó en la discusión los lineamientos para el tratamiento de las diferencias entre los países, diferencias originadas en los distintos niveles de desarrollo y tamaño de las economías americanas, con el objetivo de ofrecer un marco flexible y análisis sectoriales temáticos, en consideración a ciertos países y sus condiciones específicas para el acceso a los mercados del Continente. Todas estas propuestas estaban sujetas a la negociación de los países y contenían diferentes matices de interés. Es así como el tercer borrador del acuerdo incluyó en la discusión el principio general de Trato Especial y Diferenciado (TED), en función de las diferencias en los niveles de desarrollo y tamaño de las economías (cap. de XVIII: Compras Públicas, art. 4.º). Más allá de los lineamientos generales del TED previsto en la OMC, el principio se reflejaría en distintos mecanismos específicos, como la consideración de períodos de transición en el cumplimiento de las obligaciones, el establecimiento de umbrales diferenciados para el valor de los contratos sujetos

al capítulo, el establecimiento de medidas especiales para fomentar el desarrollo del aparato productivo nacional o la participación de pequeñas, medianas y micro empresas en las compras públicas, así como la participación de unidades industriales o proveedores de servicios que dependieran total o substancialmente de las compras públicas. Al igual que las disposiciones particulares del acuerdo de la OMC, el proyecto preveía una serie de disposiciones destinadas a las economías más pequeñas permitiendo, incluso, excepciones a las obligaciones al trato nacional, según el cual las partes se obligan a tratar a cualquier proveedor de la otra parte en las mismas condiciones que lo hace con un proveedor nacional (art. 6.º).

El proyecto ALCA fue abandonado en la reunión de Cancún, en 2005, por la fuerte oposición de Brasil, Argentina y Venezuela, quienes manifestaron que mientras Estados Unidos no incluyera en la agenda el tema de los subsidios, estos países no incluirían el tema de propiedad intelectual, servicios, compras públicas e inversión, más allá de lo negociado en la OMC. Como Estados Unidos no aceptó, su estrategia entonces se concentró en la negociación de tratados bilaterales, y algunos subregionales entre pocos países, donde se impuso de manera esencial el modelo del TLCAN de 1992<sup>[2]</sup>. La posibilidad de contar con una concepción de tratamiento diferencial de los países, en razón del desarrollo desigual de sus economías, se veía así remplazada por la dura negociación entre dos países, en la que las diferencias de poder y tamaño de las economías de las partes genera asimetrías sustanciales en el resultado de la negociación, como veremos en la segunda parte.

---

2 Cfr. JOSÉ MANEL ÁLVAREZ ZÁRATE, *ALCA y TLC con Estados Unidos: la agenda de negociación, sus costos y beneficios frente a los intereses nacionales*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2004.

Sin embargo, no puede concluirse que los tratados bilaterales sean una copia idéntica del primer modelo de regulación del Continente, contenido en el TLCAN de 1992. Las negociaciones bilaterales o sectoriales han puesto a diversos países del Continente en contacto con Europa y Asia, permitiendo algunas variantes. Pero tampoco hay que exagerar las particularidades, en la medida en que los países europeos y asiáticos están influidos o son signatarios del acuerdo de la OMC. Además, los valores esenciales en materia de compras públicas están cada más globalizados. Así, pueden agruparse algunos tratados con mayor influencia del TLCAN de 1992<sup>[3]</sup> (CAFTA/DR<sup>4</sup>; Canadá/Colombia; Canadá/Perú; Chile/Colombia; Chile/Corea del Sur; Chile/México; Chile/Nueva Zelanda/Singapur; Chile/Estados Unidos; Colombia/Estados Unidos; Perú/Estados Unidos), con la presencia frecuente de Estados Unidos, y, en otro grupo, los que presentan una redacción más simplificada y cercana a las europeas y al acuerdo de la OMC (México/Japón; Colombia/AELC<sup>5</sup>; México/AELC; Chile/AELC; Chile/Australia; Chile/Unión Europea, y CARIFORUM/Unión Europea).

Por otra parte, los primeros tratados de los años noventa tuvieron una redacción significativamente detallada, que se encuentra simplificada en los tratados recientes, en los que se evitan disposiciones en exceso reglamentadas, lo que ha favorecido textos que formulan reglas, principios y orientaciones generales claras para su implementación por la legislación interna de los Estados signatarios.

La influencia internacional hacia la concepción global de los contratos de la administración es patente en los capítulos respectivos de los tratados, cuyo contenido refleja concep-

---

3 Los textos y anexos de todos los tratados citados pueden consultarse en: [http://www.sice.oas.org/agreements\\_s.asp](http://www.sice.oas.org/agreements_s.asp)

4 Centroamérica/Estados Unidos/República Dominicana.

5 Asociación Europea de Libre Comercio.

ciones, estructuras, redacciones y contenidos comunes, por encima de las particularidades de cada uno.

El objetivo de la regulación sobre los contratos se orienta a “crear y mantener un solo mercado de contratación pública con el fin de maximizar las oportunidades de negocios de los proveedores y de reducir los costos comerciales de los sectores público y privado de las Partes”<sup>6</sup>, fomentando la igualdad de oportunidades, la ausencia de esquemas preferenciales y discriminatorios, así como la promoción de medios electrónicos en la contratación.

Estas temáticas específicas determinan los acápite desarrollados por los tratados.

Con pocas variantes en su redacción, los capítulos siempre comienzan por la definición de su ámbito de aplicación, para desarrollar luego ciertos valores y principios universales de la contratación pública, así como el tratamiento de aspectos técnicos, desde las definiciones de nociones comunes hasta los mecanismos de cooperación recíproca y proyección de tareas futuras entre las partes.

El contenido genérico de los capítulos sobre contratos públicos puede así presentarse a través de su ámbito de aplicación y de los valores universales, como será abordado en los acápite siguientes.

## **A. Ámbito de aplicación**

El ámbito de aplicación de los capítulos de compras públicas se refiere a cualquier tipo de medida que afecte a los contratos públicos a los que se aplica el tratado. Comenzando por una definición de su objeto, se desarrollan luego dos herramientas que caracterizan los contratos concernidos: la lista de las entidades cuyos contratos estarán sujetos a la

---

6 Definición contenida en los tratados Centroamérica/Chile, Centroamérica/Panamá, Centroamérica/República Dominicana y Panamá/Singapur.



regulación del tratado y los umbrales de los valores de los contratos, a partir de los cuales serán aplicadas las reglas de contratación. La temática termina con una presentación de las excepciones a la aplicación del capítulo de contratos públicos.

### *1. Noción amplia de contrato*

Los tratados adoptan una concepción amplia de los contratos que incluye “cualquier modalidad contractual, incluida la compra y el alquiler o arrendamiento, con o sin opción de compra”. Esta concepción fue adoptada por el acuerdo de la OMC, limitado sin embargo a las distintas modalidades de compras públicas, esto es, a los contratos en los que la entidad pública recibe un bien, servicio u obra por el que remunera a su contratista a través del pago de un precio correspondiente. Los contratos comprendidos por los TLC en América suelen introducir, además, los contratos de concesión y los de construcción-operación-transferencia. Un poco más de la mitad de los tratados incluyen las concesiones<sup>7</sup>, definidas a partir de la concepción clásica, fundada en la existencia de un riesgo significativo de la remuneración del contratista, por cuanto esta consiste “ya sea exclusivamente en el derecho de explotación de la construcción o en una combinación de dicho derecho junto con un pago”<sup>8</sup>.

La inclusión de las concesiones marca una diferencia importante de los tratados frente al acuerdo de compras

7 Tal es el caso de los tratados Perú/Singapur, Perú/Corea, Colombia/Estados Unidos, Colombia/El Salvador/Guatemala/Honduras, Chile/UE, CAFTA/DR, Canadá/Colombia, Canadá/Perú, Chile/AECL, Chile/Colombia y Chile/Nueva Zelanda/Singapur. Por el contrario, los modelos concesivos no son incluidos en los tratados Perú/AELC, México/Japón, México/Israel, Centroamérica/República Dominicana, Chile/Australia, Chile/Japón y Chile/México

8 Chile/AECL. Definición retenida en los distintos tratados citados en la nota anterior.

públicas de la OMC, que las excluyó en razón de la particularidad de las reglas de publicidad, concurrencia y negociación de estos procesos, en los que se considera importante tener flexibilidad para la selección del concesionario que tendrá a su cargo la prestación de servicios públicos o la explotación de bienes o infraestructuras públicas por un largo tiempo. Por el contrario, la inclusión de las concesiones en los tratados americanos extiende a ellos los procesos de selección definidos en el respectivo tratado, expandiendo así su ámbito de cobertura a contratos de gran importancia e implicaciones económicas y estratégicas para los países. La ampliación refleja entonces una voluntad de mayor apertura de la contratación pública hacia los contratistas de la otra parte.

## *2. Lista de entidades*

Al igual que el acuerdo de la OMC, los tratados americanos también se caracterizan por que las reglas del capítulo de contratación pública no se aplican de manera automática a todas las entidades de los países signatarios. El alcance del tratado está determinado por la capacidad de negociación de cada una de las partes en la designación de las entidades que deberán aplicar las reglas contractuales fijadas. En el proceso de negociación, cada Estado signatario define así, específicamente, el grado de amplitud de aplicación de las reglas de contratación. Los anexos de los tratados clasifican en varios grupos las entidades que estarán cubiertas. La mayoría lo hace en tres niveles: entidades del orden central, ya sea nacionales o federales; entidades del sector subcentral, esto es, las entidades de las regiones, de los estados, departamentos y municipios y entidades de distinta índole, normalmente empresas de propiedad del Estado y empresas de servicios públicos. Esta clasificación permite establecer un tratamiento distinto para cada uno de los grupos, en consideración a la diversa importancia contractual de las

entidades que los componen, característica que se concreta con la definición de los umbrales.

### *3. Umbrales*

La definición de umbrales del valor de los contratos, a partir de los cuales las entidades listadas en los tratados deben darle aplicación, es otra característica común a todos los acuerdos sobre compras públicas del Continente americano. Los países signatarios no están obligados a aplicar el capítulo correspondiente de compras públicas sino a partir de los umbrales definidos por cada una de las partes, aunque, con frecuencia, los tratados establecen que las partes se comprometen al trato no diferenciado y a la preservación del principio de transparencia en todos los procesos de contratación que realicen.

La adopción de umbrales está también presente en el acuerdo de la OMC, como elemento central a través del cual los distintos países signatarios manifiestan el monto de sus contratos a partir del cual la atribución de los mismos está abierta a la competencia internacional. Aunque un tratamiento homogéneo de la contratación incitaría a adoptar umbrales iguales para todos los países y entidades equivalentes, el carácter voluntario de la adhesión al acuerdo permitió que cada país definiera sus propios umbrales y entidades, lo que hace parte del apéndice I del acuerdo de 1994 (anexos 1, 2 y 3). Con todo, a pesar de la autonomía de los países en la determinación de sus umbrales, existe cercanía importante entre ellos, como veremos en la segunda parte de esta presentación, al tratar el tema de las asimetrías en los tratados.

Por otra parte, los umbrales están discriminados en los tres grupos distintos de clasificación de las entidades cubiertas: sector central, sector subcentral, y otras entidades. La lógica de esta tridivisión, también presente en el acuerdo de la OMC, obedece a la conciencia de la disparidad de

mercados. El volumen e importancia de las compras de las empresas del nivel central permite auspiciar una amplia competencia mediante un umbral bajo. Por el contrario, el mercado más restringido de las entidades de las regiones, estados, departamentos o municipios hace importante proteger la participación local, mediante umbrales más altos, como también sucede con las empresas estratégicas del tercer grupo, que suelen tener umbrales incluso mayores.

Veremos en la segunda parte de nuestra presentación un análisis específico de los distintos umbrales y las consecuencias diversas en las oportunidades de negocios para las empresas de los distintos países. Por ahora es importante retener la concepción de los umbrales como característica común de los tratados.

#### 4. Excepciones

Finalmente, los tratados definen las entidades y actividades que no estarán cubiertas por las reglas contractuales acordadas. Unas son generalizadas y otras son definidas por cada parte, según sus intereses particulares. En el primer grupo se excluyen, por ejemplo, las empresas públicas y las sociedades de economía mixta con capital público menor al 50% que desarrollen actividades *con miras a la venta o reventa comercial de mercancías o servicios o para ser utilizados en su producción*. Igualmente, se suelen excluir las entidades con capital fruto de ingresos propios mayores al 50%, los contratos entre entidades públicas, los contratos de las instituciones financieras, los empréstitos, los arrendamientos o adquisiciones de inmuebles, la contratación de las sedes diplomáticas en el extranjero, instituciones filantrópicas y organismos fiscales, así como los contratos relacionados con programas particulares, como los convenios de cooperación internacional, los contratos de personas discapacitadas, trabajos penitenciarios, la seguridad nacional o la explotación conjunta de proyectos por las partes contratantes.

El sistema de listas de entidades y los umbrales respectivos ofrece flexibilidad en la negociación de los tratados, permitiendo compromisos comunes aplicables a las entidades y umbrales identificados por cada país, determinado así el grado de la apertura de contratación conveniente para cada uno. No obstante, constituyen al mismo tiempo un factor de complejidad de los tratados en su aplicación, en la medida en que, pese a tendencias comunes, existe un tratamiento individual, no solo en cada tratado sino para cada una de las partes signatarias.

## **B. Valores universales consolidados**

El segundo bloque de medidas comunes adoptadas por los tratados es la consagración de una serie de reglas que se han ido consolidando como valores universales de la contratación pública, aunque ellas se refieren exclusivamente a la fase de atribución de los contratos, sin ocuparse de las etapas trascendentes, previas y posteriores a los procesos de selección de contratistas, esto es, la planificación de la contratación y la ejecución de los contratos. Ello refleja la preocupación de los capítulos de compras públicas sobre la apertura de los mercados, sin ocuparse de la correcta formulación de los contratos, ni de su ejecución, aspectos sensibles a la buena gestión contractual, que corresponden a la política interna de gestión contractual pública de los Estados.

Los valores universales pueden clasificarse en cuatro grupos. Veamos.

### *1. Publicidad*

La publicidad de las reglas y procesos de contratación es un requisito indispensable para garantizar la amplia participación de proveedores de los Estados signatarios. Ella comprende la publicidad de las reglas generales de contratación, como leyes, reglamentos, reglas de contratación y

difusión de las decisiones judiciales sobre la contratación, así como la difusión efectiva de la contratación, tanto a nivel de los programas de contratación que se realizarán en el futuro como de los procesos específicos adelantados en cada proceso. Para ello, los tratados establecen medios de difusión específicos, así como plazos mínimos de los avisos e invitaciones a contratación, que permitan a los proveedores internacionales conocer los procesos y preparar oportunamente sus ofertas.

## *2. Concurrencia y transparencia*

La apertura a la competencia de la contratación está favorecida por la adopción de varios tipos de medidas consignadas en los distintos tratados.

### *a. Condiciones previas*

La contratación abierta al mayor número de proveedores no se opone a una identificación y selección de aquellos que cumplan con las condiciones necesarias para la correcta ejecución de los contratos. Por ello, los tratados admiten la clasificación previa de los proveedores, que puede comprender registros en los que se califiquen sus competencias técnicas, experiencia, capacidad financiera y jurídica. Así mismo, se considera viable y pertinente que los Estados determinen claramente los regímenes de prohibiciones, incompatibilidades y conflictos de interés, que pueden limitar la participación de proveedores.

Por otra parte, se exige la determinación clara de los documentos de licitación o contratación, a través de pliegos, carteles u otras denominaciones, que caracterizan el contenido completo de la contratación a realizar, así como las reglas claras de atribución de los contratos. Entre estos documentos cobran especial relevancia los relacionados con las especificaciones técnicas, cuya noción y alcance

están definidos expresamente en la mayoría los tratados y que ofrecen a los proveedores la información clara, objetiva, técnica y completa de la contratación a realizar, por lo que con frecuencia los tratados establecen referencias a las normas técnicas internacionales o nacionales reconocidas, la exclusión de referencias a marcas específicas, así como la admisión de productos equivalentes a los de los parámetros establecidos.

De manera general, los tratados utilizan con frecuencia creciente los estándares internacionales para la identificación de los productos y servicios: inicialmente hicieron referencia al U.S. Federal Supply Classification (FSC)<sup>9</sup> o a las condiciones y requisitos de los servicios a las definiciones del Acuerdo General sobre Comercio de Servicios (AGCS) de la OMC<sup>10</sup>, pero la mayoría de tratados los remiten a la Clasificación Central de Productos (CPC) de las Naciones Unidas.

Del mismo modo, la referencia al dólar americano, para calcular los umbrales adoptados por las partes, frecuente en los primeros tratados posteriores al TLCAN de 1992, fue substituida en la mayoría de tratados por el estándar internacional de los Derechos Especiales de Giro (DEG) creado por el Fondo Monetario Internacional en 1969<sup>[11]</sup>.

---

9 [www.scrantonrtg.com/secrc/fsc-codes/fsc.html](http://www.scrantonrtg.com/secrc/fsc-codes/fsc.html). Tratados Panamá/Singapur, Colombia/México, México/Costa Rica y México/Nicaragua.

10 Tratado Colombia/AELC.

11 Ver explicación detallada del origen y funcionamiento del DEG en: <http://www.imf.org/external/np/exr/facts/spa/sdrs.htm>: "Inicialmente, el valor del DEG se definió como un valor equivalente a 0,888671 gramos de oro fino, que, en ese entonces, era también equivalente a un dólar de EE.UU. Sin embargo, al derrumbarse el sistema de Bretton Woods en 1973, el DEG se redefinió en base a una cesta de monedas, actualmente integrada por el dólar de EE.UU., el euro, la libra esterlina y el yen japonés. El equivalente del DEG en dólares de EE.UU. se publica diariamente en el sitio del FMI en Internet y se calcula sumando determinados montos de las cuatro monedas de la cesta valorados en dólares de EE.UU., sobre la base de los tipos de cambio cotizados a mediodía en el mercado de Londres".

Por otra parte, los tratados definen cada vez con mayor especificidad las condiciones que permiten una valoración completa del bien o servicio a contratar, lo que no solo incluye todos sus elementos constitutivos sino también los anexos y los complementarios que se puedan prever, de suerte que se limite el riesgo de fraccionamientos o divisiones artificiales de los contratos para valorarlos por debajo de los umbrales del tratado, evitando así su aplicación.

Y, en cuanto a las reglas de atribución del contrato, estas han de definir las condiciones exigidas a los proveedores así como a sus ofertas, y los criterios que permitan la elección de la oferta más económica o la que resulte más ventajosa para la entidad, en consideración a factores diversos explícitamente indicados en los documentos de contratación.

#### b. Procedimientos de contratación

Al igual que el acuerdo de la OMC, los tratados consagran la licitación pública como regla general de selección de los contratistas, admitiendo la identificación de procedimientos selectivos o restringidos que sean compatibles con los principios y reglas de contratación establecidos por los mismos tratados. La trilogía de procedimientos admitida responde a las tendencias universales, que coinciden con los diversos ordenamientos, como la clasificación de las directivas europeas de procedimientos abiertos, restringidos y negociados.

Los tratados definen estas modalidades de procedimientos, estableciendo sus características esenciales, como la invitación abierta a todos los proveedores, que caracteriza la licitación pública, la invitación selectiva de proveedores inscritos o precalificados, propia de los procedimientos selectivos, y la negociación inherente a la contratación directa, en los procesos restringidos. El grado de desarrollo de estos procedimientos no es homogéneo en los tratados. Aunque todos se ocupan de establecer reglas claras que permitan identificar los casos de excepción a la licitación pública,



estas pueden comprender procedimientos en los que se admite la contratación directa o procedimientos alternos, no identificados, que respeten sin embargo los principios de contratación. La lista de las excepciones puede ser más o menos detallada, pero existen situaciones comunes, como la urgencia de la contratación, la especificidad del bien o producto por derechos de autor o propiedad industrial, o bien por su naturaleza artística, la ausencia de oferta en respuesta a una licitación, la adquisición de prototipos o los desarrollos tecnológicos particulares. Otros eventos, que excluyen la licitación pública, pero no necesariamente permiten una contratación directa, se relacionan con adiciones al contrato inicial, imprevisibles y limitadas al 50% de su valor original, los concursos para diseño, las mercancías adquiridas en el mercado de materias primas en condiciones excepcionalmente ventajosas, obtenidas a muy corto plazo, o las consultorías que exijan manejo de información confidencial.

Los capítulos de compras públicas auspician también la contratación electrónica, acorde con las tendencias y programas de modernización de la administración pública en el Continente, que han generalizado su desarrollo en derecho interno, así como el establecimiento de portales de contratación en Internet para las compras públicas<sup>12</sup>.

---

12 Argentina: [www.argentinacompra.gov.ar](http://www.argentinacompra.gov.ar); Bahamas: [www.bahamas.gov.bs](http://www.bahamas.gov.bs); Bolivia: [www.comprasnet.gov.br/](http://www.comprasnet.gov.br/); Canadá: [www.merx.com](http://www.merx.com); Chile: [www.chilecompra.cl/](http://www.chilecompra.cl/); Colombia: [www.contratos.gov.co/puc/](http://www.contratos.gov.co/puc/); Costa Rica: [www.hacienda.go.cr/comprared](http://www.hacienda.go.cr/comprared); Ecuador: [www.compraspublicas.gov.ec/](http://www.compraspublicas.gov.ec/); El Salvador: [www.mh.gob.sv/moddiv/HTML/](http://www.mh.gob.sv/moddiv/HTML/); Guatemala: [www.guatecompras.gt/](http://www.guatecompras.gt/); Haití: [www.cmp.gouv.ht/](http://www.cmp.gouv.ht/); Honduras: [www.honducompras.gob.hn/](http://www.honducompras.gob.hn/); Jamaica: [www.ocg.gov.jm/ocg/](http://www.ocg.gov.jm/ocg/); México: [www.compranet.gob.mx/](http://www.compranet.gob.mx/); Nicaragua: [www.nicaraguacompra.gob.ni/sisca/portal](http://www.nicaraguacompra.gob.ni/sisca/portal); Panamá: [www.panamacompra.gob.pa/panamacompra/](http://www.panamacompra.gob.pa/panamacompra/); Paraguay: [www.dncp.gov.py/sicp/login.seam](http://www.dncp.gov.py/sicp/login.seam); Perú: [www.seace.gob.pe/](http://www.seace.gob.pe/); República Dominicana: [www.comprasdominicana.gov.do](http://www.comprasdominicana.gov.do); Trinidad y Tobago: [www.finance.gov.tt/](http://www.finance.gov.tt/); Uruguay: [www.comprasestatales.gub.uy](http://www.comprasestatales.gub.uy), y Venezuela: [www.snc.gob.ve/](http://www.snc.gob.ve/)

### *3. Trato nacional y no discriminación*

Este principio condensa la filosofía de los TLC y el particular objeto de sus capítulos de contratación pública de abrir los mercados para maximizar las oportunidades de negocios. El principio consiste en ofrecer a los proveedores de la o las otras partes signatarias el mismo tratamiento que se brinda a los proveedores locales. El principio rompe así el uso tradicional de la contratación pública como instrumento de políticas públicas de fomento, apoyo y protección de la industria, las mercancías y servicios locales. Los tratados lo desarrollan en artículos explícitos que consignan el trato igual para todos los proveedores y la erradicación de cualquier forma de discriminación. En el mismo sentido, prohíben sistemáticamente las condiciones compensatorias especiales, entendidas como aquellas que “fomentan el desarrollo local o mejoran las cuentas de balanza de pagos de una parte, mediante requisitos de contenido local, de licencias de tecnología, de inversiones, comercio compensatorio o requisitos similares”, así como las reglas de origen.

No obstante, el principio contiene excepciones de aplicación restringida. Aún en el acuerdo de compras públicas de la OMC los Estados establecieron restricciones que de manera directa o indirecta permiten el favorecimiento de actividades o sectores nacionales, lo que no ocurre con los tratados bilaterales, que eliminan la capacidad del Estado de reservarse sectores económicos para sus nacionales. El mismo acuerdo de la OMC estableció, como una forma de auspiciar la adhesión de los países en desarrollo, que estos países negociaran ciertas condiciones para la utilización de compensaciones, siempre que estas solo se utilicen a efectos de calificar a los proveedores para su participación en el proceso de contratación, y no como criterios para la adjudicación de contratos (art. v).

En América, aunque vimos que el propósito contenido en el proyecto ALCA de crear mecanismos diferenciadores

de las situaciones de los países no fue adoptado por los TLC de la región, estos sí admiten las medidas particulares para la protección de las medianas, pequeñas y microempresas, y varios tratados consignan disposiciones específicas en este sentido<sup>13</sup>, autorizando la aplicación de programas que privilegian estas empresas frente a sus concurrentes extranjeros o estableciendo programas de participación conjunta para estas empresa, con medidas e incentivos específicos<sup>14</sup>.

#### *4. Recursos contra la atribución irregular de contratos*

Los recursos contra la atribución irregular de los contratos han sido una preocupación significativa de los distintos tratados, que prevén la existencia de autoridades de revisión, bien sean administrativas o judiciales, pero siempre independientes y dotadas de poderes de investigación e instrucción suficientemente eficaces para evitar la suscripción de contratos violatorios de los principios y reglas establecidos. El tratado Perú/Singapur ordena así la existencia de “una corte o un órgano independiente de revisión que no posea ningún interés en el resultado de una contratación pública, y cuyos miembros se encuentren protegidos frente a influencias exteriores durante todo el período de su mandato”. Otros tratados establecen una previsión genérica, tendiente a lograr procedimientos oportunos, efectivos, transparentes y no discriminatorios<sup>15</sup>, y algunos van más allá, desarrollando el principio de manera más detallada, mediante la obligación de adoptar medidas provisionales oportunas para corregir incumplimientos del capítulo de contratación, tales como la suspensión del proceso de contratación (Perú/Japón) e incluso de la ejecución del contrato (Colombia/Estados

---

13 Perú/Singapur, Perú/Japón, Perú/Corea y Colombia/AELC.

14 Colombia/México, México/Costa Rica y México/Nicaragua.

15 Canadá/Colombia; Canadá/Perú; Panamá/Singapur; CFTA-DR; Perú/Corea; Panamá/AELC; Centroamérica/República Dominicana.

Unidos), o los pasos específicos que se deben seguir, como el buscar primero la rectificación de la irregularidad ante la entidad contratante, la facultad concedida a la autoridad revisora de hacer recomendaciones ulteriores a la entidad sobre irregularidades, e incluso el efectuar cambios en sus procedimientos para adaptarse al tratado respectivo, o la definición de un plazo inferior a diez días para que los proveedores realicen las impugnaciones<sup>16</sup>.

De manera complementaria, algunos tratados disponen la creación de sanciones administrativas y penales especiales para frenar la corrupción<sup>17</sup>, o la exclusión de los proveedores sancionados por participar en actividades ilegales o fraudulentas relacionadas con la contratación, dentro del régimen de prohibiciones (CAFTA/DR).

## II. LIMITACIONES A LA EFECTIVA REALIZACIÓN DE OBJETIVOS DE LOS TRATADOS

Los principios y reglas establecidos por los tratados consolidan valores universales de la contratación pero contienen limitaciones importantes inherentes a su concepción, bien sea por las distintas asimetrías existentes en su elaboración y definición o por las dificultades de armonización con los derechos internos de los países signatarios, como se expone a continuación.

### A. Asimetrías

Las asimetrías generadas por la concepción de los capítulos de contratación pública de los tratados se manifiestan tanto

---

16 México/Nicaragua; México/AELC; México/Colombia y México/Costa Rica; Colombia/AELC; Colombia/Estados Unidos.

17 CAFTA/DR; Chile/Estados Unidos y Chile/Colombia.

en los umbrales como en las listas de las entidades cubiertas por el respectivo tratado.

### *1. Umbrales*

Como vimos en la primera parte, los tratados suscritos por los países americanos reproducen el sistema de identificación de umbrales del acuerdo de la OMC, a partir de los cuales se aplican las disposiciones convenidas, distinguiendo tres umbrales distintos, según la entidad sea del orden central, subcentral o de servicios. Por ello resulta pertinente hacer un análisis comparativo que permita apreciar los umbrales establecidos en el acuerdo de la OMC, por parte de los países que han suscrito TLC con países americanos, que en ocasiones no son coincidentes.

Algunos de los países que han suscrito TLC con países americanos también suscribieron el acuerdo de la OMC de 1994, y por ello resulta interesante establecer los umbrales que fijaron en este acuerdo, para compararlos con los que fijaron en los distintos tratados americanos. Al analizar los distintos umbrales definidos en el acuerdo de la OMC encontramos que, para las entidades del orden central, todos los países establecen los siguientes umbrales: 130.000 DEG, para bienes y servicios, y 5.000.000 DEG, para construcción (a excepción de Japón, que estableció mayor apertura con un umbral más bajo de 4.500.000 DEG).

Por el contrario, las entidades del sector subcentral tienen tratamientos diferenciados: aunque el umbral para la construcción de las entidades del sector central del acuerdo de la OMC es conservado por la mayoría de países para el sector subcentral<sup>18</sup>, algunos establecen uno más elevado de 15.000.000 DEG (Corea y Japón, Grupo B de sus servicios de construcción). Por su parte, los umbrales para bienes

---

18 Canadá, países de la Unión Europea, Islandia, Noruega, Suiza e Israel.

y servicios son mayoritariamente fijados en 200.000 DEG<sup>19</sup>, con las excepciones de Israel (250.000 DEG), Canadá y Estados Unidos (355.000 DEG). Finalmente, el sector de “otras entidades”, que agrupa empresas disímiles, tiene umbrales igualmente diferenciados. Si bien la mayoría fija el umbral para bienes y servicios de esta sección en 355.000 DEG<sup>20</sup>, Israel lo establece en 400.000 DEG, y Corea en 450.000 DEG. Y, en cuanto a la construcción, la mayoría lo fija en 5.000.000 DEG<sup>21</sup>, pero Corea y Japón (Grupo B de sus servicios de construcción) lo elevan a 15.000.000 DEG.

Como puede apreciarse, los umbrales muestran una tendencia general en el acuerdo de la OMC, aunque ciertos países establecen excepciones, que pueden elevar de manera considerable el monto de ciertos contratos sometidos al acuerdo. Esta tendencia general, propia de un acuerdo multilateral, contrasta con la gran disparidad en los umbrales de los TLC en América.

El primer tratado del continente (TLCAN de 1992) estableció una tendencia, bajando sustancialmente el umbral de bienes y servicios a nivel central (US\$ 50.000), frente al umbral correspondiente del acuerdo de la OMC (130.000 DEG<sup>22</sup>), mientras que subió ligeramente el umbral de construcción (US\$ 6.500.000), frente a 5.000.000 DEG del acuerdo de la OMC. En cuanto a las empresas gubernamentales, el umbral de los servicios de construcción también tuvo este ligero aumento. Por el contrario, el umbral de los contratos de servicios se bajó menos que el sector central (US\$ 250.000), frente a la mayoría de los umbrales fijados por los países en el acuerdo de la OMC (350.000 DEG). Por el contrario, las partes de este primer tratado (Estados Unidos, Canadá, México) no

---

19 Corea, Islandia, Liechtenstein, Noruega, Suiza, Unión Europea y Japón.

20 Islandia, Liechtenstein, Noruega, Suiza, Estados Unidos, Unión Europea.

21 Islandia, Liechtenstein, Suiza, Noruega, Unión Europea, Israel, Estados Unidos, Canadá.

22 Ver equivalente diario del DEG en dólares de Estados Unidos.

fijaron los umbrales de las entidades del sector subcentral, dejándolos para acuerdos posteriores.

Pero los parámetros así definidos en este primer tratado tienen variantes muy significativas en los demás. Mientras en tratados suscritos por Estados americanos con los países europeos, Japón y Corea conservan los umbrales fijados por estos últimos en el acuerdo de la OMC, los suscritos entre países americanos son heterogéneos. Aunque los umbrales para las entidades del sector central son cercanos, al fijarse alrededor de 70.000 DEG en la mayoría de casos<sup>23</sup>, con relación a los bienes y servicios, los servicios de construcción varían entre 5.000.000 DEG y A\$<sup>24</sup> 9.570.000<sup>[25]</sup>. Los grupos correspondientes al sector subcentral y a las empresas e instituciones particulares son más variados. Así, el sector subcentral oscila entre 200.000 DEG y A\$ 679.000, para bienes y servicios, mientras que la construcción fija valores entre 5.000.000 DEG y 15.000.000 DEG. En cuanto a las otras entidades, la situación se torna más particular, por cuanto algunos tratados las dividen en grupos (Estados Unidos: en Estados Unidos/Chile y Estados Unidos/Colombia, Japón: en Japón/Perú) y los valores son significativamente distintos: desde 200.000 hasta A\$ 436.000, para bienes y servicios, y desde 5.000.000 hasta 15.000.000 DEG, para construcción.

Como puede apreciarse, el sistema no es simple, por lo que resulta difícil, si no imposible, identificar el grado de equivalencia entre los distintos países, no solo por la heterogeneidad de umbrales sino también por la disparidad

23 Aunque existen diferencias: 50.000 DEG (TLCAN; Chile/Colombia; CAFTA/DR; Chile/Corea); US\$ 56.190 (Chile/Estados Unidos); US\$ 64.786 (Colombia/Estados Unidos; Chile/México); US\$ 67.826 (Colombia/Canadá); A\$ 87.000 (Chile/Australia); 95.000 DEG (Perú/Corea); 130.000 DEG (Panamá/Singapur).

24 Dólares australianos.

25 5.000.000 DEG (Chile/Colombia; Colombia/Canadá; Perú/Corea; Panamá/Singapur); US\$ 6.481.000 (Chile/Estados Unidos); US\$ 6.500.000 (TLCAN); US\$ 6.725.000 (CAFTA/DR); US\$ 7.407.000 (Colombia/Estados Unidos); US\$ 8.422.165 (Chile/México); A\$9.570.000 (Chile/Australia).

en la importancia de la contratación para cada una de las entidades contratantes, listadas por cada país, en razón del grado particular de desarrollo de su economía. El tratamiento diverso de los distintos grupos de umbrales, justificado por la diversa competitividad de las empresas frente a las instituciones del orden central, subcentral y las empresas de servicios públicos, como vimos en la primera parte, adquiere un significado distinto en los tratados entre países con desarrollo económico muy diferente.

En principio los umbrales menores para los bienes y servicios de las entidades centrales generan mayor apertura de mercados, con relación al acuerdo de la OMC. Ello permite mayor participación de las empresas de los países en vía de desarrollo, de menor talla que sus competidoras en los países desarrollados. El umbral reducido también es más significativo en los tratados entre los países en vía de desarrollo del continente americano, que son los más numerosos. Por el contrario, los umbrales para las entidades del sector subcentral, así como las de servicios públicos, son iguales o superiores a los del acuerdo de la OMC. Si bien estos umbrales traducen un proteccionismo del mercado local en sectores que suelen ser sensibles para el desarrollo de las empresas locales, ello no parece tener la misma justificación cuando el tamaño de las economías de los países que participan en el tratado es similar.

Desde otro punto de vista, los umbrales más bajos de las entidades centrales, si bien auspician la participación de las empresas de los países en vía de desarrollo, cuando ellos son suscritos con uno o varios países desarrollados generan una asimetría importante de la apertura recíproca. Así, en tratados bilaterales con Estados Unidos las empresas chilenas, colombianas o mexicanas amplían sus posibilidades de participación en los contratos de las entidades americanas, gracias a los umbrales más bajos (us\$ 56.190, us\$64,786 y us\$ 50.000 respectivamente), como ocurre también con las empresas colombianas y peruanas que participan en



los contratos canadienses, gracias al umbral fijado en US\$ 86.826. No obstante, la mayor posibilidad de participación de las empresas latinoamericanas en el mercado de Estados Unidos y Canadá será substancialmente menor con respecto a la ampliación de las posibilidades de las empresas de estos dos países en los mercados latinoamericanos. Por una parte, el tamaño promedio de las empresas norteamericanas es mayor al tamaño promedio de las latinoamericanas, lo que les permite mayor participación y, por otra parte, la competitividad de las empresas latinoamericanas que accedan al mercado norteamericano será menor que las locales estadounidenses.

Esta asimetría del valor relativo de los umbrales y de las reales posibilidades de ampliación de la participación entre las empresas de los distintos países auspicia tratamientos especiales cuando las economías son distintas. Es así como en las discusiones de la Ronda de Tokio, desde 1979, y en el acuerdo de la OMC de 1992, se planteó la necesidad de tratamientos diferenciados para los países en vía de desarrollo. Igualmente, vimos que el proyecto del capítulo de compras públicas en las discusiones del ALCA establecía la posibilidad de umbrales diferenciados entre los países: un umbral bajo para los países más desarrollados ofrece mayor acceso a las empresas del país menos desarrollado, mientras que un umbral mayor establecido para los contratos de los países menos desarrollados impide la excesiva participación de las empresas de los países desarrollados, frente al mercado local.

Esta lógica es la misma que justifica establecer umbrales diferenciados en todos los tratados, diferenciando las entidades del orden central, del subcentral y de las empresas de servicios públicos e instituciones particulares, que hemos expuesto antes. Sin embargo, esta dinámica de los acuerdos multilaterales no se reprodujo en los acuerdos bilaterales de América, en los que los umbrales entre los países con marcadas diferencias de desarrollo no son distintos. La

asimetría así obtenida es por lo demás acentuada por la forma individual de negociación de estos tratados entre dos países con gran diferencia de desarrollo, a diferencia de los acuerdos multilaterales, en los que los países pequeños pueden tener un mayor peso si logran posiciones comunes a su favor. El tratado México/Japón es un buen ejemplo de la asimetría en la negociación, al consignar un umbral diferenciado entre las entidades centrales de los dos países, pero en desventaja de México. En efecto, mientras que las entidades japonesas abren sus contratos de bienes y servicios a partir de 130.000 DEG, las mexicanas lo hacen a partir de 100.000 DEG. Más dramático aún es el caso de los servicios de construcción, abiertos desde 6.500.000 DEG, en el caso de las entidades mexicanas, mientras que las japonesas protegen el mercado local, por cuanto solo están comprendidos en el tratado los contratos mayores a 15.000.000 DEG.

El tratado Estados Unidos/Centroamérica<sup>26</sup>/República Dominicana constituye una excepción, al consignar umbrales diferenciados a favor de los países centroamericanos y de República Dominicana durante los tres primeros años de vigencia del tratado, esto es, us\$ 117.100, frente al umbral aplicado por Estados Unidos, de us\$ 58.550. Así mismo, los servicios de construcción estuvieron abiertos por este mismo período tan solo desde us\$ 8.000.000 para las entidades latinoamericanas, mientras que las estadounidenses tenían un umbral de us\$ 6.725.000. Aunque el tratamiento diferenciado no fue permanente, existió una protección temporal de los proveedores latinoamericanos.

## 2. *Lista de entidades*

Hemos visto también que el sistema de listas de entidades permite a cada país identificar la amplitud de la aplica-

---

26 Costa Rica, Guatemala, El Salvador, Honduras.

ción del respectivo tratado. Las dinámicas de grupo de un acuerdo multilateral auspician tendencias generales que no tienen el mismo sentido en los acuerdos bilaterales, en los que las negociaciones pueden acentuar las asimetrías entre las partes contratantes, lo que puede percibirse en el número e importancia de las listas de entidades formulada por cada una de las partes.

Hacer un análisis profundo para analizar estas asimetrías exigiría identificar la importancia de la contratación de cada una de las entidades listadas por cada uno de los países, lo que exige un conocimiento profundo de las realidades económicas y las dinámicas contractuales de cada país. En este sentido, las negociaciones del Acuerdo de Libre Comercio de América (ALCA) resaltaban la importancia de mecanismos de información suficientemente completos y fiables que permitieran conocer y valorar la extensión de los mercados locales, como base de negociaciones transparentes del tratado.

No obstante, es posible hacer un análisis simplificado de las listas por entidades en los distintos tratados bilaterales o sectoriales del Continente, para identificar tendencias con relación al número de entidades incluidas por cada país. Así, se puede constatar una mayor homogeneidad en las listas de las entidades del sector central de los distintos países, mientras los niveles subsectoriales y de servicios e instituciones especiales presentan mayores desequilibrios.

El análisis numérico también indica equilibrios por listas medianamente equivalentes entre los Estados. Tal es el caso de los que involucran Estados americanos en vía de desarrollo como Colombia/México, México/Costa Rica, México/Nicaragua o Colombia/Chile. También se encuentran situaciones de equilibrio en tratados que involucran países con fuertes diferencias de desarrollo, como México/Japón, México/Israel, Chile/Corea, Chile/Japón, Perú/Japón o Chile/Singapur/Nueva Zelanda.

Por el contrario existen asimetrías en tratados entre países de economías muy dispares. Así, mientras que Perú lista en su tratado con Singapur 86 entidades del sector central, el segundo tan solo incluye 23. Por su parte, aunque Canadá lista en su tratado con Colombia 78 entidades centrales, su número parece menos significativo que el de todas las entidades del sector, incluidas por Colombia. Más ilustrativa resulta la asimetría en el tratado Colombia/Estados Unidos, en el que el primer país lista la totalidad de sus departamentos, mientras Estados Unidos incluye tan solo 9 de sus 50 estados de la Unión. Y, en cuanto a las otras entidades (empresas, instituciones varias) las 22 incluidas por Colombia contrastan con las 7 de Estados Unidos, que además se dividen en dos grupos con umbrales distintos.

Con todo, no hay que concluir de manera maniquea que las asimetrías encuentran explicación por las negociaciones entre países con economías desproporcionadas. En este sentido Chile logró en su negociación con Estados Unidos que este incluyera 37 Estados, número que coincide con el que esta potencia consignó en el acuerdo de la OMC, entre países desarrollados. En igual sentido, las 78 entidades centrales que Canadá incluyó en su tratado con Colombia no son muy distantes de las 82 que incluyó en el acuerdo de la OMC. Y en cuanto a los tratados con Japón, la Unión Europea y otros países europeos, las listas de estos reproducen integralmente las contenidas en el acuerdo de la OMC.

Por otra parte, las asimetrías por el número de entidades listadas responden a la dinámica de las negociaciones y a la disponibilidad de los distintos Estados. Así como ha sido criticado el acuerdo de la OMC por estas disparidades, que reflejan proteccionismos nacionales, los acuerdos americanos las reproducen entre Estados cercanos en su desarrollo: el tratado entre Colombia, El Salvador, Guatemala y Honduras presenta varias asimetrías, entre ellas la exclusión de las concesiones por Honduras. Los tratados de Chile incluyen en las entidades del sector central todos los gobiernos

regionales (15) con sus respectivas gobernaciones (54), lo que implica abrir de manera significativa la contratación subcentral, por cuanto sabemos que los umbrales del sector central son más bajos. No obstante, esta decisión no parece ser fruto de disparidad de negociaciones, por cuanto no solo existen en sus tratados con los países desarrollados (Estados Unidos, Canadá, Unión Europea; AELC, Australia, Japón), sino también con los países de la región (México, Colombia, Centroamérica: Honduras, El Salvador, Costa Rica).

### *3. Exclusiones particulares*

Un tercer grupo de asimetrías se presenta por las exclusiones particulares establecidas por alguna de las partes. Hemos visto antes la limitación al principio de trato nacional, en torno a las reservas relacionadas con los programas de promoción de las medianas, pequeñas y micro empresas locales. Si bien ellos limitan el principio de trato nacional, los tratados suelen establecerlo como una regla para todas las partes signatarias, lo que respeta el principio básico de reciprocidad, conservando un equilibrio entre los Estados, aunque hemos visto que este también puede ser bastante relativo, por la calificación asimétrica de lo que es una mediana o pequeña empresa en Estados con desarrollo económicos distante.

Pero, además, las partes suelen dejar reservas importantes, esta vez de tipo unilateral, sobre los bienes y servicios que no estarán sujetos a las reglas del tratado respectivo, por consideraciones diversas, más o menos relacionadas con la protección de sectores particulares. Así, Perú excluye la “adquisición de tejidos y confecciones elaborados con fibras de alpaca y llama” (Perú/Japón; Perú/Corea). Otros tratados establecen umbrales particulares bajo los cuales un país reserva la participación de sus “Micro, Pequeñas y Medianas Empresas (MIPYMES), incluyendo cualquier tipo de preferencias, tales como el derecho exclusivo para proveer

un bien o servicio; así como medidas conducentes a facilitar la desagregación tecnológica y la subcontratación". Es el caso de Colombia que reserva frente a Estados Unidos este tipo de beneficios en los contratos que no superen los US\$ 125.000, lo que resulta significativo en los contratos de las entidades del orden central, cuyo umbral general es de US\$ 64.786, para los bienes y servicios.

Este país también reserva un trato particular al permitir la imposición de contratación de "personal local en áreas rurales, en la contratación de servicios de construcción para la construcción, mantenimiento o rehabilitación de carreteras y autopistas, con el fin de promover el empleo y mejorar las condiciones de vida en tales áreas" (Colombia/Canadá), lo que va en contra del principio de prohibición de condiciones compensatorias, esencial en los TLC, para el auspicio de la competencia internacional. El principio, sistemáticamente enunciado en todos los capítulos de compras públicas del Continente americano, está igualmente presente en el acuerdo mundial de la OMC. Pero allí también los Estados dejan reservas importantes para sectores de particular sensibilidad en las políticas públicas internas, estructuradas de manera significativa en la contratación pública. Es así como en los tratados del Continente americano existen reservas establecidas, no a favor de las partes menos desarrolladas, sino a favor de la parte dominante.

Así, Canadá y Estados Unidos consignan "preferencias en favor de la pequeña empresa y minorías" (Canadá/Colombia, Canadá/Perú), así como "preferencias o restricciones asociadas con programas para promover el desarrollo de áreas desfavorecidas, o negocios de propiedad de minorías, veteranos de guerra o mujeres" (Estados Unidos/Colombia, Estados Unidos/Perú). Estas exclusiones en sectores desfavorecidos corresponden sin embargo a un auxilio comprensible. Por el contrario, existen reservas que excluyen de los tratados sectores importantes de la contratación y de gran importancia para los proveedores de los otros países,

como la exclusión hecha por los países europeos de las actividades relacionadas con los sectores de agua potable, energía, transporte, telecomunicaciones y correos, sin que exista correspondencia frente a las exclusiones de la otra parte (Colombia/AELC), o la realizada por Estados Unidos con relación a los Fondos Federales para proyectos de transporte masivo y autopistas (Colombia/Estados Unidos).

## **B. Armonización con los derechos internos**

La fuerza vinculante de los tratados internacionales impone a los países signatarios el cumplimiento de sus disposiciones por encima de su legislación interna, lo que puede generar conflictos normativos cuando esta es contraria a los tratados. En la contratación pública tales conflictos pueden ser significativos y frecuentes, por el carácter altamente reglado en muchas legislaciones internas, lo que aumenta las posibilidades de contradicción con la regulación internacional. No obstante, al analizar las legislaciones del Continente se pone de presente la proliferación de reformas de los últimos años, auspiciadas por las organizaciones internacionales como la banca multilateral (Banco Mundial y BID) y la OEA, bien sea a nivel individual, para los distintos países, o de manera conjunta, como la Red Interamericana de Compras Gubernamentales (RICG), que se compone de las instituciones gubernamentales de nivel nacional que tienen la mayor responsabilidad relacionada con la regulación, gestión y modernización de la contratación pública, mediante la reunión de los altos funcionarios en materia contractual de los distintos países<sup>27</sup>.

Esta dinámica ha permitido que los países del Continente que han suscrito acuerdos de libre comercio, en los que se incluyen capítulos sobre contratos públicos, promuevan

---

27 <http://ricg.info:8080/Plone/>

reformas que modernicen su legislación en la materia, en armonía con las tendencias internacionales y, en particular, con los textos de los tratados suscritos o proyectados, pese a que tan solo excepcionalmente los tratados mismos establecen esta obligación de adaptación de la legislación interna de manera explícita, como es el caso de Centroamérica/Chile y Centroamérica/Panamá, que establecen el compromiso de adaptación en el primer año siguiente a la vigencia de los respectivos tratados (art. 16-05), y Perú/Corea, que establece, de manera más genérica, el deber de adoptar las modificaciones a la legislación interna, respetando el capítulo de contratación pública del tratado (arts. 16-15).

A nivel interno, se destacan la Ley de compras públicas n.º 19.886 de 2003 de Chile<sup>28</sup>, la Ley de Contrataciones Públicas n.º 22 de 2006 de Panamá<sup>29</sup>, la Ley de Compras y Contrataciones de Bienes, Servicios, Obras y Concesiones n.º 340 de 2006 de República Dominicana<sup>30</sup>, la Ley de Contratación Administrativa n.º 8511 de 2006 de Costa Rica; la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público de 2000, reformada hasta la del 16 de enero de 2012, de México; la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado Peruano n.º 26850 de 2008 y el Decreto Legislativo n.º 1017, que aprueba la Ley de Contrataciones del Estado, por delegación del Congreso para la implementación del Acuerdo de Promoción Comercial Perú-Estados Unidos, así como la Ley n.º 1150 de 2007 de Colombia, sobre la contratación estatal y la contratación con recursos públicos.

Estas distintas regulaciones internas comprenden las temáticas esenciales dispuestas por los TLC, en particular relacionadas con las convocatorias a procesos de contratación, los documentos contractuales y su contenido, los registros

---

28 Última actualización: Dcto. con fuerza de Ley 11 del 01/03/2010.

29 Última reforma: Ley 48 del 10/05/11.

30 Última reforma: Ley 449/06.



de contratistas, la definición de procedimientos de contratación, la determinación de los criterios de selección de los contratistas, las compras electrónicas y los mecanismos de control de la regularidad de la contratación.

Entre estas disposiciones, dos aspectos son de particular relevancia para la concordancia con las disposiciones de los tratados.

En primer lugar, los procedimientos de contratación, por cuanto los tres tipos de procesos enunciados antes (licitación abierta, licitación restringida y contratación directa) deben encontrar correspondencias en la legislación interior de los distintos Estados, lo que puede constatarse, pese a las denominaciones diversas de los procedimientos. En efecto, la licitación pública es enunciada siempre como el procedimiento general, fundado en la invitación pública a los proveedores para proponer ofertas, según las exigencias y definiciones establecidas en los pliegos y documentos de contratación. En el otro extremo, las legislaciones establecen el carácter excepcional de la contratación directa, con el enunciado expreso de los eventos en los que se puede acudir a ella, cuya definición corresponde con la enunciada en los TLC. Y en cuanto a la licitación restringida, llamada de diferentes maneras en las legislaciones internas, ella permite la invitación a presentar propuestas dirigida a proveedores inscritos en los registros de contratación.

En segundo lugar, los tratados contienen la obligación de establecer instituciones administrativas o judiciales independientes y autónomas con la competencia y poderes suficientes para resolver las impugnaciones contra las decisiones de contratación, en tiempo útil y con respeto del debido proceso. En este sentido, varias legislaciones han establecido de manera explícita agencias y tribunales de contratación, dotándolos de mecanismos de elección y competencias que buscan su autonomía frente a las entidades contratantes. Así, la ley panameña estableció la Dirección General de Contrataciones Públicas, entidad autónoma

dotada de competencia para resolver las reclamaciones en un plazo de 5 días, so pena de reenviar el caso al Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas, que tendrá también un corto plazo de 5 días para resolver la impugnación. En Chile, la ley de contratación estableció el Tribunal de Contratación Pública, organismo jurisdiccional que tiene competencia para decretar las medidas preventivas previstas en el Código de Procedimiento Civil. Por su parte, la ley contractual de Costa Rica establece la posibilidad de objeción de los documentos de contratación (el cartel) ante la Contraloría General de la República, quien debe resolverla antes de 10 días, son pena de que se considere acogida la objeción. Además, la decisión de atribución de los contratos tiene recurso de apelación ante la misma Contraloría, cuya decisión administrativa podrá ser impugnada ante la jurisdicción administrativa. En Perú, el Tribunal de Contrataciones del Estado, organismo administrativo autónomo, conoce el recurso de apelación en efecto suspensivo contra los actos que preceden el contrato. La ley de contrataciones creó también el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSDE), para la vigilancia de la correcta actividad contractual. En fin, la ley mexicana establece la instancia de inconformidad ante la Secretaría de la Función Pública, quien tiene la competencia para suspender los actos del procedimiento de contratación.

Sin duda, la previsión de estos mecanismos de control responde a las exigencias crecientes a nivel internacional, pero su efectividad real debe ser objeto de análisis particulares específicos, que desbordan el objeto de esta presentación. Sin embargo, puede ponerse de presente que los mecanismos enunciados en las distintas legislaciones no siempre estructuran una autonomía real de los miembros de las agencias o tribunales de contratación en cuya elección suele intervenir la administración. Por otra parte, lo más importante serán las herramientas y poderes para lograr la efectividad y eficacia de las investigaciones en corto tiempo, lo que no

surge directamente de los textos que permiten calcular la dificultad de adoptar medidas cautelares verdaderamente eficaces y oportunas.

Las limitaciones de los dispositivos hacen pensar en las sanciones impuestas por la Corte Europea a los países que no transpusieron oportunamente o transpusieron erradamente las directivas relativas a los recursos contractuales. El énfasis puesto por los TLC en la efectividad e independencia de las medidas de control sobre la atribución de los contratos públicos abre la puerta a contenciosos contra los Estados que no las adopten en debida forma, que podrían ser incluso promovidos por empresas de los países cosignatarios, según los mecanismos generales establecidos por los mismos tratados.

Finalmente, otra dificultad significativa con relación a los derechos internos es la proliferación de los tratados suscritos por un mismo país, cuando no contienen el mismo tipo de obligaciones. En este sentido, Chile ha suscrito 10 tratados que contienen capítulos de contratación pública, Colombia 7, y México y Perú 5. Pese a las tendencias comunes, los tratados establecen reglamentación particular distinta. Hemos destacado el complejo sistema de listas de entidades y umbrales diversos en cada tratado. Además, hemos visto que algunos tratados definen condiciones precisas y establecen definiciones especiales, como plazos explícitos mínimos para los avisos de contratación o las condiciones de los recursos contra las decisiones relacionadas con los procedimientos de contratación. Esta multiplicación de regulaciones en los distintos tratados hace que un mismo país tenga varias normas que aplicar para sus contrataciones, las que no pueden dirigirse de manera selectiva a los proveedores de un solo país, lo que presentará problemas para la escogencia de los parámetros utilizados en cada caso.

La globalización reglamentaria a partir de los TLC es una constatación que surge del análisis de los distintos textos. El carácter bilateral de la mayoría de los tratados no puede desconocer su inmersión en un proceso internacional de muchos años, en el que las influencias recíprocas y globales son abundantes e ineludibles. Estas interrelaciones enuncian y precisan tendencias y valores universalmente aceptados que se generalizan en la contratación de los distintos países, que incluso están cada vez más presionados a adaptar en este sentido sus legislaciones internas. Pero los valores globalizados no siempre responden a valores verdaderamente universales, aceptados por todos los Estados. Por ello, el escenario normal de precisión de estos valores son los acuerdos multilaterales en los que participe el mayor número posible de Estados y de diverso orden de desarrollo económico y político. El acuerdo de la OMC respondería a esta visión, pero ello no es así, por cuanto ningún país en vía de desarrollo se ha adherido a él. El consenso obtenido se realizó entonces entre los países desarrollados con realidades económicas e institucionales distantes de las de los países en vía de desarrollo, en los que la contratación pública materializa de manera privilegiada los graves problemas de falta de institucionalidad, administraciones vulnerables a presiones políticas y de toda índole, y carencia de un cuerpo de funcionarios tecnificados. La preocupación esencial del acuerdo de la OMC por la liberalización económica, que permita a cada país desarrollado ofrecer a sus proveedores oportunidades crecientes de negocios en los otros países, no es homogénea frente a la preocupación esencial de los países en vía de desarrollo por limitar un poco la gran corrupción en este campo y lograr una mejor madurez en las compras del Estado, guiadas por el interés general.

Pese a que el acuerdo de la OMC ventiló esta problemática, al admitir tratamientos particulares para los Estados en vía de desarrollo, la complejidad de las negociaciones cruzadas existentes en los anexos del tratado para la deter-

minación de umbrales, entidades concernidas y servicios o bienes excluidos, hace difícil la adhesión de estos países. Y en cuanto al escenario multilateral americano, en el que la mayoría de Estados se hallan en vía de desarrollo, las negociaciones del ALCA no lograron los consensos necesarios. El resultado no es sin embargo favorable para los países en desarrollo, por cuanto la proliferación de los tratados bilaterales ha reproducido los principios consignados en el acuerdo entre los países desarrollados, omitiendo sin embargo las medidas de consideración por el desarrollo inferior de una de las partes. Paradójicamente, los tratados bilaterales consolidaron la mayor apertura de los países en vía de desarrollo, que excluyó su participación en los tratados multilaterales. Igualmente, la multiplicidad de tratados suscritos auspicia mayores compromisos de apertura, para poder respetar un mínimo común cada vez más amplio, en la lógica del principio de Nación Más Favorecida, según el cual es necesario extender a todos los Estados el mejor trato acordado en cualquier tratado.

Las negociaciones amplias, celebradas entre las partes del acuerdo de la OMC, desde hace 10 años, llevaron a un acuerdo interministerial importante a finales del año 2011 para “modernizar el Acuerdo, aumentar el acceso a los mercados de la contratación pública, promover el buen gobierno y prevenir la corrupción y facilitar la gestión eficaz de los recursos públicos, en particular en el entorno económico actual”<sup>31</sup>. La decisión consigna igualmente la voluntad de “alentar y facilitar la adhesión al Acuerdo de los Miembros de la OMC que todavía no son Partes en él, observando que los países en desarrollo Miembros y los países menos adelantados Miembros pueden beneficiarse con las medidas de

---

31 Reunión a nivel ministerial del Comité de Contratación Pública (15/12/2011). Decisión sobre los resultados de las negociaciones celebradas de conformidad con el párrafo 7 del artículo xxiv del Acuerdo sobre contratación pública, p. 1, disponible en: <http://www.wto.org>

transición mejoradas del Acuerdo revisado". La propuesta amplía así la cobertura del tratado mediante la revisión de los anexos sobre entidades cubiertas y la ampliación de numerosos sectores estratégicos como infraestructura, transporte público, equipamiento de hospitales y muchos otros servicios públicos.

La preocupación especial en el seno de la OMC por atraer a los países en vía de desarrollo para que suscriban el acuerdo de compras públicas y el propósito de restringir proteccionismos existentes en el tratado actual generan expectativas importantes para renovar este espacio multilateral de discusión. En efecto, la participación del mayor número y variedad posible de Estados será importante para proteger mejor los intereses de los países en vía de desarrollo.

### 3. VIABILIDAD DE UN VERDADERO ESTATUTO GENERAL DE CONTRATACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA \*

El presente libro aborda el objetivo frustrado del Estatuto de Contratación Estatal de crear un estatuto universal, aplicable a todas las entidades del Estado. ALEXANDER JOJOA BOLAÑOS presenta este propósito explícito del legislador analizando la exposición de motivos del proyecto de ley que dio origen a la Ley 80 de 1993 y las bases esenciales del Estatuto, orientadas al abandono de la distinción tradicional entre contratos administrativos y contratos de derecho privado de la administración, dicotomía heredada del derecho francés, que caracterizó tradicionalmente nuestra contratación pública. Este tratamiento dual de los contratos de la administración se originaba en la necesidad de tratar de manera diferente los contratos que tienen un vínculo significativo con actividades administrativas o con servicios públicos del Estado, frente a los contratos que se desarrollan en condiciones cercanas a las de los particulares. En el primer caso, la responsabilidad del Estado sobre la actividad pública concernida exigía prerrogativas de control y orientación, tanto del contratista como del contrato mismo, lo que justificaba el régimen exorbitante del contrato administrativo, mientras que los contratos próximos a los

---

\* Prefacio al libro de ALEXANDER JOJOA BOLAÑOS, *Los regímenes exceptuados en los contratos estatales*, Ibáñez, Bogotá, 2012.

suscritos entre particulares no justificaban apartarse del régimen comercial o civil.

Al abandonar este tratamiento binario de los contratos, el legislador de 1993 recuperaba y reforzaba la base común de toda contratación de la administración, anclada a la teoría general del contrato privado, llegando incluso a afirmar el principio de la autonomía de la voluntad, emblemático para el derecho privado, pese a las dificultades conceptuales de su aplicación a la administración pública, regida por el principio constitucional de legalidad (CN, art. 122), lo que resulta distante de la amplia disponibilidad de los intereses particulares, que caracteriza a la autonomía de la voluntad.

En concordancia con esta concepción, el legislador de 1993 creó la nueva categoría de contratos estatales. El cambio fue trascendente, por cuanto la calificación de una sola categoría de contratos de la administración impide asimilar el contrato estatal al tradicional contrato administrativo. Mientras este se caracteriza por un régimen de derecho administrativo, en particular por la inclusión implícita de cláusulas exorbitantes, como lo prescribía el antiguo Estatuto contractual (Dcto. 222/83, art. 18), el contrato estatal permite la inclusión o no de estas cláusulas, dependiendo, ya no de la calificación misma del contrato, sino del vínculo del objeto con una obra o servicio público, o bien con la explotación de un bien o monopolio público (Ley 80/93, art. 14.2). La nueva categoría permitía así enunciar un régimen jurídico mixto, comercial y administrativo, que hacía posible dosificar la mayor o menor incidencia de uno y otro, según el objeto contractual, admitiendo que la misma categoría genérica de contrato estatal podía albergar tanto el contrato comercial de una empresa industrial y comercial del Estado como, en el otro extremo, el contrato de concesión de un servicio público, marcadamente administrativo.

La identidad entre contrato administrativo y régimen exorbitante dejaba así de existir en nuestro sistema jurídico, abriendo paso a una concepción genérica del contrato es-



tatal, en la que, pese a una base mínima común de derecho público, era posible encontrar un régimen jurídico de marcado carácter comercial. Las finalidades de interés general y protección del contratista colaborador de la administración, comunes a todo contrato estatal (art. 3.º), así como los principios y reglas básicas aplicables a toda actuación de cualquier administración, permitían limitar, orientar y dar sentido al ambiente de autonomía y libertad contractual que caracteriza el régimen contractual, y que se concreta en la autonomía frente a la tipología contractual (art. 32), así como en el contenido flexible del contrato (art. 40).

Como lo expondrá en este libro ALEXANDER JOJOA BOLAÑOS, existía así una verdadera pretensión de universalidad del Estatuto, anunciada desde su mismo nombre: “Estatuto general de la contratación de administración pública”, ratificada por su carácter eminentemente orgánico, al prescribir, desde el primer artículo, que su objeto es “disponer las reglas y principios que rigen los contratos de las entidades estatales”, y definir estas últimas con la extensa enumeración del artículo 2.º.

El autor expondrá cómo las múltiples excepciones hacen ilusoria esta pretensión universal del estatuto de contratación de 1993, analizándolas críticamente. De manera más general, podemos preguntarnos si la intención de aplicar el derecho privado, consignada en muchas de estas excepciones, no se podía conseguir dentro del mismo Estatuto General de Contratación, como parece haberlo concebido la Constitución.

## I. INUTILIDAD DE LOS REGÍMENES ESPECIALES DE DERECHO PRIVADO

La necesidad de aplicar el derecho privado ha estado en el origen de buena parte de las excepciones al Estatuto General de Contratación. Así, poco antes de la Ley 80/93, el legislador ordenó la aplicación del derecho privado para los contratos del Banco de la República (Ley 31/93, art. 52)

y de las universidades públicas (Ley 30/93, art. 93). Un tiempo atrás había hecho lo mismo en el sector de ciencia y tecnología (Dcto. 393/91, art. 5.º), así como en los contratos suscritos con las entidades sin ánimo de lucro, previstos por el artículo 355 de la Constitución (Dcto. 777/92, art. 1.º), tratamiento de derecho privado que sería extendido más tarde a las asociaciones con particulares, para el desarrollo conjunto de actividades estatales (Ley 489/98, art. 96), y a las asociaciones entre entidades públicas, para cooperar en el cumplimiento de sus funciones o para prestar conjuntamente servicios a su cargo (Ley 489/98, art. 95).

Poco después de la vigencia del Estatuto General de Contratación, la apertura a la competencia en los servicios públicos domiciliarios justificó la aplicación del régimen de derecho privado (Ley 142/94, arts. 31 y 32), así como también sucedió en el sector eléctrico (Ley 143/94, art. 8.º) y con ocasión de la apertura del sector salud, respecto de los hospitales públicos (Ley 100/93, art. 195.6). Incluso el mismo legislador de 1993 sería consciente de la necesidad de regímenes privados para ciertas actividades marcadamente comerciales de entidades públicas, como las realizadas por sus empresas del sector financiero y asegurador, excluidas del Estatuto contractual por la misma Ley 80 de 1993 (art. 32, par. 1.º).

La conveniencia del derecho privado se imponía así en las actividades que se encuentran en competencia con el sector privado, o bien en las actividades que requieren flexibilidad en su gestión, como las de ciencia y tecnología y las tareas públicas o de interés general, adelantadas en asocio con los particulares o entre entidades públicas.

Pero, en realidad, en uno y otro caso, el contrato estatal, tal y como lo concibió el legislador de 1993, no era incompatible para lograr estos fines. Por el contrario, la afirmación del derecho privado tiene efectos perversos, por cuanto auspicia la idea de una libertad absoluta en la contratación y fomenta la errada utilización de la contratación con fines

personales, distantes de los objetivos de interés general, que deben orientar toda gestión contractual de la administración pública, cualquiera que sea su régimen jurídico.

Como lo hemos expuesto, el abandono de la dualidad en los contratos de la administración impide hoy, en nuestro régimen jurídico, identificar el contrato estatal con un régimen exorbitante. Contrario a lo que afirman algunos de nuestros autores más destacados<sup>1</sup>, el contrato estatal no se identifica con el contrato administrativo clásico. La posible ausencia de cláusulas exorbitantes, el principio de autonomía de la voluntad que los rige, así como el régimen jurídico mixto, características todas establecidas por el legislador de manera expresa para los contratos estatales, impiden esta identificación. El contrato estatal admite así un régimen de ejecución sin cláusulas exorbitantes, propio del régimen comercial. Por ello, siempre en la lógica original de la Ley 80/93, los contratos de las empresas industriales y comerciales del Estado quedaron sometidos al Estatuto General de Contratación. Su régimen reforzadamente comercial era enteramente compatible con el Estatuto y la necesidad de una contratación ágil y dinámica, propia de una actividad industrial y comercial en competencia, estaba asegurada con el régimen de contratación directa previsto para ellos.

Este ejemplo de contrato estatal permite así desvirtuar dos ideas erradas frente al alcance del régimen privado aplicable a los contratos de entidades públicas.

---

1 LIBARDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, *Derecho administrativo. General y colombiano*, 12.<sup>a</sup> ed., Temis, Bogotá, 2008, num. 525, p. 419; JAIME VIDAL PERDOMO, *Derecho administrativo*, 11.<sup>a</sup> ed. Temis, Bogotá, p. 211.

## A. Las cláusulas exorbitantes no son características del contrato estatal

La primera, ya se ha enunciado, es la ausencia de identificación entre cláusulas exorbitantes y contratación estatal. Pero, además, esta idea errada tiene otra manifestación, igualmente distante de la realidad jurídica, esto es, la caracterización misma de las cláusulas exorbitantes. En efecto, el Consejo de Estado ha identificado tradicionalmente las cláusulas exorbitantes como aquellas que resultan imposibles en el derecho privado, por cuanto otorgan a una de las partes la prerrogativa de definir unilateralmente una situación jurídica con efectos para la otra, como sería declarar un incumplimiento o variar las condiciones contractuales pactadas, lo que estaría proscrito en el derecho privado<sup>2</sup>. Esta idea, que hemos criticado hace tiempo<sup>3</sup>, tiene cada día menos fundamento entre los privatistas. Los ejemplos de poderes unilaterales de una de las partes son frecuentes en el derecho privado, y la literatura, cada vez más abundante<sup>4</sup>, es refrendada por sentencias de la Corte Suprema de

2 CE, sec. III, sents. 21/10/94, exp. 9288; 26/03/98, exp. 14000; 20/10/05, exp. 14579; 07/10/09, exp. 18496; 07/10/09, exp. 17936.

3 JOSÉ LUIS BENAVIDES, *El contrato estatal. Entre el derecho público y el derecho privado*, 2.<sup>a</sup> ed., Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2004, pp. 355 y ss.

4 SOL MENA (dir.), *Contratación mercantil y bancaria*, El Derecho y Quantor, Madrid, 2010; LUIS FELIPE BOTERO ARISTIZÁBAL, “Apuntes sobre la terminación unilateral de los contratos en derecho privado colombiano”, en *La terminación del contrato*, JOSÉ ALBERTO GAITÁN MARTÍNEZ Y FABRICIO MANTILLA ESPINOZA (dirs.), Universidad del Rosario, Bogotá, 2007, pp. 365-390; LAURA GÁZQUEZ SERRANO, *El contrato de mediación o corretaje*, La Ley, Madrid, 2007; CALIXTO DÍAZ-REGAÑÓN, *La resolución unilateral del contrato de servicios*, Comares, Granada 2001; JOSÉ LUIS GIL Y GIL, *La autotutela privada y el poder disciplinario en la empresa*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1994; UNAI ESQIBEL MUÑOZ, *Las denominadas cláusulas de rescisión del contrato de los deportistas profesionales*, Dykinson, Madrid, 2005; BORIS KOZOLCHYK, *La contratación comercial en el derecho comparado*, EDICIP, Madrid, 2006; ASOCIACIÓN CAPITANT JORNADAS COLOMBIANAS, *El contrato. Problemas actuales, evolución, cambios*, Universidad Externado, Bogotá, 2007; ERNESTO RENGIFO, “La terminación y la resolución unilateral del contrato”, en *Estudios de derecho privado. Libro homenaje a César Gómez Estrada*, t. II, Universidad del Rosario,

Justicia que han considerado lícita la imposición unilateral de una multa en un contrato de suministro comercial<sup>5</sup>, así como la terminación unilateral por incumplimiento<sup>6</sup>. La Corte realiza en esta última sentencia un recuento de los numerosos eventos de terminación unilateral previstos por la legislación privada, y resalta la licitud del pacto en tal sentido, fruto de la autonomía de la voluntad.

Estas observaciones son significativas, en la medida en que el régimen de cláusulas excepcionales de la Ley 80/93 no debe aplicarse a los contratos estatales de marcado carácter comercial, y en cuanto a otras cláusulas, como las multas, la resolución unilateral por incumplimiento e incluso la modificación unilateral, son moneda corriente en el tráfico jurídico comercial contemporáneo. Afirmar la justificación del régimen privado de los contratos en la necesidad de excluir las prerrogativas exorbitantes no tiene entonces fundamento real.

Quedarían pendientes otras prerrogativas públicas, consignadas en el Estatuto contractual, no calificadas de cláusulas excepcionales por el artículo 14 de la Ley 80/93 y frente a las cuales la jurisprudencia del Consejo de Estado ha sido heterogénea, entendiéndose en ocasiones que hacen parte de la categoría excepcional<sup>7</sup> y en otras que no toda prerrogativa exorbitante es una cláusula excepcional<sup>8</sup>. En este grupo se encuentran la terminación unilateral por causa de nulidad

---

Bogotá; RANFER MOLINA MORALES, “La terminación unilateral del contrato por incumplimiento”, en *Revista de Derecho Privado*, Universidad Externado de Colombia, 2009, pp. 77-105; CARLOS PIZARRO WILSON, “La excepción por incumplimiento contractual en el derecho civil chileno”, en *Estudios de derecho civil. Jornadas nacionales de derecho civil*, Valdivia, Lexis Nexis, 2005; CARLOS PIZARRO WILSON, “¿Puede el acreedor poner término unilateral al contrato?”, en *Ius et Praxis*, 2007, vol. 13, n.º 1, pp. 11-28, on line, consultado el 24/1/2012.

5 CSJ, cas. civ., sent. 16/09/05, exp. C-5400131030042000-00125-01.

6 CSJ, cas. civ., sent. 30/08/11, exp. 11001-3103-012-1999-01957-01.

7 CE, sec. III, sents. 10/06/10, exp. 36252, y 24/01/11, exp. 15940.

8 CE, sec. III, sents. 30/03/06, exp. 30832, 25/02/09, exp. 15797, y 07/10/09, exp. 18496.

del contrato (art. 45), la liquidación unilateral (art. 61) y la declaratoria unilateral de ocurrencia del siniestro amparado, para hacer efectivas las garantías contractuales (Ley 1150/07, art. 7). La evolución del derecho privado y la amplitud de la autonomía de la voluntad no aseguran que estos poderes, pactados en un contrato privado entre particulares, serían declarados ilícitos por la jurisdicción ordinaria.

Como puede apreciarse, la lógica y la regulación de las cláusulas excepcionales por parte del Estatuto General de Contratación permitían, sin problema, excluirlas de los contratos marcadamente comerciales, como los de las empresas industriales y comerciales del Estado, tal como lo consagró el artículo 14.2 de la Ley 80/93.

## **B. El régimen del contrato no determina el de su contratación**

La segunda idea errada es la justificación de un régimen de derecho privado para otorgar flexibilidad a la contratación de las entidades públicas, concepción que también carece de fundamento, por cuanto el régimen jurídico de los contratos es distinto del régimen de los procedimientos para su conclusión.

Con frecuencia se afirma que la situación de competencia con los privados, en que se encuentran ciertas actividades de la administración, es incompatible con el régimen de contratación estatal. Las empresas públicas deben tener un ambiente de flexibilidad en su contratación, propio del derecho privado y distante del régimen reglado público. Pero, se olvida con esta afirmación que los procesos de contratación estatal admiten la contratación directa. Los procesos de contratación no determinan el régimen jurídico del contrato, ni viceversa, como se aprecia en el contrato administrativo francés, que tanta influencia tuvo tradicionalmente entre nosotros.

En efecto, el contrato administrativo por excelencia, el tipo contractual en torno al que se creó la teoría general

del contrato administrativo, fue la concesión, contrato que tradicionalmente se suscribía en Francia de la manera más directa imaginable, a través del llamado *gré à gré*, que consiste en la negociación directa del contenido del contrato con el candidato escogido libremente por la administración, sin ningún llamado público<sup>9</sup>. Tan solo en 1993, el sistema jurídico francés introdujo publicidad en el proceso de selección de los concesionarios, a través de la publicación del anuncio del proceso contractual, sin que ello eliminara la negociación directa con los candidatos seleccionados<sup>10</sup>. Por su parte, la Unión Europea se ha ocupado tardíamente de la reglamentación de los procedimientos de selección de contratistas para la concesión, limitándola además a la concesión de obra pública<sup>11</sup>. Las directivas comunitarias establecen un procedimiento de “diálogo competitivo”, que permite la participación de los candidatos en la definición y desarrollo de las soluciones técnicas y económicas del proyecto, dejando a las entidades contratantes un margen de negociación con los candidatos para escoger al adjudicatario<sup>12</sup>.

Se puede apreciar así que el contrato administrativo no está ligado necesariamente a un procedimiento licitatorio ni reglado.

En sentido inverso, un procedimiento de contratación reglado, marcadamente administrativo, puede llevar a la conclusión de un contrato de derecho privado de la administración. Una vez más, el derecho francés nos ilustra la distinción entre el régimen del proceso de contratación y el régimen del contrato. El Código de las compras públicas, que regula los procedimientos de selección para los contratos de

---

9 ANDRÉ DE LAUBADÈRE, FRANCK MODERNE y PIERRE DELVOLVÉ, *Traité des contrats administratifs*, LGDJ, Paris, 1983, t. 1, p. 655.

10 Ley del 29 de enero de 1993.

11 Regida hoy por la Directiva 2004/18/CE.

12 Dir. 2004/18/CE, art. 29.

adquisición de obras, bienes y servicios, esto es, los contratos que implican la remuneración del contratista mediante el pago con recursos del presupuesto, permitía la conclusión de un contrato de derecho privado. El Código definía las compras públicas como los contratos sujetos al régimen del mismo Código<sup>13</sup> pero, como este no se ocupa del régimen jurídico del contrato, fue posible concluir una compra pública (sujeta al código) de derecho privado<sup>14</sup>. Además, el derecho francés, como aquellos que han estado sujetos a su influencia, como el español y el argentino, definen el régimen jurídico del contrato a través de criterios que conciernen a su ejecución (y no al procedimiento de selección del contratista), ya sea por el vínculo estrecho del objeto contractual con un servicio público o por la presencia de cláusulas exorbitantes. Entre nosotros, los procedimientos de contratación más o menos complejos que han desarrollado las empresas de servicios públicos domiciliarios, las universidades y los hospitales públicos ratifican que un procedimiento reglado de selección de contratistas puede concluir con la suscripción de un contrato de derecho privado.

En estas condiciones se impone concluir que existe una tajante separación entre el régimen jurídico de la selección del contratista y el régimen jurídico del contrato concluido. En igual sentido, las reglas establecidas por las directivas europeas, al igual que el acuerdo multilateral para las compras públicas, liderado por la Organización Mundial de Comercio (OMC)<sup>15</sup>, las *Guidelines* de la banca multilateral,

---

13 "Las compras públicas son los contratos suscritos en las condiciones previstas en el presente código, por las entidades públicas, con el objeto de la adquisición de obras, suministros y servicios" (art. 1.º C. de Compras Públicas de 1964).

14 Tan solo la Ley del 11 de diciembre de 2001, llamada MURCEF, calificó como administrativas las compras públicas. Art. 2.º: "... las compras suscritas en aplicación del Código de Compras Públicas tienen el carácter de contratos administrativos".

15 El acuerdo, negociado durante la Ronda de Uruguay en 1994, entró en vigor el 1.º de enero de 1996.



como los procedimientos de contratación del Banco Mundial o del Banco Interamericano de Desarrollo, así como los capítulos de compras públicas de los Tratados de Libre Comercio, como el finalmente concluido por Colombia con Estados Unidos, establecen, todos, reglas de selección de contratistas, sin referirse al régimen jurídico de los contratos concluidos. Finalmente, también es ilustrativo recordar que los contratos de la administración federal de Estados Unidos, regidos por el *common law*, son fruto de un procedimiento reglado por el *Federal Acquisition Regulation* (FAR), manual de contratación pública que comprende detalladas guías en más de 2.000 páginas<sup>16</sup>. La libertad contractual plena, atribuida usualmente a la contratación norteamericana, está así lejos de ser una realidad.

Pero, además, la aplicación del régimen privado a las empresas públicas tiene, en el derecho comparado, un origen y alcance bien distinto del que tiene entre nosotros. Esta particularidad está bien presente en las directivas europeas sobre compras públicas, que tienen por objeto evitar toda política proteccionista de los Estados miembros, con relación a las empresas nacionales<sup>17</sup>.

### **C. El régimen de derecho privado protege la competencia y no la administración**

El peso de las compras públicas en la construcción del mercado común incitó la adopción de las directivas para impedir que las decisiones de las entidades públicas contratantes estén inspiradas en razones y principios distintos de los estrictamente económicos, que puedan afectar la libre competencia. En la medida en que las entidades públicas

---

16 [www.acquisition.gov/far](http://www.acquisition.gov/far)

17 JORGE GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ, *Derecho administrativo en la contratación entre privados*, Marcial Pons, Madrid, 2005.

administrativas tienen un funcionamiento asegurado por recursos presupuestales públicos, ajenos a las dinámicas económicas competitivas, la escogencia de sus contratistas está igualmente por fuera de la lógica del mercado. La escogencia de un buen o mal contratista no tiene efectos sobre la supervivencia financiera de la entidad pública, asegurada por los recursos presupuestales que le son asignados por ley. Sin duda, escoger un mal contratista afecta las finanzas públicas, por los problemas de una mala ejecución del contrato, así como la moralidad pública, por el hecho de no seleccionar un buen colaborador de la administración que permita el logro de los fines públicos. Pero ello no pone en peligro la supervivencia financiera de la institución, como sí puede ocurrir con una empresa privada, frente a contratos estratégicos para su actividad comercial.

Por otra parte, de manera positiva, la escogencia del contratista, e incluso la estructuración del contrato, pueden reflejar políticas macroeconómicas, destinadas a estimular determinados mercados o sectores productivos o sociales. Es así como el intervencionismo keynesiano se apoyó en la contratación pública para salir de las crisis económicas, luego de la gran depresión de los años treinta o de las guerras mundiales. De igual manera, la contratación pública puede ser factor de desarrollo de la industria nacional, como lo contempló entre nosotros la Ley 80/93 en su artículo 21, al otorgar un tratamiento preferencial a los oferentes de bienes y servicios de origen nacional<sup>18</sup>, política que dio origen a toda una ley destinada a “apoya[r] la industria nacional a través de la contratación pública” (Ley 816/03)<sup>19</sup>. De igual manera, la contratación pública puede constituir una política de desarrollo empresarial, como ocurre con la micro, la pequeña y la mediana empresa, que han sido

---

18 Reglamentado por el Dcto. 679/94.

19 Reglamentada por el Dcto. 2473/10.

objeto de tratamiento privilegiado a través de una creciente legislación y reglamentación que promueve y privilegia su participación en la contratación pública<sup>20</sup>.

Esta afectación de la moralidad o del patrimonio público por una mala contratación, así como la promoción de desarrollo social o económico con la contratación pública, conciernen a la *rentabilidad pública* de la gestión administrativa, que es bien distinta y ajena a la *rentabilidad económica* de una empresa privada, inmersa en un ambiente de competencia comercial. Para esta, la escogencia de un mal contratista no conlleva un problema ético sino el riesgo de afectar su supervivencia económica. La selección de sus contratistas no puede estar orientada por finalidades subjetivas, por cuanto ello afecta la competitividad de la empresa. La lógica comercial propende así hacia la escogencia de la mejor oferta del mercado.

En estas condiciones, la decisión sobre la contratación y sobre la escogencia del contratista de una empresa privada está orientada por las reglas del mercado y la lógica de la competencia. Por el contrario, la decisión contractual de una entidad pública está orientada por la *rentabilidad pública* de las políticas públicas que buscan la pulcritud del gasto público, así como el incentivo de ciertas actividades y sectores importantes para el desarrollo general de la economía de un país.

Es esta razón la que auspició que las directivas europeas reglamentaran la contratación de las entidades públicas. Ajenas a las dinámicas mercantiles, ellas podrían privilegiar a los contratistas nacionales, afectando así la libre

---

20 Ley 690/00 (mod.), por la cual se dictan disposiciones para la promoción y el desarrollo de la micro, pequeña y mediana empresa. Art. 12: promoción e incremento de participación de las Mipymes en la contratación pública. Ley 1150/07, art. 12: fomento de mecanismos de ejecución de contratos con obras, bienes, servicios y mano de obra locales o departamentales y de Mipymes. Reglamentado por el Decreto 3806/09.

competencia de empresas de otros países de la Unión. Por la misma razón, las directivas sobre las compras públicas no se aplican, en principio, a las empresas industriales y comerciales del Estado, sobre las cuales hay que dar una explicación complementaria, que refuerza la lógica de base del mecanismo.

En la regulación europea, las empresas industriales y comerciales del Estado escapan a las directivas, siempre y cuando estén plenamente inmersas en el mercado competitivo. De lo contrario deben aplicar las directivas, que les imponen reglas de publicidad y competencia abierta en los procesos contractuales, asegurando así la libre competencia de los proponentes. La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ha sido exigente al aplicar el principio e impone la aplicación de las directivas cuando encuentra que la empresa no está guiada por razones estrictamente económicas para la realización de sus compras.

Las directivas adoptan así una concepción amplia de las entidades contratantes a quienes se les aplican, definiéndolas como “poderes adjudicadores”. Esta noción está caracterizada por tres condiciones cumulativas<sup>21</sup>: 1) su personalidad jurídica; 2) que hayan sido “creadas específicamente para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil”, y 3) que sus órganos de administración, de dirección o de vigilancia estén compuestos mayoritariamente por representantes de organismos públicos, o cuando la gestión de la entidad esté sometida al control de organismos públicos.

La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ha tenido una concepción extensiva en la delimitación de la condiciones de identificación de un “poder adjudicador”, incluyendo en el campo de aplicación de las directivas a empresas que en principio escaparían

---

21 Directiva 2004/18/CE, art. 1.9.

del mismo, por su carácter industrial y comercial. Así, en la sentencia *Feria de Milán*<sup>22</sup> consideró que el *Ente autonomo Fiera internazionale di Milano* era un *poder adjudicador*, por cuanto en la organización de ferias profesionales “se puede considerar de interés general el impulso que se da a los intercambios” entre fabricantes y comerciantes, así como el abogar por que los consumidores tengan una información que les permita elegir en condiciones óptimas. En la sentencia *Korhonen*<sup>23</sup>, el Tribunal consideró que el interés que tenía un municipio en la realización de actividades inmobiliarias para la promoción de centros empresariales constituía un interés general, suficiente para calificar de *ente adjudicador* a la empresa que las realizaba. “La demandada no actúa únicamente en interés particular de las empresas directamente afectadas por dicho proyecto, sino también en interés del Ayuntamiento”. La sentencia resalta además que “la implantación de empresas en el territorio de un municipio suele repercutir favorablemente en este, en relación con la creación de empleo, el aumento de los ingresos fiscales así como la mejora de la oferta y la demanda de bienes y servicios”. Y en la sentencia *Mannesmann*<sup>24</sup>, una editorial pública fue considerada como ente adjudicador por realizar actividades de interés general. El Tribunal consideró:

... hay que observar, ante todo, que se creó la ÖS [la editorial] para asumir con carácter exclusivo la impresión de documentos administrativos oficiales de los cuales algunos tienen carácter confidencial o están sujetos al cumplimiento de normas de seguridad, como los pasaportes, los permisos de conducir y los documentos de identidad, mientras que otros están destinados a la difusión de textos legales, reglamentarios y administrativos del Estado.

---

22 10/05/01, exp. C-223/99 y C-260/99, Rec. p. I-3605.

23 22/05/03, exp. C-18/01, Rec. p. I-5351.

24 15/01/98, ref. C-44/96, Rec. p. I-73.

Con esta concepción extensiva, la jurisprudencia europea da prioridad al carácter de interés general de algunas actividades de la empresa, cuando estas son ejercidas conjuntamente con actividades netamente comerciales<sup>25</sup>. Así mismo, no califica como comerciales las actividades cuyo precio de venta está fijado reglamentariamente, como en los casos citados de la editorial pública *Mannesmann* o de la *Feria de Milán* y, en general, cuando no está sujeto a la libre competencia.

En cuanto a la condición de la estrecha influencia de una entidad pública sobre la empresa, es un criterio que permite calificar como *poder adjudicador* a una institución privada, en la medida en que lo fundamental para el Tribunal es “examinar si los diferentes controles a los que se somete a la empresa crean una dependencia de ésta con respecto a los poderes públicos, que permita a éstos influir sobre sus decisiones en materia de contratos públicos”<sup>26</sup>. La influencia económica puede establecerse, no solo por la participación en el capital social, sino también por la ayuda económica de una entidad pública, sin contraprestación. Es así como el Tribunal incluyó en la financiación pública de la Universidad de Cambridge las becas y las subvenciones públicas para fomentar la investigación. “Aun cuando el beneficiario de tal financiación no fuera la propia Universidad sino una persona que forme parte de ella como prestador de servicios [o como becario], se trataría de una financiación que beneficia al conjunto de la institución en el ámbito de sus actividades de investigación”<sup>27</sup>.

La jurisprudencia europea se orienta a evitar que los poderes adjudicadores eludan su obligación de aplicar las directivas mediante la creación de asociaciones de régimen

---

25 Caso *Gemeente Arnhem*, sent. 10/11/98, ref. C-360/96, Rec. p. I-6846.

26 Sent. *Sociedades Anónimas de Viviendas de Alquiler Moderado*, 01/02/01, ref. C-237/99, Rec. p. I-00939.

27 Sent. 03/10/00, ref. C-380/98, Rec. p. I-8035.

privado. En la medida en que la noción de “poder adjudicador” no depende del régimen jurídico de la entidad concernida sino de la presencia directa o indirecta de una persona pública<sup>28</sup>, estas asociaciones son consideradas como “poderes adjudicadores”.

La concepción europea pone de presente la relación entre el ambiente de competencia de un sector económico y las reglas de selección de los contratistas de carácter público. Como puede apreciarse en los distintos ejemplos jurisprudenciales citados de la Corte de Luxemburgo, la preocupación esencial es preservar la libre competencia del mercado comunitario. Aplicar las reglas de contratación pública a las empresas industriales y comerciales del Estado no obedece a la necesidad *de su protección*, como empresas públicas, ni desde el punto de vista de la correcta gestión del gasto público. En realidad, estos valores serían protegidos mejor por los códigos de compras públicas, que permiten la flexibilidad de la contratación directa, como hemos visto. Bien por el contrario, la concepción comunitaria busca *proteger el mercado* frente a las empresas comerciales públicas quienes, aplicando criterios de contratación distintos de los estrictamente comerciales, podrían atentar contra la libre competencia.

Esta particular preocupación es distante de nuestra dinámica nacional, referida a los contratos de entidades o empresas públicas, inmersas en un ambiente de competencia, que busca simplemente evitar procedimientos de contratación que restringirían su competitividad frente a sus concurrentes privados. Es una afirmación común el que en estos casos la rígida contratación pública constituye una desventaja competitiva frente a la contratación de los particulares del mismo sector, como lo veremos adelante en el pronunciamiento de la Corte Constitucional frente al

---

28 Sent. *Irish Forestry Board* 17/12/98, ref. C-353/96, Rec. p. I-8565.

régimen de los contratos de Ecopetrol. Pero, una vez más, el ambiente de flexibilidad en la contratación no es incompatible con la contratación estatal.

Por el contrario, la afirmación del derecho privado fomenta la idea de una contratación subjetiva, en la que la libertad contractual no está al servicio de la dinámica comercial o estratégica de la empresa o entidad pública, sino de intereses particulares de los gestores públicos, no siempre acordes con el interés general, por decir lo menos... En este sentido, el sometimiento de la contratación al régimen privado se convierte en un mecanismo para eludir la selección, orientada por los intereses de las empresas o instituciones públicas concernidas, como ocurrió con la contratación de las universidades públicas o de las cooperativas y asociaciones conformadas por entidades territoriales, o de los hospitales públicos, que protagonizan recientemente otro de los grandes escándalos de corrupción. Mediante convenios interadministrativos celebrados con entidades territoriales, estas instituciones pudieron convertirse en gestores de multimillonarios recursos para contratar obras que no estaban comprendidas en su objeto institucional y para las cuales no tenían medios directos de realización. Acudiendo a este andamiaje se recurrió a la contratación por derecho privado, con frecuentes irregularidades<sup>29</sup>.

ALEXANDER JOJOA BOLAÑOS explica en el presente libro cómo estos distintos regímenes de excepción fundamentados en la competencia de la actividad concernida no tienen justifica-

---

29 Por ello, y luego de múltiples críticas de los organismos de control, la Ley 1150/07 consignó la aplicación integral del Estatuto de contratación a las cooperativas y asociaciones de entidades territoriales (art. 10) y restringió la contratación directa entre entidades públicas, exigiendo que “las obligaciones derivadas del [contrato] tengan relación directa con el objeto de la entidad ejecutora señalada en la ley o en sus reglamentos”, estableciendo además restricciones complementarias para las universidades públicas con relación a los contratos de obra, suministro, prestación de servicios, encargos fiduciarios y fiducia pública (art. 2.4.c).



ción. En realidad habrían podido someterse a la regulación de la Ley 80/93, teniendo en cuenta los dos aspectos previstos en la ley, varias veces indicados, esto es, la ausencia de cláusulas excepcionales y la contratación directa. Ello ofrecería un régimen de flexibilidad a la contratación de estas empresas o instituciones, recordando, al mismo tiempo, que el origen público de sus recursos hace que nunca pueda aplicarse plena y absolutamente el derecho privado, tal como es aplicado por una empresa enteramente privada.

#### **D. Restricciones jurisprudencial y normativa a la aplicación del derecho privado**

Las características anotadas han sido afirmadas en múltiples ocasiones por la jurisprudencia administrativa y el derecho positivo las ha ido reforzando.

La Ley 1118/06, que abrió el capital de Ecopetrol a la participación privada, estableció un régimen de contratación que “se regirá *exclusivamente por las reglas de derecho privado*”, incluso “sin atender el porcentaje del aporte estatal dentro del capital social de la empresa” (art. 6.º). La Corte Constitucional encontró justificado este régimen, que “obedece a la necesidad de dotar a tales entidades de la versatilidad y capacidad de acción inmediata que les permita competir en igualdad de condiciones con las entidades del sector privado”<sup>30</sup>. Sin embargo, ello no le impidió resaltar que el régimen privado nunca es enteramente privado. Contrario a lo afirmado por el demandante, para la Corte, el régimen privado aplicable no significa que la empresa pueda actuar a espaldas de la imparcialidad, las finalidades y la moralidad públicas que caracterizan a la gestión pública.

---

30 Sent. C-722/07.

En efecto, si bien sus actos jurídicos, contratos y actuaciones necesarias para administrar y desarrollar su objeto social, se regirán por las reglas del derecho privado, ello no obsta para que quede sometida a las disposiciones constitucionales que establecen el control fiscal respectivo (art. 267) y a las normas de la Contaduría General de la Nación (art. 354); a las normas constitucionales que consagran inhabilidades e incompatibilidades (art. 180-3, art. 292, art. 323); al control político que corresponde a las cámaras (art. 208); a la delegación de funciones que el Presidente de la República podrá hacer en los representantes legales de entidades descentralizadas (art. 211); a atender los informes que soliciten las asambleas departamentales por medio de ordenanzas, sobre el ejercicio de sus funciones a los directores de institutos descentralizados del orden departamental (art. 300-11), entre otros.

Por ello concluye la Corte:

... no resulta contrario a la Constitución que el legislador establezca que los procesos de contratación que se dan en determinadas áreas específicas, tales como las de exploración y explotación de los recursos naturales renovables y no renovables, se adelanten por las reglas del derecho privado, sin que, de otra parte, ello signifique que no hayan de tenerse en cuenta en dichos procesos tanto el deber de selección objetiva como los principios de transparencia, economía y responsabilidad establecidos en la Ley 80 de 1993.

La aplicación particular del derecho privado es especialmente relevante en esta sentencia, por referirse a una norma que insistió en la aplicación del derecho privado puro, excluyente, en principio, de la Ley 80/93. El máximo juez constitucional seguía en este tema la línea trazada por el Consejo de Estado quien, como se aprecia en el desarrollo del libro del ALEXANDER JOJOA BOLAÑOS, había ya recuperado el terreno del derecho administrativo en múltiples contratos para los que el legislador prescribió la aplicación del derecho privado.

Así, el régimen de los contratos de condiciones uniformes de las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios (Ley 142/94, art. 128) había sido recalificado de mixto, en consideración al vínculo indisoluble con el servicio público, cuando la ley establece que los contratos de estas empresas se rigen “exclusivamente” por las reglas del derecho privado (art. 32) y cuando el artículo 132 de la ley prescribe que estos contratos se rigen “por lo dispuesto en esta Ley, por las condiciones especiales que se pacten con los usuarios, por las condiciones uniformes que señalen las empresas de servicios públicos, y por las normas del Código de Comercio y del Código Civil”<sup>31</sup>.

Por su parte, la Sala de Consulta y Servicio Civil consideró que la aplicación del régimen privado, previsto por el legislador para la contratación de los hospitales públicos<sup>32</sup>, no impedía la aplicación del régimen de inhabilidades e incompatibilidades previsto por la Ley 80/93, así como la tipología contractual, expresamente prevista por este Estatuto<sup>33</sup>. La afirmación resultaba particularmente paradójica, por cuanto el legislador quiso separarse del Estatuto de contratación al afirmar la aplicación del derecho privado. En realidad, más allá de la coherencia dogmática normativa, el Consejo de Estado consideraba implícitamente que el régimen privado aplicable a un hospital público no podía conllevar una contratación subjetiva, en contra de las reglas esenciales de imparcialidad, como son las del régimen de inhabilidades e incompatibilidades. Igualmente, frente a los contratos de prestación de servicios, por los que le

---

31 CE, Sala Plena, auto 23/09/97, exp. S-701.

32 Ley 100/93, art. 195: “*Régimen jurídico*. Las Empresas Sociales de Salud se someterán al siguiente régimen jurídico: [...] 6. En materia contractual se regirán por el derecho privado, pero podrán discrecionalmente utilizar las cláusulas exorbitantes previstas en el estatuto general de contratación de la administración pública”.

33 CE, Sala de Consulta y Servicio Civil, conc. 20/08/89, exp. 1127.

preguntaba el Gobierno nacional en la consulta, era difícil considerar que la aplicación del derecho privado conllevaba la aplicación de los contratos de arrendamiento de servicios del Código Civil, dejando de lado la jurisprudencia administrativa y constitucional que limita y enmarca el abuso de estos contratos en la instauración de nóminas paralelas.

En esta misma fecha, la sección III del Consejo de Estado se pronunciaba sobre los contratos de las universidades públicas, también regidos por el derecho privado, por disposición del legislador<sup>34</sup>, para resaltar el carácter universal buscado por la Ley 80/93, bajo la noción del contrato estatal, fundada a la vez sobre principios generales administrativos y la autonomía de la voluntad, en torno a un régimen jurídico mixto, de tal suerte que los contratos regidos por el derecho privado no escapaban integralmente al Estatuto:

... la aplicación del régimen jurídico proveniente del derecho privado a un contrato celebrado por una entidad estatal, no tiene la virtualidad de modificar la naturaleza pública del contrato, puesto que ésta se define desde el punto de vista orgánico (entidad contratante) o funcional (materialidad del negocio jurídico bilateral)<sup>35</sup>.

Y, por esta vía, consideró que “el juez a quien compete conocer de sus controversias es el juez administrativo, en razón de que su celebración y ejecución constituye una actividad reglada, es decir, es el ejercicio pleno de una función administrativa, de conformidad con el art. 82 del CCA”, que establecía un criterio material de jurisdicción.

---

34 Ley 30/92, art. 93: “Salvo las excepciones consagradas en la presente ley, los contratos que para el cumplimiento de sus funciones celebren las universidades estatales u oficiales, se regirán por las normas del derecho privado y sus efectos estarán sujetos a las normas civiles y comerciales, según la naturaleza de los contratos”.

35 CE, sec. III, auto 20/08/98, exp. 14202.

El Consejo de Estado concluía así que el conjunto de los contratos de la administración podía dividirse en dos grandes grupos, los contratos estatales propiamente dichos, regidos integralmente por la Ley 80/93, y los contratos estatales especiales, regidos por disposiciones particulares o por el derecho privado. Con ello, estableció un doble factor de atracción hacia el derecho administrativo: por una parte, la aplicación del derecho privado no se opone a considerar genéricamente que el contrato es estatal y, por otra, las controversias sobre actuaciones de las entidades públicas solo podrán escapar a la jurisdicción administrativa cuando, “por disposición legal[,] estén sujetas a regímenes especiales y atribuidas a otra jurisdicción, como por ejemplo, a la ordinaria o a la justicia arbitral”<sup>36</sup>.

Con la reforma del Código Contencioso Administrativo, introducida por la Ley 446/98, el Consejo de Estado puso de presente la modificación al artículo 132 del Código, que estableció la competencia de la jurisdicción administrativa frente a “los contratos celebrados por entidades prestadoras de servicios públicos domiciliarios, cuando su finalidad esté vinculada directamente a la prestación del servicio”. Además, consideró que, aunque el contrato fuese de derecho privado, la inclusión de cláusulas exorbitantes otorgaba competencia a la jurisdicción administrativa, no solo sobre los conflictos originados en la aplicación de la cláusula, como lo establecía el artículo 31 original de la Ley 142/94, sino también sobre todo el contrato<sup>37</sup>, e incluso sobre el procedimiento previo al contrato, como en el caso que juzgaba, en el que se demandaba

---

36 *Ibíd.* En igual sentido, con relación al contrato de un hospital, sec. III, sent. 14/04/05, exp. 24901.

37 Extensión que había realizado ya el Consejo de Estado en el auto de Sala Plena del 23/09/97, exp. S-701, cit., así como en sec. II, sent. 26/03/98, exp. 14.000. El artículo 3.º de la Ley 689/01 modificó el artículo 31 de la Ley 142/94, extendiendo la competencia de la jurisdicción administrativa a todo el contrato, en razón de la inclusión de las cláusulas exorbitantes, en armonía con esta jurisprudencia.

la adjudicación<sup>38</sup>. En otra oportunidad, también ampliaría la competencia a la aprobación de las conciliaciones en diferendos derivados de contratos con cláusulas exorbitantes<sup>39</sup>.

Esta visión sería luego ratificada, al extender aún más la jurisdicción administrativa, en el caso de un contrato de suministro de energía eléctrica, suscrito entre una empresa de servicio público domiciliario y Termorío, empresa generadora de energía. Pese a que las dos empresas estaban regidas por el derecho privado (Ley 142/94, arts. 31 y 32; Ley 143/94, art. 8°) y sin analizar el vínculo directo con el servicio público, reseñado antes, el Consejo de Estado consideró, de manera genérica, que el contrato “debe ser controlado por la jurisdicción de lo contencioso administrativo[,] como jurisdicción especializada para dirimir las controversias en que sea parte o tenga un interés directo la administración (art. 82 CCA), en la medida en que las exigencias del interés público así lo demanden”<sup>40</sup>.

El alto tribunal también utilizó esta formulación genérica con relación a los hospitales públicos, cuyos contratos están igualmente regidos por el derecho civil, como hemos visto, al afirmar que la jurisdicción administrativa “es la competente para dirimir las controversias en que sea parte o tenga un interés directo la administración, sin que para ello obste que el régimen aplicable sea especializado o particular (art. 82 CCA)”<sup>41</sup>.

Mediante la calificación de contratos estatales genéricos, el Consejo de Estado fue extendiendo condiciones propias de los contratos estatales regidos por la Ley 80/93 a contratos de derecho privado, que en principio escapan a su regulación. Al régimen de inhabilidades e incompatibilidades y a la

---

38 CE, sec. III, sent. 12/08/99, exp. 16446.

39 CC, sec. III, sent. 23/05/02, exp. 21032.

40 CE, sec. III, sent. 08/02/01, exp. 16661.

41 CE sec. III, auto 19/04/01, exp. 18409. En igual sentido, sent. 14/04/05, exp. 24901.

tipología contractual del Estatuto de contratación, reseñados antes, adicionó después la posibilidad de liquidaciones unilaterales de contratos de universidades públicas, dando una interpretación flexible a esta prerrogativa exorbitante, prevista por el artículo 61 del Estatuto<sup>42</sup>. En otra ocasión, consideró que el contrato de sociedad para constituir una empresa de servicios públicos domiciliarios es un contrato estatal, cuando interviene una entidad pública, pese a que la sociedad creada se rige por el Código de Comercio (Ley 142/94, art. 19)<sup>43</sup>.

Sin lugar a dudas, el derecho privado aplicado por la jurisdicción administrativa a las entidades públicas no es el mismo que podría aplicar un juez ordinario a un contrato de una empresa privada. El Consejo de Estado ha afirmado incluso “que no existen en estricto sentido contratos celebrados por la Administración Pública que se rijan totalmente por el derecho privado”, luego de exponer las siguientes consideraciones:

... cuando la Administración Pública celebra contratos a los cuales se aplican preponderantemente aquellas reglas que son propias de los contratos que celebran los particulares, no puede afirmarse que tales contratos sean en estricto sentido contratos de derecho privado, es decir, iguales a los que celebran los particulares entre sí, pues, el hecho de que sean celebrados por una entidad pública conlleva, necesariamente, la aplicación de una serie de reglas propias del derecho público, tales como las relativas a la competencia<sup>44</sup>, las que determinan la formación de la voluntad y aquellas que regulan la forma,

---

42 CE sec. III, sent. 04/07/02, exp. 19333

43 CE, sec. III, sent. 14/04/05, exp. 25489.

44 Nota original de la sentencia: “A la competencia se ha referido esta Corporación en los siguientes términos:

“[...] conforme a lo dispuesto en los artículos 6.º, 121 y 122 de la Constitución Política, las actuaciones del Estado se rigen por el principio de legalidad, según el cual, los servidores públicos sólo pueden ejercer las funciones asignadas específicamente en la Constitución y en la ley y, en consecuencia,

entre otras; entonces, se puede afirmar que tales contratos son fundamentalmente actos jurídicos mixtos que estarían regidos de un lado por el derecho público (competencia, voluntad y forma) y, de otro lado, por el derecho privado (efectos de las obligaciones, consentimiento, objeto), lo cual también puede afirmarse de los llamados contratos administrativos<sup>45-46</sup>.

El derecho positivo consagró esta realidad, cuando estableció en el artículo 13 de la Ley 1150/07 que todo contrato de la administración, así no esté regido por el Estatuto contractual de la Ley 80/93, debe respetar unos mínimos de derecho público que siempre se imponen, por la presencia de una entidad pública<sup>47</sup>.

---

son responsables, entre otras razones, por infringir tales disposiciones y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones.

“Dicho principio, regulador de la organización estatal y garantía de control del poder público, implica que las competencias que cada funcionario detenta le hayan sido asignadas previamente a su ejercicio por la misma Constitución, por la ley o el reglamento y defiende al ciudadano contra los abusos del poder del Estado, para establecer así condiciones igualitarias y equitativas entre éste y los particulares, salvo en lo que de manera excepcional y con el fin de garantizar el orden público y la prevalencia misma de los intereses de los asociados, la Constitución o la ley facultan en sentido contrario’ (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sent. del 20 octubre de 2005, rad. 14.579, C.P.: GERMÁN RODRÍGUEZ VILLAMIZAR)”.

45 Nota original de la sentencia: “Los profesores GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ anotaron sobre este tema:

“El régimen jurídico de los contratos administrativos no es, por tanto, unitario y puro, sino variable y mixto, apareciendo siempre mezclados en distintas proporciones el Derecho Administrativo y el Derecho Privado.

“Algo parecido ocurre con la regulación de fondo de los contratos privados de la Administración, en los que, al amparo de la libertad de pactos que reconoce el artículo 4 de la Ley, puede la Administración incluir las cláusulas que estime convenientes a los fines administrativos a los que el contrato sirva en cada caso’ (TOMÁS RAMÓN FERNÁNDEZ y EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA. Curso de Derecho Administrativo. Madrid: Editorial Civitas. 1995. Pág. 675)”.

46 CE, sec. III, sent. 09/10/03, exp. 13.412. Noción ratificada por sent. 23/04/09, exp. 16372.

47 Art. 13: “Principios generales de la actividad contractual para entidades no sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. Las entidades



De hecho, basta con revisar los distintos reglamentos adoptados por las entidades y empresas regidas por el derecho privado, como las universidades y hospitales públicos, las empresas de servicios públicos domiciliarios o las empresas industriales y comerciales del Estado, para constatar la profunda influencia, cuando no la copia, de las normas del Estatuto General de la Ley 80/93, mucho más allá de la inspiración en sus principios.

La dinámica jurisprudencial de atracción hacia la jurisdicción administrativa, y de refuerzo del derecho público aplicado a los contratos para los que el legislador previó el régimen de derecho privado, generó conflictos de competencia por las diferencias conceptuales entre el Consejo de Estado y el Consejo Superior de la Judicatura. Además, aunque en las sentencias antes relacionadas el Consejo de Estado acude a una noción genérica de la función administrativa para atraer los contratos de régimen privado a la jurisdicción administrativa, asimilando funciones administrativas a las funciones prestadas por las entidades públicas, en algunas ocasiones recordó la caracterización particular de la función administrativa de la Corte Constitucional, que la restringe a las actuaciones que conllevan ejercicio de prerrogativas de poder público<sup>48</sup>.

Estos conflictos jurisdiccionales llevarían a la reforma del artículo 82 CCA por la Ley 1107/06, que define el objeto de la jurisdicción administrativa con un criterio eminentemente

---

estatales que por disposición legal cuenten con un régimen contractual excepcional al del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, aplicarán en desarrollo de su actividad contractual, acorde con su régimen legal especial, los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal de que tratan los artículos 209 y 267 de la Constitución Política, respectivamente según sea el caso y estarán sometidas al régimen de inhabilidades e incompatibilidades previsto legalmente para la contratación estatal”.

48 CC, sent. C-037/03; CE, sec. III, sent. 03/03/05, exp. 15322 (sobre el contrato para la participación de un municipio en una empresa de servicios públicos domiciliarios).

orgánico. La evolución de esta norma ilustra el ensanchamiento de la competencia de la jurisdicción administrativa.

Recordemos que el artículo original del Código de 1984 contempló el objeto de la jurisdicción para “juzgar las controversias originadas en actos y hechos administrativos de las entidades públicas, y de las privadas cuando cumplan funciones públicas”. Luego, el Decreto 2304/89 cambió la expresión del texto por “las controversias y litigios administrativos originados en la actividad de las entidades públicas” (art. 12), lo que ponía un acento en la actividad de todas las entidades, por encima de su carácter administrativo. La redacción fue conservada por el legislador de 1998, quien reforzó indirectamente el carácter orgánico, al ampliar la competencia sobre los particulares cuando desempeñen funciones “propias de los distintos órganos del Estado” (Ley 446/98, art. 30). Finalmente, el criterio enteramente orgánico quedaba instaurado con la modificación introducida por la Ley 1107/06, en la medida en que suprimió la mención a los litigios administrativos, dejando tan solo su origen en “la actividad de las entidades públicas incluidas las sociedades de economía mixta con capital público superior al 50%” (art. 1.º).

El nuevo Código<sup>49</sup> vuelve, en principio, a un criterio material, cercano a la redacción original del Código de 1984, aunque introduce expresiones que sin duda generarán problemas de interpretación.

En primer lugar, las controversias y litigios objeto de la jurisdicción no son los “actos y hechos *administrativos* de las entidades públicas” de 1984, sino los “actos, contratos, hechos, omisiones y operaciones, *sujetos al derecho administrativo*” (art. 104). La dificultad estará en determinar cuándo se está frente a una actividad *sujeta al derecho administrativo*,

---

49 Ley 1437/11, “por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo”.

dificultad tradicional de la definición del objeto mismo del derecho administrativo, que se intensifica permanentemente debido a la aplicación creciente de disposiciones de derecho privado a la administración, así como de disposiciones administrativas a las actividades de los particulares. Con seguridad la competencia de la jurisdicción administrativa no estará restringida a las actividades sujetas *integralmente* al derecho administrativo, pero, ¿cuál será la dosis aceptable de derecho privado, para considerar que la actividad está aún sujeta al derecho administrativo? De hecho, toda la contratación estatal está regida por un derecho mixto, como lo enuncia de manera clara el artículo 13 de la Ley 80/93, lo que es ratificado por abundante jurisprudencia. Y, en el otro extremo, se encuentran los contratos de derecho privado de la administración, frente a los cuales hemos visto la recuperación del juez administrativo, al afirmar que su régimen privado no excluye la aplicación de normatividad administrativa, consideración reforzada hoy por el artículo 13 de la Ley 1150/07 que impone la aplicación de principios constitucionales de la función administrativa a todos los contratos de la administración, aun cuando, en estricto sentido, no conlleven siempre función administrativa, en la acepción restringida de la Corte Constitucional<sup>50</sup>.

La jurisprudencia administrativa probablemente reactivará la tendencia expansiva de su competencia y no podrá escapar a la mezcla indisoluble y creciente entre el derecho administrativo y el derecho privado, lo que auspicia la identificación del derecho administrativo con el derecho de la administración, reconvirtiendo el carácter material, enunciado por el legislador de 2011, en un criterio orgánico de jurisdicción.

---

50 Como hemos resaltado, la Corte Constitucional ha restringido la función administrativa a las actividades que implican el ejercicio de prerrogativas de poder público (sent. C-037/03).

En cualquier caso, es importante observar que el nuevo Código se inclinó explícitamente por el criterio orgánico, con relación a los contratos de las entidades públicas, por cuanto atribuyó sus controversias y litigios a la jurisdicción administrativa, independientemente de su régimen jurídico (art. 104.1), asumiendo la denominación ampliada de entidad estatal contratante de la Ley 80/93, al incluir “todo órgano, organismo o entidad estatal, con independencia de su denominación”, y las empresas de economía mixta con capital público mayoritario (par.). Y, en cuanto a los conflictos originados en contratos de las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios, en principio, la competencia estará restringida a aquellos en los que “se incluyan o hayan debido incluirse cláusulas exorbitantes” (art. 104.3), pero no es seguro que la interpretación de la noción de “derecho administrativo” al que puedan estar sujetas estas empresas no reabrirá el debate sobre su atracción integral hacia la jurisdicción administrativa.

La ausencia de una justificación válida del frecuente recurso al derecho privado para otorgar flexibilidad a ciertos procedimientos de contratación, así como la atracción hacia la jurisdicción administrativa y el reconocimiento de que los contratos privados de la administración nunca son enteramente privados, incitan a repensar el propósito original del legislador de 1993, así como el sentido de la disposición constitucional que otorgó al Congreso la competencia para “expedir el estatuto general de contratación de la administración pública y en especial de la administración nacional” (CN, art. 150 *in fine*).

## II. CONTENIDO DE UN ESTATUTO CONTRACTUAL GENERAL Y ÚNICO

La Corte Constitucional aclaró que el “estatuto general de contratación”, previsto por la Constitución en el inciso final del artículo 150 no equivalía a un estatuto único, y por ello estimó que las excepciones dejadas por la Ley 80/93 y los

regímenes excepcionales no eran contrarios a la Carta<sup>51</sup>. No obstante, el estatuto previsto por el constituyente podría tener otro alcance, orientado hacia una real universalidad de un mínimo común aplicable a todos los contratos de la administración, sin excepción alguna. La evolución normativa, enriquecida por el desarrollo jurisprudencial del Consejo de Estado, que en más de una ocasión ha guiado las modificaciones o precisiones legislativas, permite hoy identificar distintas temáticas poco polémicas que podrían identificar y definir este mínimo común universal.

### **A. La intención del legislador e incluso del constituyente**

El proyecto de la Ley 80/93 se orientó hacia un estatuto general y único, aunque el texto no lo materializó completamente:

La nueva ley pretende convertirse en el marco normativo de la actividad estatal en cuanto atañe a la contratación. Por ende, su estructura se caracteriza por definir y consagrar en forma sistematizada y ordenada las reglas y principios básicos que deben encaminar la realización y ejecución de todo contrato que celebre el Estado<sup>52</sup>.

La definición de las reglas aplicables a todos los contratos no podía traducirse en una reglamentación detallada de imposible aplicación generalizada a todas las entidades del Estado y a todo tipo de contratos. La amplitud de exigencias y las modalidades variadas de instituciones, unas estrictamente administrativas, otras enteramente comerciales, unas grandes y complejas, otras mínimas o locales, impedía abarcarlas todas en detalle, bajo unas mismas reglas. Por ello era necesario limitarse a lo esencial, marcando bases

---

51 Sent. C-949/01.

52 Gaceta del Congreso, Senado y Cámara, año I, n.º 75, 23 de septiembre de 1992, p. 11.

y derroteros comunes a todos los contratos. Volvamos en este sentido al texto del proyecto:

No se trata, pues, de un ordenamiento de tendencia reguladora y casuística, lo cual entraba la actividad estatal como lo ha demostrado la experiencia. Sólo recoge las normas fundamentales en materia contractual cuyo adecuado acatamiento se erija en la única limitante de la autonomía de la voluntad, principio que debe guiar la contratación estatal.

Para cumplir con estos propósitos, el Estatuto debía afincarse en unos principios universales de contratación que, actualizada a las exigencias de la administración contemporánea, imponen el respeto de reglas básicas de derecho administrativo, aplicables a todas las entidades, independientemente de su naturaleza, composición, orden territorial y tipo de actividades, junto con la admisión de la flexibilidad necesaria para lograr administraciones dinámicas y eficaces, en las que la actividad contractual se adapte a las necesidades cambiantes y sea herramienta útil de la gestión pública, y no un lastre para su correcto desarrollo.

Esta concepción sería canalizada a través de un estatuto de principios, desarrollados por un régimen jurídico mixto, que combina la preservación de intereses públicos con la versatilidad del derecho comercial. Una vez más, el proyecto de ley nos ilustra en este sentido:

Precisamente el reconocimiento de la autonomía de la voluntad como delegación que la ley confiere a las partes de regular las relaciones contractuales delimitada por el respeto de los imperativos de orden público, exige que esas normas encauzadas a reglamentar el interés público o las necesidades de la colectividad en materia contractual, se instituyan en las rectoras para todo el aparato estatal, evitando así la eventual consagración de normatividades y ordenamientos que pueden motivarse en variadas tendencias y principios y con lo cual la realización de los fines estatales puede verse afectada.

La unidad de sus fines se logra adecuadamente por la implantación de unos principios rectores que orienten y garanticen la gestión de todo ente estatal. Por ello, el estatuto proyectado está concebido como un conjunto normativo de aplicación general, es decir, *de obligatoria observancia para todos los entes y organismos del Estado de las diferentes ramas del poder público, y en sus diferentes niveles*. Incluso la órbita de regulación alcanza también a los particulares que por delegaciones especiales, adscripciones o convenios celebren contratos a nombre del Estado. (Se resalta.)

Acorde con esta perspectiva, el proyecto de ley concluía: “Así pues esta ley pretende convertirse en la *general única* para el Estado y en todo el territorio nacional” (se resalta).

El sentido del “estatuto general de contratación” sería así más específico que la acepción retenida por la Corte Constitucional o, más precisamente, de aquella que se suele atribuir a la Corte...

En efecto, la sentencia C-949/01 rechaza el reproche de la demanda de inexecutable, según el cual el Estatuto contractual debería ser “único y, por tanto, omnicompreensivo, de toda la materia, fundado en un solo mecanismo de selección del contratista que es la licitación pública”. La Corte aborda entonces el significado del “estatuto general”, ordenado por la Constitución, explicando que refleja “el querer del constituyente de que exista un estatuto que regule *toda la actividad contractual del Estado* con arreglo a unos principios universales” (se resalta), para lo cual acude a las discusiones de la Asamblea Nacional Constituyente, referidas al artículo constitucional. Si bien la Corte considera por ello que no “es válido considerar que el precepto constitucional obliga al legislador a dictar un Estatuto contractual que desarrolle la materia en forma integral y casuística” ni a “incorporar en un solo cuerpo normativo toda la legislación existente en materia contractual”, sí existe un propósito de establecer unas bases comunes válidas para todos los contratos, como lo había expresado la misma

Corte al analizar el alcance del inciso final del artículo 150 de la Constitución:

Se observa que esta norma tiene dos partes: de un lado debe haber un estatuto general de contratación –1ª parte– y de otro lado debe existir un estatuto especial de contratación para la Nación –2ª parte–. *La primera parte estaría entonces destinada a todo el Estado*, esto es, a todas las entidades descentralizadas territorialmente y por servicios, mientras que la segunda sólo se dirige al nivel nacional<sup>53</sup>. (Se resalta).

Apoyada en estas consideraciones, la Corte encuentra que el Estatuto General de Contratación, contenido en la Ley 80/93, materializa los valores universales aplicables a todos los contratos, a través de la afirmación de principios y reglas de derecho privado, delimitadas por los principios que rigen la función administrativa:

Con fundamento en la autorización contemplada en el canon 150 Superior para regular los contratos del Estado, el legislador dictó la Ley 80 de 1993, que está apuntalada filosóficamente sobre dos premisas fundamentales: la autonomía de la voluntad<sup>54</sup> y la incorporación de los principios del derecho privado, con las cuales se pretende combatir la ineficiencia administrativa que en este campo de la actividad estatal había originado para

---

53 Sent. C-449/92, citada por la C-949/01.

54 Cita original de la sentencia: “Se ha criticado la adopción del principio de la autonomía de la voluntad para la contratación estatal. Se dice que no se puede hablar de autonomía de la administración, cuando la decisión de contratar depende de criterios de conveniencia y necesidad; cuando no se puede elegir libremente al contratista debido a que las normas de escogencia están determinadas en el Estatuto contractual; cuando no existe libertad para fijar las cláusulas contractuales, dada la obligación de incluir cláusulas excepcionales en los casos expresamente señalados en la ley y, finalmente, cuando existe desigualdad entre las partes contratantes, manifestada en los procesos de escogencia y ejecución del contrato. Esta opinión está vertida en el artículo ‘Perspectiva Constitucional de la Ley 80 de 1993’, por Héctor Riveros Serrato y Laura León Navas, publicado en ‘Régimen de Contratación Estatal’. Universidad Externado de Colombia”.



esa época el exceso de trámites y la abundancia de procedimientos. Igualmente, el Estatuto contractual se fundamenta en los principios de transparencia, economía y responsabilidad (art. 23 de la Ley 80 de 1993), en el postulado de la buena fe establecido en el artículo 83 de la Carta Política, y de conformidad con los principios que rigen la función administrativa consagrados en el artículo 209 Fundamental<sup>55</sup>.

A luz de la concepción jurisprudencial del Estatuto general podría concebirse que, en realidad, el propósito del constituyente sí era el de confiar al legislador la concepción de un estatuto universal, básico, único. Como Estatuto general, no permitirá excepciones, y por ello será único. Pero, precisamente por ser general, admitirá regulaciones particulares, mediante normatividad especial. Esta concepción no solo es consecuente con la esencia de la jurisprudencia, sino también con la interpretación natural de la expresión: *general*, contenida en el precepto constitucional, cuya primera acepción es lo que “es común a todos los individuos que constituyen un todo”<sup>56</sup>. La concepción surge así, con naturalidad, de la expresión constitucional, cuando prevé “el estatuto general de la administración pública”, expresión que implica un solo estatuto, de carácter general, válido para todas las instancias administrativas, lo que cubre todas las dependencias del Estado, cuando cumplen tareas de gestión administrativa, distintas de sus misiones esenciales no administrativas (legislativas, jurisdiccionales, electorales, de control, etc.).

Además, si se tiene en cuenta la evolución normativa y jurisprudencial reseñada, se concluye que los regímenes especiales, en los que se aplica el derecho privado por disposición del legislador, no escapan a estas bases comunes, que son recordadas de manera insistente por jurisprudencia administrativa y constitucional. Una revisión rápida del

---

55 Sent. C-949/01.

56 Diccionario de la Real Academia Española, disponible en: [www.rae.es](http://www.rae.es)

contenido de la Ley 80/93 pone de presente la pertinencia universal de la mayoría de sus disposiciones que, con ajustes menores, podrían erigirse como verdadero *estatuto general de la contratación de toda la administración pública*.

## **B. Un Estatuto contractual podría aplicarse a todos los contratos**

En primer lugar, se podría identificar un título con las disposiciones que materializan el sentido de un estatuto general. La definición del objeto del Estatuto (art. 1.º) permite descomponer la definición de los elementos que lo caracterizan, esto es, la noción ampliada del contrato estatal (art. 32) y de las entidades estatales que los suscriben (art. 2.º).

En este título estaría tan solo referida la capacidad externa de las entidades para contratar, materia que, en realidad, escapa a la regulación del Estatuto por hacer parte de la ley orgánica del presupuesto, como lo contempla el artículo 352<sup>[57]</sup> de la Constitución y lo desarrolla hoy el Decreto 111/96 en su artículo 110<sup>[58]</sup>. Igualmente estaría referida la capacidad de los contratistas, regida por las normas civiles y comerciales especializadas, como lo recuerda el artículo 6.º de la Ley 80/93, a la que se adicionaría la habilitación para contratar, establecida para los consorcios uniones temporales (art. 7.º), y la remisión genérica a las promesas de sociedad, tema también de derecho comercial, tratado por

57 Art. 352: “Además de lo señalado en esta Constitución, la Ley Orgánica del Presupuesto regulará lo correspondiente a [...] la capacidad de los organismos y entidades estatales para contratar”.

58 La Corte Constitucional ha explicado el campo de definición de la ley orgánica del presupuesto, restringido a la capacidad externa, lo que permite al Estatuto definir la competencia interna, en cabeza de los funcionarios. Sent. C-374/94: “En la ley orgánica pueden hacerse definiciones sobre la capacidad de contratar, para efectos de la ejecución presupuestal. En el Estatuto General de Contratación, por el contrario, se hace la determinación concreta de los funcionarios que contratarán, como se ha hecho por medio de la ley 80 de 1993”.

el artículo 119 C.Co. Finalmente, la temática de la capacidad contractual concierne también a sus limitaciones establecidas tanto por el régimen de inhabilidades e incompatibilidades para contratar (arts. 8-10), régimen de conflicto de intereses, como por la habilitación especial del Registro Único de Proponentes (art. 22<sup>[59]</sup>).

En cuanto a la competencia interna de las entidades estatales para dirigir procesos de contratación y suscribir los contratos, el artículo 11 de la ley no aporta nada distinto a las definiciones de los ordenadores del gasto, contenidas en las reglas presupuestales o estatutarias<sup>60</sup>. Por su parte, el tema de la delegación y la desconcentración para contratar concierne al funcionamiento general de las entidades públicas, y por ello está regulado por la Ley 489/98 (arts. 8-14). La regulación particular para la contratación no aporta particularidades significativas, aunque sí gran confusión por la falta de caracterización técnica de las normas contractuales sobre la materia (Ley 80/93, art. 12<sup>[61]</sup>; Dcto.

59 Artículo subrogado por el artículo 6.º de la Ley 1150/07, subrogado a su vez por el artículo 221 del Decreto 19/12.

60 La sentencia C-374/94 referida, analiza la constitucionalidad de la atribución interna de competencia contractual (art. 11 Ley 80/93). Pero ello no obsta para analizar la conveniencia de una regulación particular en el Estatuto contractual, lo que no es problema de constitucionalidad.

61 El artículo habilita la delegación para celebrar contratos, pero no concierne a la realización de otras actividades de la gestión contractual. Además, prescribe que “los jefes y los representantes legales de las entidades estatales podrán [...] desconcentrar la realización de licitación en los servidores públicos que desempeñen cargos de nivel directivo o ejecutivo o en sus equivalentes”. La formulación no es técnicamente correcta, por cuanto ella corresponde a la figura de la delegación. Como lo ha explicado el Consejo de Estado, la desconcentración no se realiza por el titular original de la competencia (director de la entidad) sino por las normas que definen la estructura interna de la entidad. Además, la desconcentración no se realiza en cabeza de los funcionarios sino en las distintas dependencias, órganos de la entidad, como lo ha expuesto la jurisprudencia. Cfr. cc, sent. T-024/96: “La desconcentración en cierta medida, es la variante práctica de la centralización, y desde un punto de vista dinámico, se ha definido como transferencia de funciones administrativas que corresponden a órganos de una misma persona administrativa.

2150/95, art. 37<sup>[62]</sup>; Dcto. 679/94, art. 14<sup>[63]</sup>; Ley 678/01, art. 2º par. 4º<sup>[64]</sup>; Ley 1150/07, art. 21<sup>[65]</sup>). En realidad, la

“La desconcentración así concebida, presenta estas características:

“1. La atribución de competencias se realiza directamente por el ordenamiento jurídico.

“2. La competencia se confiere a un órgano medio o inferior dentro de la jerarquía. Debe recordarse, sin embargo que, en cierta medida, personas jurídicas pueden ser igualmente sujetos de desconcentración.

“3. La competencia se confiere en forma exclusiva lo que significa que ha de ejercerse precisamente por el órgano desconcentrado y no por otro.

“4. El superior jerárquico no responde por los actos del órgano desconcentrado más allá de los poderes de supervisión propios de la relación jerárquica y no puede reasumir la competencia sino en virtud de nueva atribución legal”.

La Corte también ha destacado las diferencias de la desconcentración frente a la delegación: “Los efectos de la desconcentración, entonces, se distinguen de los de la delegación, en tanto estos tienen que ver con (i) la transferencia de funciones de un órgano a otro, realizada por un acto del titular de la función; (ii) la necesidad de previa autorización legal para efectuar la delegación y, (iii) la posibilidad [de] que el órgano delegante pueda, en cualquier momento, reasumir la competencia, siguiendo para ello el procedimiento establecido por el ordenamiento jurídico” (cc, sent. C-259/08).

- 62 El artículo amplió la delegación de la Ley 80/93, incluyendo la posibilidad de delegar la competencia para la realización de licitaciones o concursos. No obstante, no la contempló con relación a la gestión del contrato, para adoptar diversos actos contractuales fruto de prerrogativas de poder público de la administración (cláusulas excepcionales, liquidación unilateral y terminación unilateral por causa de nulidad), así como para suscribir acuerdos con el contratista (otrosíes y adiciones al contrato).
- 63 El artículo extiende la habilitación de delegación a “la adjudicación, celebración, liquidación, terminación, modificación, adición y prórroga de contratos y los demás actos inherentes a la actividad contractual en las cuantías que señalen las juntas o consejos directivos de las entidades”. No obstante, la autorización resulta contraria a la Carta que confía al legislador la caracterización de la institución (CN, art. 211). Además, el Decreto 678/94 fue derogado por el artículo 9.2 del Decreto 734/12.
- 64 El párrafo establece la responsabilidad solidaria del delegante. La Corte Constitucional declaró su exequibilidad condicional explicando que el delegante no puede responder sino de sus actuaciones directas con relación a la delegación, esto es, la delegación misma y la vigilancia y control que nunca pierde sobre el ejercicio de la gestión delegada (sent. C-372/02).
- 65 En complemento a la delegación de la Ley 80/93, el artículo prescribe que los delegatarios nunca quedan exonerados de sus deberes de control y vigilancia de la gestión contractual. La Corte Constitucional reiteró su jurisprudencia, en el sentido de condicionar la exequibilidad de la expresión

legislación complementaria en la materia ha obedecido a la actualización normativa de la jurisprudencia, tanto administrativa como constitucional, cuyo alcance, en particular sobre la responsabilidad personal en la delegación, no solo concierne a la materia contractual<sup>66</sup>.

Otro acápite podría contener los principios y reglas generales orientadores de la gestión contractual, que comprende las finalidades buscadas con la gestión contractual, con equilibrio entre los intereses generales y los particulares de los contratistas (art. 3.º), los deberes y derechos generales de las partes (arts. 4.º y 5.º) y los principios de la gestión contractual (arts. 23-26). En este acápite sería esencial hacer una depuración de las reglas y principios que son verdaderamente universales para todos los contratos, dejando para otros acápites, o para legislación particular, los que solo se refieren a ciertos tipos de contratos o procesos.

Así, el tema del contenido mínimo de los pliegos (art. 24.5) y la regla general de la licitación y sus excepciones (art. 24.1<sup>[67]</sup>) podrían tratarse en otro acápite, destinado a los procedimientos de contratación, dejando en las generalidades el deber de selección objetiva, existente en todo

---

a la responsabilidad del delegante solo cuando incurra en culpa grave o dolo en el ejercicio de sus funciones (sent. C-693/08).

El artículo redefine además la desconcentración en materia contractual, apartándose de la concepción general establecida en la Ley 489/98 (art. 8.º). La concepción también es contraria a la tradicional doctrinal, aunque la Corte Constitucional también haya declarado su exequibilidad al encontrar que no contradice normas constitucionales que remiten al legislador la definición de estas figuras administrativas (sent. C-259/08).

66 Son trascendentes al respecto las sentencias C-727/00 (exequibilidad de responsabilidad del delegante por firma delegada (Ley 489/98, art. 12), distinta de la delegación de competencia); C-372/02 (responsabilidad solidaria del delegante para efectos de acción de repetición en materia contractual (Ley 678/01, art. 2.º, par. 4.º), subordinada a que haya incumplido sus deberes de vigilancia y control de la gestión delegada con culpa grave o dolo).

67 Derogado hoy por la Ley 1150/07, artículo 32, y remplazado por su artículo 2.º.

contrato, como lo ha reiterado en innumerables ocasiones la jurisprudencia. Así mismo, se podría excluir de los derechos de los contratistas el tema del equilibrio financiero (art. 5.1) y la regla general de la ecuación contractual (art. 27), por ser materia que se aplica a los contratos con un vínculo particular con servicios públicos o regidos por un régimen administrativo reforzado, como veremos luego.

En un segundo título del estatuto podrían regularse los procedimientos de contratación, distinguiendo los principios y reglas de la etapa de planeación, válidos para todos los contratos, de los procedimientos específicos. Este tema, aparentemente crítico para los regímenes de excepción, tiene, en realidad, una solución sencilla. Como hemos expuesto, la afirmación del derecho privado se justifica generalmente por la necesaria flexibilidad de la contratación. Pero ella se asegura con la posibilidad de contratar directamente.

Primero, por cuanto la contratación directa, aun de un contrato regido por el derecho privado, no se ve distorsionada por las exigencias mínimas de planeación y publicidad exigidas hoy para los contratos del Estatuto contractual y, segundo, porque la ley se limita a indicar los eventos de contratación directa, sin regular su procedimiento (lo que es criticable, pero objeto de otro debate<sup>68</sup>).

Además, los manuales de contratación que han adoptado las entidades y empresas a las que se les aplica el derecho privado reproducen con mucha frecuencia la reglamentación sobre los distintos procedimientos de contratación, lo que indica la ausencia de una contratación absolutamente directa, como la realizan los particulares. Sería suficiente entonces revisar los procedimientos para que las entidades y empresas que necesiten flexibilidad en su contratación encuentren el nivel de reglamentación adecuado.

---

68 Ver en este libro el artículo sobre la competencia reglamentaria en materia contractual.

Por otra parte, si se observa bien, la necesidad de regímenes de contratación flexible no está determinada por la naturaleza de la entidad, sino por la actividad específica que ella contrata. Será difícil concebir que una concesión, una obra pública o una consultoría compleja se contrate directamente, con libre negociación y selección del contratista, independientemente de que la contratante sea el Invías, una empresa de servicios públicos domiciliarios, Ecopetrol, una universidad pública o el Banco de la República. Por esta razón la Ley 80/93 restringió la contratación directa de las empresas industriales y comerciales del Estado a los “contratos que tengan por objeto directo las actividades comerciales e industriales propias” derivadas de su objeto social (art. 24.1, m). Por la misma razón, con relación a los contratos de las instituciones públicas financieras y aseguradoras, la ley excluyó de la aplicación del Estatuto solo los contratos “que correspondan al giro ordinario de las actividades propias [de su] objeto social” de (art. 32, par. 1.º), lo que implicaba que, en uno y otro caso, los contratos no comprendidos por las excepciones estaban sujetos al régimen común de contratación, como lo resaltó el Consejo de Estado<sup>69</sup>. Y, por la misma razón, resulta deplorable que las dos excepciones se hayan ampliado con la Ley 1150/08, que excluyó todos los contratos de las instituciones financieras y aseguradoras públicas (art. 15<sup>[70]</sup>), así como la inmensa

---

69 CE, sec. III, sent. 23/04/09, exp. 16372.

70 El artículo 15 de la Ley 1150/07 excluyó integralmente a las entidades financieras públicas y no sus actividades financieras, como lo preveía el párrafo 1.º del artículo 32 de la Ley 80/93, que modificó. Ver críticas a estas modificaciones en el artículo de este libro sobre la reforma de la Ley 80/93. En ellas se pone de presente la regulación artificial prevista para Fonade por el artículo 26 de la Ley 1150/07. La norma establece que esta institución “se regirá por las normas del Estatuto General de Contratación”. Pero, en la medida en que es una entidad financiera y el artículo 15 de la misma Ley 1150/07 excluye en bloque a las entidades financieras, en realidad no se les aplicaría el Estatuto. Con mayor “sinceridad legislativa”, el artículo 14 fue finalmente derogado por el artículo 276 de la Ley 1450/11.

mayoría de las empresas industriales y comerciales del Estado, al conservar la aplicación del Estatuto solo para las que no “se encuentren en competencia con el sector privado nacional o internacional o desarrollen su actividad en mercados monopolísticos o mercados regulados” (art. 14). La redacción alambicada conlleva en realidad la exclusión integral del sector, por cuanto excluye tanto a las empresas que actúan en ambiente de competencia como a las que actúan fuera de ella, esto es, en mercados monopolísticos. Por ello, esta última característica fue suprimida luego (Ley 1474/11, art. 93), lo que no impide, sin embargo, la exclusión de la mayoría de empresas públicas.

Sobre el tema, también sería pertinente el análisis de la jurisprudencia europea referida a la caracterización de los “poderes adjudicadores”, que, aunque ha sido objeto de duras críticas por su carácter expansivo<sup>71</sup>, permite centrar el análisis en la verdadera situación de competencia con el mercado, que justifique el refuerzo del derecho privado. Los ejemplos reseñados de la jurisprudencia europea ofrecen elementos de análisis para apreciar el verdadero ambiente de competencia que tienen muchas de nuestras empresas públicas que en realidad funcionan en regímenes de monopolio, bien sea por no tener concurrentes reales, como sucede con grandes empresas de servicios públicos domiciliarios, o por realizar actividades restringidas a la competencia, como Indumil o el Diario Oficial, o por ejercer funciones de alto contenido administrativo que excluye la competencia particular, como las empresas de renovación urbana, o bien por constituir una extensión de las misiones administrativas, como la contratación fruto de convenios de cooperación entre entidades o con particulares.

---

71 GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ, ob. cit., pp. 46 y ss.



Finalmente, el mismo título podría concluir con un acápite destinado a las nulidades contractuales (art. 44-49), coherente para cerrar la etapa de formación del contrato.

Un tercer título del Estatuto podría destinarse al régimen de los contratos, que comprendería, como complemento de su definición general, la de los principales contratos utilizados por la administración (art. 32). La disposición actual no generaría perturbaciones para las entidades que hoy aplican el derecho privado, por el carácter enunciativo de estos contratos, así como la regla de la autonomía de la voluntad para crear otros o utilizar los regidos por disposiciones especiales. Por el contrario, permitiría clarificar que, cuando las entidades utilizan estos tipos de contratos, se rigen por la noción y alcance dados a ellos por el Estatuto, como vimos que lo consideró la doctrina del Consejo de Estado<sup>72</sup>. Así evitaríamos que una empresa con marcada función pública<sup>73</sup>, como lo es la Empresa de Renovación Urbana del Distrito Capital, acuda a la fiducia comercial para el desarrollo de los proyectos de obra pública a su cargo, con las dificultades jurídicas que ello implica, por la trazabilidad de los dineros públicos y la irrealidad, por decir lo menos, de la ejecución presupuestal. De igual manera, la tipología general evitaría considerar que la construcción de una hidroeléctrica por Fonade no es un contrato de obra pública sino un *contrato de confección de obra material*, sujeto a los artículos 2053 y siguientes del Código Civil<sup>74</sup>.

El título podría comprender además el régimen jurídico mixto de los contratos (art. 13), su contenido (art. 40) y su

---

72 CE, Sala de Consulta y Servicio Civil, conc. 20/08/89, exp. 1127.

73 Aunque no administrativa, bajo la acepción de la Corte Constitucional remarcada (sent. C-037/03).

74 El Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo, Fonade, empresa industrial y comercial del Estado, de carácter financiero, según el Decreto 288/04 que la rige, es en realidad una gestora de recursos y proyectos de otras entidades públicas.

interpretación (art. 28), así como el régimen de exorbitancia de la administración contratante. Podría así clarificarse el sentido y alcance de los poderes unilaterales de la administración, distinguiendo los que conllevan verdaderas prerrogativas de poder público, de los que constituyen solo poderes unilaterales, admitidos por el derecho privado, como se ha expuesto en este análisis. El tratamiento comprendería la regulación actual dispersa en la Ley 80/93, referida a las cláusulas excepcionales (art. 14-20), terminación unilateral por causa de nulidad (art. 45) y liquidación unilateral (art. 61), así como las regulaciones complementarias de la Ley 1150/07 sobre declaratoria de siniestro (art. 7.º), imposición de multas y declaratoria de incumplimiento (art. 17).

Dentro de la misma temática del régimen de contratos podrían abordarse las reglas de la ecuación contractual, acordes con la evolución jurisprudencial y legislativa sobre la materia. Sería así posible delimitar la regla de la revisión de los contratos con marcado contenido comercial, bajo los parámetros de la imprevisión comercial y la buena fe, lo que permitiría distinguir su situación de la noción administrativa del equilibrio financiero del contrato, restringida a los contratos con un régimen de exorbitancia de la administración, como ha comenzado a hacerlo, por fin, la jurisprudencia administrativa<sup>75</sup>. En uno y otro caso sería igualmente importante su adaptación a la regulación sobre los riesgos contractuales, introducida por la Ley 1150/07, artículo 4º.

El acápite podría completarse con la etapa final de los contratos, las reglas de liquidación y sus excepciones (art. 60).

Finalmente, podría concebirse un título para el control de la actividad contractual, enunciando las modalidades y regímenes de responsabilidad (arts. 50-59) y las modalidades de control, tanto administrativas (Contraloría, art. 65; Ministerio Público, arts. 62-63) como jurisdiccional (juez

---

75 CE, sec. III.B, sents. 28/09/11, exp. 15476 y 26/07/12, exp. 22756.

competente, art. 75) y los mecanismos alternativos de solución de litigios (arts. 68-74), remitiendo a la legislación especializada.

La revisión de las disposiciones del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública pone de presente la falta de utilidad de la mayoría de excepciones a su aplicación a través de la remisión al derecho privado. El contexto constitucional, así como el de la Ley 80 de 1993, esclarecidos por la evolución jurisprudencial, indican la posibilidad de un verdadero estatuto general único, para toda las entidades del Estado. El libro de ALEXANDER JOJOA BOLAÑOS, *Los regímenes exceptuados en los contratos estatales*, analiza y desarrolla la formulación de esta pretensión y cómo se desdibujó a partir de la multiplicación de regímenes especiales. El interés del análisis no puede ser de mayor actualidad, en momentos en los que la regulación de la contratación se complica cada vez más, pese al propósito de simplificación anunciado en cada nueva reforma o complemento.



#### 4. POTESTAD REGLAMENTARIA EN CONTRATACIÓN PÚBLICA \*

Sobre la base de la sentencia del 10 de octubre de 1962 del Consejo de Estado nuestro juez administrativo estructuró una relación entre la ley y el reglamento que delimita la naturaleza y amplitud de la competencia reglamentaria.

Los límites del poder reglamentario de la ley los señala la necesidad de cumplir debidamente el estatuto desarrollado. Si los ordenamientos expedidos por el Congreso suministran todos los elementos indispensables para su ejecución, el órgano Administrativo nada tendrá que agregar, y por consiguiente, no habrá oportunidad al ejercicio de la función reglamentaria. Pero si en ella faltan los pormenores necesarios para su correcta aplicación, opera inmediatamente la potestad para efectos de proveer a la regulación de esos detalles. Es esta la interpretación del artículo 120, numeral 3.º, de la Carta, que dice:

“Corresponde al presidente de la República, como suprema autoridad administrativa: ejercer la potestad reglamentaria expidiendo las órdenes, decretos y resoluciones *necesarias para la cumplida ejecución de las leyes*”<sup>1</sup>. (Resaltado original de la sentencia.)

---

\* A partir del artículo “Ley y reglamento en la contratación pública”, en *viii Jornadas de Derecho Administrativo*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, pp. 965-990.

1 La Constitución de 1991 prevé en su artículo 189 la competencia reglamentaria del Presidente de la República en términos similares:

La misma sentencia recuerda una noción básica que había sido expuesta en providencia referida al mismo caso:

Si el decreto reglamentario es necesario para que la ley se ejecute debidamente, el Gobierno puede dictarlo. Pero si no es necesario para su adecuada ejecución, la facultad desaparece en razón de que no existe el supuesto básico de su ejercicio. Hay sustracción de la materia reglamentable, porque el estatuto superior se realiza en su plenitud sin necesidad de ordenamientos adicionales<sup>2</sup>.

La reglamentación no constituye entonces un poder discrecional del Presidente sino una competencia circunscrita estrechamente a la vez por la ley que reglamenta y por la necesidad de desarrollar esta última para su correcta aplicación.

La potestad reglamentaria tiene así una doble restricción cuantitativa y cualitativa. Por la primera, se ha podido enunciar una ecuación según la cual la extensión del reglamento es inversamente proporcional a la de la ley. Entre más detallada sea esta última, menos necesidad habrá de un reglamento para poder darle aplicación. Pero a este criterio cuantitativo, que con frecuencia es el único que se menciona, hay que agregar el otro enunciado factor determinante, enunciado también por la sentencia de 1962, de carácter cualitativo, que se refiere tanto a las materias específicamente reglamentadas como al espíritu mismo de la ley. El detalle desarrollado por el reglamento para lograr la ejecución de

---

“Corresponde al Presidente de la República como Jefe de Estado, Jefe del Gobierno y Suprema Autoridad Administrativa:

“[...]

“10. Promulgar las leyes, obedecerlas y velar por su estricto cumplimiento.

“11. Ejercer la potestad reglamentaria, mediante la expedición de los decretos, resoluciones y órdenes necesarios para la cumplida ejecución de las leyes”.

2 CE, Sala de lo Contencioso Administrativo, sent. 10/10/62, exp. 937 y 1541, Anales, t. 65, p. 33.

la ley reglamentada se justifica por la materia regulada por la ley. La jurisprudencia de 1962 se refirió justamente a la reglamentación de un tema económico en el que es importante que el Gobierno Nacional conserve un buen margen de maniobra para adaptar, precisar y modificar, a través del reglamento, los lineamientos generales establecidos por la ley. Más técnicas y cercanas a la evolución cambiante de la economía, las instancias administrativas tienen mejor disposición para formular la regla de derecho pertinente que deberá concretar el espíritu de la ley.

En este sentido, las leyes marco otorgan al Gobierno Nacional un amplio margen de reglamentación, aunque es necesario resaltar que en estos casos la potestad reglamentaria tienen un alcance particular. La Corte Constitucional ha tenido oportunidad de ratificar el funcionamiento de la distribución de competencias entre Congreso y Gobierno en las leyes marco, afirmando la naturaleza eminentemente administrativa de los decretos que las desarrollan<sup>3</sup>. Pero la Corte también pone de presente la condición particular de estos decretos, frente a los reglamentos ordinarios, cuando aclara que algunas de las materias adicionadas por la Constitución de 1991 habían sido reguladas antes mediante decretos-leyes, como las relativas al régimen salarial y prestacional de los miembros de la fuerza pública<sup>4</sup>. En igual sentido, el Consejo de Estado considera que la regulación fruto de leyes marco “tiene o asume la misma posición y valor de la ley”, aunque esta “capacidad legislativa” está limitada por las condiciones impuestas por la ley reglamentada y por la caracterización que la jurisprudencia ha hecho de estos decretos<sup>5</sup>.

---

3 cc, sents. C-133/93, C-608/99, C-129/98 y C-1218/01.

4 Dctos. 1211, 1212, 1213 y 1214 de 1990, fruto de la ley de facultades extraordinarias 66/89. Cfr. cc, Sala Plena, sent. C-432/04.

5 CE, sec. IV, sent. 20/05/94, exp. 5185.

Además, debemos recordar que las materias objeto de leyes marco están taxativamente enumeradas por la Constitución y exigen al legislador “señalar los objetivos y criterios” de su reglamentación por el Gobierno (art. 150, num. 19). Por consiguiente, la ley ordinaria, que da lugar a un reglamento ordinario, no podrá ser tan genérica que contenga solo la simple identificación de los objetivos de la materia reglamentada, dejando al reglamento su desarrollo prácticamente integral. Este sería un reglamento propio de ley marco y no de una ley ordinaria.

En el otro extremo de la amplitud de reglamentación de las leyes marco se encuentran ciertas materias en las que la competencia reglamentaria es nula, por cuanto deben ser desarrolladas plenamente por el legislador, como “las que afectan la condición jurídica de las personas, sus derechos y obligaciones frente a la administración, o las que versan sobre la estructura interna de las dependencias” administrativas<sup>6</sup>. “El Presidente [también] carece de competencia para establecer medios probatorios, prescripciones, caducidades, sanciones, por la vía reglamentaria”<sup>7</sup>, lo que generó la suspensión de un decreto que establecía el término de caducidad para pedir la revisión del monto de indemnización fijada por los peritos en materia minera<sup>8</sup>. El Consejo de Estado consideró también que la habilitación para reglamentar los impedimentos de los curadores urbanos, contenida en una ley<sup>9</sup>, no permitía al Gobierno establecer un nuevo impedimento que, asimilado a las incompatibilidades, tiene reserva legal, como lo ha establecido la Corte Constitucional<sup>10</sup>. Tampoco es dable al reglamento “definir las relaciones entre gobernantes y gobernados ni alinderar

---

6 CE, sec. I, sent. 02/12/82, exp. 3809.

7 CE, sec. III, auto 13/11/87, sin número.

8 *Ibíd.*

9 Ley 388/97, art. 101, num. 9.º.

10 CE, sec. II, sent. 06/08/09, exp. 3338-01; cc, sent. C-894/06.



áreas por fuera de las que protege la Constitución en cuanto a los derechos del individuo y sus libertades públicas”.

En cuanto a las leyes orgánicas, la Carta las define como aquellas que sujetan el ejercicio de la actividad legislativa, por lo que no parece admisible que el Gobierno tenga campo alguno en su reglamentación<sup>11</sup>. En igual sentido, tampoco parece haber mucho campo para el reglamento frente a las leyes estatutarias, que requieren para su “aprobación, modificación o derogación [...] la mayoría absoluta de los miembros del Congreso y [su trámite] deberá efectuarse dentro de una sola legislatura”, además de comprender “la revisión previa, por parte de la Corte Constitucional, de la exequibilidad del proyecto” (art. 153). La temática objeto de estas leyes<sup>12</sup>, así como el consenso parlamentario inherente a su adopción, parecen dejar un campo reducido a su desarrollo por parte del Gobierno a través de su reglamentación.

Entre estos dos extremos, de competencia reglamentaria extendida de las leyes marco y los eventos de inexistencia de

- 11 CN, art. 151: “El Congreso expedirá leyes orgánicas a las cuales estará sujeto el ejercicio de la actividad legislativa. Por medio de ellas se establecerán los reglamentos del Congreso y de cada una de las Cámaras, las normas sobre preparación, aprobación y ejecución del presupuesto de rentas y ley de apropiaciones y del plan general de desarrollo, y las relativas a la asignación de competencias normativas a las entidades territoriales. Las leyes orgánicas requerirán, para su aprobación, la mayoría absoluta de los votos de los miembros de una y otra Cámara”.
- 12 CN, art. 152: “Mediante las leyes estatutarias, el Congreso de la República regulará las siguientes materias:
- “a) Derechos y deberes fundamentales de las personas y los procedimientos y recursos para su protección;
  - “b) Administración de justicia;
  - “c) Organización y régimen de los partidos y movimientos políticos; estatuto de la oposición y funciones electorales;
  - “d) Instituciones y mecanismos de participación ciudadana;
  - “e) Estados de excepción;
  - “f) Literal adicionado por el artículo 4 del Acto Legislativo 2 de 2004. El nuevo texto es el siguiente: > La igualdad electoral entre los candidatos a la Presidencia de la República que reúnan los requisitos que determine la ley”.

poder reglamentario, las leyes ordinarias ofrecen flexibilidad de su reglamentación. La Corte Constitucional ha destacado que la potestad reglamentaria se caracteriza por tener naturaleza ordinaria, en razón a su fuente constitucional, sin necesidad de habilitación legal; derivada, por cuanto requiere de *material legislativo* a reglamentar<sup>13</sup>; limitada, por la Constitución y las leyes reglamentadas, y permanente, por cuanto su ejercicio no se agota en el tiempo<sup>14</sup>. Frente a esta caracterización constitucional, el reglamento será tan extenso como lo exija el desarrollo de la ley que reglamenta. El legislador tendrá un margen significativo de autonomía para delimitar la amplitud de la materia reglamentaria, como lo explica el Consejo de Estado desde la sentencia de 1962:

... el ejercicio de [la] potestad [reglamentaria] por el Gobierno se amplía o restringe en la medida en que el Congreso haya utilizado sus poderes jurídicos. El grado de la reglamentación lo señala tácitamente y en cada caso el propio Cuerpo Legislativo. Tanta será la materia reglamentable por el Ejecutivo, cuanta determine la necesidad de realizar el estatuto expedido por las Cámaras<sup>15</sup>.

Pero, precisamente por tener naturaleza derivada, la ley no puede ser tan genérica que permita al reglamento suplantarse la función del legislador. En este caso el reglamento no desarrollaría las condiciones necesarias para la cumplida ejecución de la ley, como lo prescribe el artículo 189.11 de la Carta, sino que llenaría un vacío dejado por el legislador. La Corte Constitucional ha tenido ocasión de analizar el tema, al considerar que si la esencia de la potestad reglamentaria es la instrumentación de la ejecución de la ley, esta tiene que definir los parámetros suficientemente explícitos para que

---

13 CC, sents. C-734/03 y C-852/05. Volveremos sobre este trascendental aspecto.

14 CC, auto 20/02/08, exp. 049.

15 CE, Sala de lo Contencioso Administrativo, sent. 10/10/62, exp. 937 y 1541.

ello sea posible, so pena de que el reglamento suplante a la ley. “El ‘requisito fundamental que supone la potestad reglamentaria’, ha dicho esta Corte, es ‘la existencia previa de un contenido o materia legal por reglamentar’”<sup>16</sup>.

Por otra parte, también es esencial tener en cuenta el objetivo y límites específicos de la reglamentación establecidos por la Constitución. La potestad reglamentaria se limita a las medidas “necesarias para la cumplida ejecución de las leyes” (CN, art. 189.11). Por consiguiente, el Gobierno ha de ejercerla exclusivamente para “la formulación de los actos indispensables y las medidas necesarias para la efectividad práctica del precepto legal, vale decir, hacer real por la vía del acto administrativo el enunciado abstracto de la ley en orden a tornarlo efectivo en el terreno práctico”<sup>17</sup>, “mediante la precisión y puntualización de las circunstancias de tiempo, modo y lugar y de aquellos aspectos puntuales que son indispensables para garantizar su cabal cumplimiento y ejecución”<sup>18</sup>. El objeto de los reglamentos “no es otro distinto que servir de instrumento y complemento de la norma superior que justifican su existencia”<sup>19</sup>.

En estas condiciones, la amplitud de la potestad reglamentaria no se restringe a una ecuación matemática en la que la variable principal es la extensión más o menos significativa de la ley a reglamentar. El contenido legal mínimo, el objeto mismo de la ley, así como la intención

16 Nota original de la sentencia. cc, sent. C-290 de 1997, consideración quinta. cc, sent. C-1005/08. En igual sentido, sent. C-675/05.

17 CE, sec. III, sent. 27/03/08, exp. 29393. Igualmente, sec. II, sent. 21/08/08, exp. 0294-04 y 0295-04

18 CE, sec. I, sent. 18/06/09, exp. 242-01.

19 CE, sec. III, sent. 07/10/09, exp. 18448; sec. I, sent. 25/08/82, exp. 3753: “la razón de ser del reglamento es la necesidad de hacer eficaz, activa, plenamente operante la norma de derecho superior, facilitando su inteligencia y cumplimiento de parte de la misma Administración y de los particulares; y que todo aquello que lógica y necesariamente está contenido en la ley debe desenvolverse de manera detallada y comprensiva el decreto reglamentario, pero nada más que eso”.

del legislador, complementan necesariamente la caracterización de la competencia reglamentaria del Presidente. En materia contractual, existen además ciertas restricciones objetivas a la reglamentación de la materia que pueda hacer el Presidente de la República, a lo que se suma la necesaria consideración de la concepción que tuvo el legislador sobre la ley de contratación.

## I. RESTRICCIONES OBJETIVAS A LA REGLAMENTACIÓN CONTRACTUAL

En materia contractual existen algunas restricciones de carácter objetivo, que no se ven afectadas por la específica relación entre el reglamento y la ley reglamentada sino por cierta caracterización de la competencia de las entidades estatales, o bien por la existencia de ciertas temáticas contractuales que no podrían ser objeto de reglamentación. Además, la reglamentación ha de partir de una base mínima legislativa, sin la cual suplantaría la competencia reservada al legislador.

### A. Competencia reglamentaria

Las restricciones a la competencia se refieren tanto a la competencia para reglamentar la materia contractual como a la concepción misma de la competencia administrativa en materia contractual.

#### *1. Competencia de reglamentación*

Nos hemos referido a la potestad reglamentaria como la facultad/deber de adoptar las medidas administrativas necesarias para la ejecución de la ley, por lo que naturalmente aparece el Presidente, quien, en su calidad de jefe supremo de la administración, tiene el deber de velar en primer orden por la aplicación efectiva de la ley. Pero el Consejo de Estado ha recordado que no solo el Presidente tiene competencia reglamentaria:

El Presidente de la República es, sin duda, el titular constitucional de la potestad reglamentaria, pero ello no obsta para que dentro de su ámbito de competencia y nivel de subordinación jerárquica y normativa, las demás autoridades administrativas adopten medidas de carácter general a fin cumplir o hacer cumplir las disposiciones superiores relativas a los asuntos a su cargo. Las autoridades administrativas, como lo ha precisado esta Corporación, están investidas de las facultades o potestades propias de la administración, dentro de las cuales está justamente la reglamentaria, de allí que los actos administrativos generales pueden emanar de cualquier autoridad administrativa, en lo que concierna a los asuntos a su cargo<sup>20</sup>.

En materia contractual, la reglamentación puede estar vedada al Presidente, e incluso existen restricciones al legislador, como ocurre con el régimen de autorizaciones para contratar, instaurado por la Constitución para los gobiernos nacional, departamental y municipal. El numeral 9 del artículo 150 de la Carta establece que corresponde al Congreso “conceder autorizaciones al Gobierno para celebrar contratos”. Pero esta competencia de la ley tiene restricciones importantes. En aplicación de la autonomía territorial, el constituyente estableció que esta misma autorización, en el caso de los gobernadores, corresponde a las asambleas departamentales (art. 300, num. 9) y, en el caso de los alcaldes, a los concejos municipales (art. 313, num. 3). Bajo esta concepción de repartición de la competencia la Corte Constitucional declaró inexecutable la previsión de la Ley 80 de contratación pública, según la cual “las entidades estatales sólo podrán celebrar contratos de fiducia pública, cuando así lo autorice la ley, la asamblea departamental o el concejo municipal, según el caso”<sup>21</sup>. Si bien el Congreso podía imponer una autorización previa para los contratos de

---

20 CE, sec. II A., sent. 19/08/04, exp. 2473-01.

21 Ley 80/93, art. 32.5.

fiducia celebrados por el Gobierno Nacional, extralimitaba su competencia al imponer la autorización a contratos de otras instituciones nacionales distintas del Gobierno<sup>22</sup>. Por el contrario, la Corte consideró exequible la ley que otorga competencia a los concejos municipales para “reglamentar la autorización al alcalde para contratar, señalando los casos en que se requiere autorización previa del Concejo”<sup>23</sup>.

Como se ha resaltado en otros pronunciamientos (cf. sentencia C-579/01), recuerda la Corte, las relaciones entre la autonomía territorial y la unidad nacional que consagra la Constitución, están conformadas por una serie de limitaciones recíprocas, en virtud de las cuales ambos reductos cuentan con un mínimo esencial que habilita a las autoridades del respectivo nivel para ejercer ciertas funciones, y regular ciertos temas, en forma exclusiva<sup>24</sup>.

En estricto sentido, siguiendo el razonamiento expuesto por la Corte, habría que concluir que el legislador no tenía competencia para “habilitar” a los concejos municipales sobre la reglamentación de autorizaciones al alcalde para contratar. En efecto, si, como lo explica la Corte, la competencia reglamentaria de los concejos se deriva en la materia directamente de la Constitución (art. 313.3), no compete al legislador delimitarla, como lo hace la Ley 136/94 citada. En el caso, la situación no era significativa, por cuanto podría considerarse que la “habilitación” del legislador no adiciona nada a la competencia genérica establecida por la Constitución. Por el contrario, resulta más delicado el complemento del artículo establecido por el artículo 18 de

---

22 cc, sent. C-086/95. La sentencia recuerda que la Constitución establece: “El Gobierno Nacional está formado por el Presidente de la República, los ministros del despacho y los directores de departamentos administrativos” (art. 115).

23 Ley 136/94, art. 32.3

24 cc, sent. C-738/01.

la Ley 1551/12, que adicionó un párrafo 4.º al artículo 32 de la Ley 136/94, imponiendo a los concejos municipales o distritales la autorización previa para contratar en los casos por él enumerados<sup>25</sup>. Si bien la contratación de empréstitos y la enajenación de inmuebles necesitan autorización previa por parte del concejo por disposición de la Constitución (art. 313.3), el legislador invadiría la competencia de los concejos al señalar los otros eventos en que la autorización se impone. Además, la misma competencia otorgada directamente por la Carta Política indica que el concejo podría establecer otros contratos que exigen autorización para contratar, siguiendo las explicaciones de la Corte Constitucional sobre la materia, establecidas en las sentencias citadas.

Por otra parte, la restricción a la reglamentación del Gobierno Nacional puede manifestarse por habilitaciones reglamentarias otorgadas directamente a las entidades contratantes, como ocurre en la estructuración que estas hacen de las licitaciones a través de los pliegos de condiciones. La jurisprudencia administrativa ha establecido que los pliegos tienen carácter de acto administrativo general<sup>26</sup>, lo que

---

25 Par. 4.º: “De conformidad con el numeral 30 [sic] del artículo 313 de la Constitución Política, el Concejo Municipal o Distrital deberá decidir sobre la autorización al alcalde para contratar en los siguientes casos:

“1. Contratación de empréstitos.

“2. Contratos que comprometan vigencias futuras.

“3. Enajenación y compraventa de bienes inmuebles.

“4. Enajenación de activos, acciones y cuotas partes.

“5. Concesiones.

“6. Las demás que determine la ley”.

26 CE, sec. III, sent. 04/06/93, exp. 7509: “el acto que contiene el pliego de condiciones sí es un acto administrativo porque está creando situaciones jurídicas a un número plural e indeterminado de personas a quienes se les invita públicamente a contratar”; auto del 26 de marzo de 1998, exp. 13496: “el pliego de condiciones debe ser interpretado como un acto administrativo general con efectos jurídicos propios tanto en el proceso de selección del contratista como en los posteriores de celebración y ejecución del contrato; reglamenta las relaciones de quienes participan en el proceso selectivo y es fuente de interpretación de las cláusulas que se acuerdan y se ejecutan

constituye una reglamentación de la forma como se desarrollará el procedimiento de selección de los contratistas<sup>27</sup>. Esta específica competencia excluye la reglamentación en la materia por parte del Gobierno Nacional, como lo ratifica la suspensión provisional de un decreto nacional que estableció una distinción entre factores de cumplimiento y factores de calificación, para prescribir que la oferta más favorable para la administración se obtiene “teniendo en cuenta factores técnicos y económicos”, excluyendo otros fijados por la ley<sup>28</sup>.

Al señalar qué factores debe tener en cuenta la administración pública de acuerdo con el tipo de contrato, como lo hacen los numerales 3 y 4 del art. 4.º del decreto 2170, descarta factores como el cumplimiento, la experiencia, la organización y el plazo, que de acuerdo con la ley pueden incluirse en los pliegos de

---

en los contratos”; cfr. Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto del 4 de septiembre de 2000, exp.1283.

27 CE, sec. III, sent. 21/08/03, exp. 12857: “Como ya lo ha precisado la Sala en oportunidades anteriores, la naturaleza jurídica y el carácter vinculante que tienen los términos de referencia o pliegos de condiciones, con base en los cuales el Estado desarrolla los procesos contractuales para efectos de contratar la ejecución de obras, o la adquisición de bienes o servicios, están claramente definidos, en tanto son el reglamento que disciplina el procedimiento licitatorio de selección del contratista y delimita el contenido y alcances del contrato”.

28 Ley 80/93, art. 29: “Del deber de selección objetiva.

“La selección de contratistas será objetiva.

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

“Ofrecimiento más favorable es aquel que, teniendo en cuenta los factores de escogencia, tales como cumplimiento, experiencia, organización, equipos, plazo, precio y la ponderación precisa, detallada y concreta de los mismos, contenida en los pliegos de condiciones o términos de referencia o en el análisis previo a la suscripción del contrato, si se trata de contratación directa, resulta ser el más ventajoso para la entidad, sin que la favorabilidad la constituyan factores diferentes a los contenidos en dichos documentos, sólo alguno de ellos, el más bajo precio o el plazo ofrecido. El menor plazo que se ofrezca inferior al solicitado en los pliegos, no será objeto de evaluación”.



condiciones o términos de referencia, cuando la administración los considere necesarios y pertinentes para la selección del contratista, facultad que limita el decreto reglamentario<sup>29</sup>.

El juez administrativo reprochó entonces la atribución reglamentaria del Gobierno al haber interferido en un ámbito reglamentario que el mismo legislador reservó a la administración contratante a través de la elaboración de los pliegos de condiciones. Por ello, como en otros eventos, fue necesario que el legislador estableciera directamente la diferencia entre factores de habilitación de los proponentes y factores que otorgan puntaje a las propuestas (Ley 1150/07, art. 5.º).

La competencia reglamentaria en materia contractual está así lejos de ser campo exclusivo del Presidente de la República, y las propias entidades contratantes tienen un importante papel en la materia.

## 2. Competencia y capacidad en materia contractual

Desde otro punto de vista, la reglamentación también se ve restringida por la concepción de la competencia en materia de contratación pública. Bajo el principio de legalidad, las entidades públicas ven limitadas sus actuaciones, por cuanto tan solo pueden ejercer la competencia definida concretamente por ley o reglamento<sup>30</sup>, razón por la cual la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado

---

29 CE, sec. III, auto 01/04/04, exp. 26105. Apreciación confirmada por la sentencia que anuló el artículo, sent. 03/12/07.

30 CN, art. 121: "Ninguna autoridad del Estado podrá ejercer funciones distintas de las que le atribuyen la Constitución y la ley".

CN, art. 122: "No habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en ley o reglamento".

CN, art. 6.º "Los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes. Los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones".

consideró en el pasado que las entidades públicas no podían pactar cláusulas de mora en sus contratos, en la medida en que no existía norma expresa que las habilitara en vigencia del antiguo Estatuto contractual<sup>31</sup>. Sin embargo, poco tiempo después, la sección contenciosa de la corporación revisó esta estricta aplicación del principio de legalidad en materia contractual.

Si bien es cierto que en aquel campo contractual la competencia de la entidad pública contratante está ligada por ciertas normas superiores de obligado acatamiento, que regulan, unas el proceso de contratación, sus requisitos y formalidades (artículos 25 y siguientes del Decreto 222 de 1983), y otras que deben figurar como cláusulas forzosas o de obligatoria consagración dentro de cada contrato (artículo 60 del citado Decreto 222), no es menos cierto que por permisión del mismo Estatuto contractual, en todo contrato se podrán estipular además, salvo disposición en contrario, las cláusulas propias o usuales conforme a su naturaleza.

Significa lo anterior que mientras el aspecto obligatorio del contrato no es más que corolario de la regla de competencia (la administración no podrá hacer sino lo expresamente autorizado), el aspecto que podría calificarse como convencional, se gobierna por la regla de la capacidad, en la que se puede hacer todo aquello que no esté expresamente prohibido<sup>32</sup>.

La materia contractual presenta entonces una flexibilidad mayor que la existente en otros tipos de actuación administrativa. La administración fija su voluntad no solo en desarrollo de la reglamentación que a ella se aplica, sino también de conformidad con el acuerdo de voluntades que establece con otro sujeto jurídico, en la mayoría de casos privado, lo que implica el reconocimiento de cierta liber-

---

31 CE, Sala de Consulta y Servicio Civil, conc. 10/08/87, exp. 115.

32 CE, sec. III, sent. 13/05/88, exp. 4303.

tad muy significativa al momento de precisar las distintas cláusulas que regularán el negocio jurídico que celebra. Esta condición inherente a la contratación restringe así las posibilidades de afectación de la voluntad administrativa por parte del reglamento.

## **B. Materias no reglamentables**

La potestad reglamentaria del Presidente también se ve limitada por la existencia de ciertas materias que no pueden ser objeto de reglamentación.

En primer lugar, el reglamento no puede determinar tipos contractuales ni definir contenidos específicos de los negocios jurídicos celebrados por las entidades públicas. La jurisprudencia administrativa se muestra celosa de todo complemento a los contratos incorporado a través de decretos gubernamentales. El Consejo de Estado rechazó que el reglamento estableciera definiciones de un contrato de concesión o formas de remuneración distintas a las establecidas en la ley<sup>33</sup>. Igualmente, la corporación anuló un decreto que introdujo cláusulas específicas a los contratos de concesión portuaria, cuando el legislador reconoció a las sociedades portuarias libertad en el desarrollo de su objeto social<sup>34</sup>.

El universo que tienen los contratos surge ora de la ley, ora de la voluntad de las partes. En el primer caso, los requisitos esenciales y naturales los fija la ley, nunca el reglamento. No existen negocios jurídicos civiles, comerciales o administrativos etc. tipificados por el ejecutivo en ejercicio de las facultades que le confería el ordinal 3 del artículo 120 de la Constitución Nacional de 1886<sup>35</sup>.

---

33 CE, sec. III, sent. 27/10/05, exp. 23583.

34 CE, sec. III, sent. 24/07/97, exp. 12621.

35 CE, sec. III, sent. 03/02/94, exp. 6323.

Además, el reglamento no puede crear condiciones de los procedimientos de selección de los contratistas que deban ser incluidas en los pliegos de condiciones porque, como hemos visto, la configuración de estos compete a las entidades contratantes directamente. En Colombia no existen pliegos de condiciones generales, concebidos en otras legislaciones como reglamentos que se imponen a las distintas administraciones. La Ley 80 fija unos parámetros muy generales, dirigidos a las entidades públicas cuando elaboren los pliegos necesarios para cada contrato, en los cuales tan solo se define la necesidad de indicar la especificación clara del bien o servicio objeto del contrato, las condiciones objetivas de participación y la prohibición de incluir condiciones de imposible cumplimiento<sup>36</sup>. Sobre esta base, corresponde a cada entidad determinar el contenido concreto de los pliegos, sin que puedan establecerse reglas adicionales a través de reglamentos. El Consejo de Estado declaró así que una circular reglamentaria no podía imponer la presentación del estado de las obligaciones tributarias de cada proponente y la declaración tributaria sobre la renta

---

36 Ley 80, art. 24, num. 5.º: “En los pliegos de condiciones o términos de referencia:

“a) Se indicarán los requisitos objetivos necesarios para participar en el correspondiente proceso de selección.

“b) Se definirán 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.

“c) Se definirán con precisión las condiciones de costo y calidad de los bienes, obras o servicios necesarios para la ejecución del objeto del contrato.

“d) No se incluirán condiciones y exigencias de imposible cumplimiento, ni exenciones de la responsabilidad derivada de los datos, informes y documentos que se suministren.

“e) Se definirán reglas que no induzcan a error a los proponentes y contratistas y que impidan la formulación de ofrecimientos de extensión ilimitada o que dependan de la voluntad exclusiva de la entidad.

“f) Se definirá el plazo para la liquidación del contrato, cuando a ello hubiere lugar, teniendo en cuenta su objeto, naturaleza y cuantía”.

y complementarios que soporte la información tributaria allegada,

... al considerar que está por fuera de las atribuciones de la DIAN [Unidad Especial de Impuestos y Aduanas Nacionales], fijar reglas de carácter obligatorio para que sean cumplidas por las entidades públicas en los procesos de contratación, dado que el Estatuto de Contratación de la Administración Pública reservó a la entidad pública contratante la atribución de definir en los pliegos de condiciones los requisitos objetivos necesarios para que los particulares participen en los procesos de selección<sup>37</sup>.

Bajo la misma lógica, el juez administrativo suspendió un reglamento que creó una variante de la licitación pública consistente en la conformación dinámica de las ofertas, procedimiento en el que los proponentes podrían presentar un proyecto de oferta inicial, que sería mejorado mediante la realización de posturas sucesivas en un ambiente público y concurrencial, hasta la conformación de su oferta definitiva<sup>38</sup>. El Consejo de Estado consideró que “este trámite constituye un elemento extraño al proceso que el legislador, a quien compete expedir el estatuto de contratación de la administración pública en conformidad con el inciso final del art. 150 de la CP, estableció para el efecto”<sup>39</sup>.

Una vez más, fue necesario que el legislador estableciera de manera expresa la posibilidad de esta modalidad de ofertas, como también lo hizo con relación a los procedimientos de mínima cuantía<sup>40</sup> y al procedimiento para la imposición de multas<sup>41</sup>, luego de que el Consejo de Estado

---

37 CE, sec. III, sent. 28/04/05, exp. 17103.

38 Dcto. 2170 de 2002, art. 5.º.

39 CE, sec. III, auto 03/0305, exp. 24524.

40 Ley 1450/11, art. 274.

41 Ley 1474/11, art. 86.

anulara las normas reglamentarias respectivas<sup>42</sup>. Como en los otros casos, el juez administrativo encontró que las materias tenían reserva legal.

El importante esfuerzo que realiza la Agencia Colombia Compra Eficiente para “diseñar e implementar documentos estandarizados y especializados por tipo de obra o servicio”, como se presenta en su página de Internet<sup>43</sup>, no se traducen en verdadera reglamentación con efecto normativo para las entidades<sup>44</sup>. La Agencia carece de competencias regulatorias o normativas al respecto.

En efecto, ni el objeto (art. 2.º) ni las funciones (art. 3.º) que la ley de creación confió a la Agencia (Dcto.-Ley 4170/11) comprenden competencias normativas sobre la contratación. Aunque el numeral 2.º del artículo 3.º le confiere las funciones de “desarrollar, implementar [...] normas [...] que faciliten las compras y contratación pública del Estado y promuevan las mejores prácticas”, ello no puede concebirse como una competencia específicamente normativa. Su misión de carácter técnico es promover las mejores condiciones de contratación, lo que comprende la realización de estudios y diagnósticos (num. 4.º), la difusión de normas, reglas y procedimientos (num. 10), el brindar apoyo a entidades territoriales (num. 11) y la promoción de políticas y normas ante el Gobierno Nacional (num. 1.º). Estas labores de apoyo, tanto a las entidades contratantes como al Gobierno Nacional, no comportan una función normativa propia. La función normativa constituiría, necesariamente, un desarrollo de la ley, de naturaleza reglamentaria o regulatoria. Y, aunque la Corte Constitucional ha explicado que la función

---

42 Dcto. 2774/08, arts. 87 (procedimiento para imposición de multas) y 46 (procedimiento de mínima cuantía), anulados por CE, sec. III, sent. 14/04/10, exp. 36054B).

43 <http://www.colombiacompra.gov.co/es>

44 Ver en este libro el artículo “Pliegos de condiciones”, en el que se abordan las limitaciones para la adopción de pliegos por reglamento.

reglamentaria no es exclusivamente del Presidente de la República<sup>45</sup>, solo este puede desarrollarla de manera general, de suerte que su ejercicio por otros órganos es excepcional, subordinado a la habilitación constitucional y limitado a las materias establecidas por la Carta<sup>46</sup>. La Corte entiende así que la competencia reglamentaria de los ministerios les permite “ejecutar la ley en el ámbito de su especialidad”, por cuanto la Carta les otorga esa competencia (art. 208) y constituyen el Gobierno Nacional, junto con los directores de departamento administrativo y el Presidente (CP, art. 115). Son entonces la “máxima autoridad administrativa en el área correspondiente”<sup>47</sup>. Por consiguiente, la ley que creó la Agencia no podría así, sin violar la Constitución, otorgarles competencias regulatorias o reglamentarias contractuales generales. En este sentido, la presentación de los distintos manuales (codificación de bienes y servicios, acuerdos marco de precios, plan anual de adquisiciones, identificación y cobertura del riesgo, capacidad residual, selección de mínima cuantía, aplicación de acuerdos co-

---

45 cc, sent. C-738/01.

46 cc, sent. C-384/03: “La potestad reglamentaria, entendida como la capacidad de producir normas administrativas de carácter general, reguladoras de la actividad de los particulares y fundamento para la actuación de las autoridades públicas, la tiene asignada de manera general, en principio, el Presidente de la República, en virtud de lo dispuesto en el artículo 189-11 de la Carta Política, quien puede ejercerla en cualquier momento sin necesidad de que la ley así lo determine en cada caso. Excepcionalmente, y por disposición constitucional, existe un sistema de reglamentación especial respecto de ciertas materias y para determinados órganos constitucionales, al margen de la potestad reglamentaria del Presidente de la República. Tal es el caso del Consejo Superior de la Judicatura, de la Junta Directiva del Banco de la República, del Consejo Nacional Electoral y de la Contraloría General de la República”. cc, sent. C-307/04: “de acuerdo con la Constitución las competencias reglamentarias especiales son aquellas expresamente conferidas por la Constitución y por fuera de ese ámbito, la potestad reglamentaria para la cumplida ejecución de las leyes corresponde al Presidente de la República”. Sentencias reiteradas por CE, sec. III C, sent. 02/12/13, exp. 41719.

47 cc, sent. C-917/02.

merciales internacionales, verificación de los requisitos habilitantes, estudios del sector), así como las minutas de contrato (fiducia mercantil para la administración y pago de recursos recibidos a título de anticipo, contrato de obra pública) o los documentos tipo (pliego de condiciones para contrato de obra) constituyen auxiliares técnicos para las entidades públicas y no reglamentación. En este sentido, por ejemplo, la minuta del contrato de fiducia expresa: “Colombia Compra Eficiente pone a disposición el presente documento tipo de contrato de fiducia para la administración y pago de recursos de anticipo, de acuerdo con lo previsto por el artículo 91 de la Ley 1474 de 2011. El documento tipo debe adaptarse a las condiciones particulares del Proceso de Contratación”. Después de las múltiples sentencias del Consejo de Estado mediante las cuales anuló numerosas disposiciones de reglamentos gubernamentales, cada vez que agregaban o complementaban los textos legales o restringían libertades a favor de las entidades contratantes, establecidas por la ley, el Decreto 1510/13 es cuidadoso en confiar a la Agencia tan solo “los lineamientos para la elaboración de los manuales de contratación por parte de las entidades contratantes (art. 160).

En fin, un tercer tema restringido para el reglamento es el relacionado con la capacidad de contratación de los particulares. A diferencia del principio de legalidad que rige la competencia de la administración, y aunque esta se encuentra flexibilizada en materia contractual, como tuvimos oportunidad de resaltarlo, la capacidad de los particulares se rige por el principio de libertad, en virtud del cual “toda persona es capaz, excepto aquellas que la ley declara incapaces” (cc art. 1503). Por consiguiente las distintas limitaciones a la capacidad de contratación han de encontrar un fundamento legal y no podrán ser establecidas a través de reglamento. Por ello, la jurisprudencia considera sistemáticamente que las causales de inhabilidades e incompatibilidades, restrictivas de la capacidad de contratación de los particulares en



razón de ciertas condiciones o situaciones de estos, siempre deben estar previstas por una norma de carácter legal, por lo que el reglamento no puede crear este tipo de limitaciones a la capacidad contractual. Esta reserva legal restringe incluso la creación de inhabilidades o incompatibilidades mediante los pliegos de condiciones o términos de referencia establecidos por las entidades contratantes<sup>48</sup>.

### C. Materia legal mínima reglamentable

La Corte Constitucional ha explicado que el “requisito fundamental que supone la potestad reglamentaria es la existencia previa de un contenido o materia legal por reglamentar”. La Constitución consagra una distribución de tareas entre los distintos órganos y ramas del poder público (art. 113) que no puede desnaturalizarse. Las competencias otorgadas al Congreso no pueden trasladarse a otros órganos, sin violar el artículo 113 de la Carta de 1991<sup>49</sup>. La “deslegalización” es así rechazada por la Corte y, por ello, cuando admitió que la Ley 32/79 reconociera a la Comisión Nacional de Valores (hoy Superintendencia de Valores) la facultad reglamentaria para regular aspectos del mercado público de valores, lo subordinó a que no se expidieran normas contrarias a las legales, atribuidas al Congreso. Es decir, su facultad reglamentaria es residual y subordinada tanto a la ley como a los reglamentos gubernamentales<sup>50</sup>. Apoyada en esta concepción, la Corte consideró que la ley no podía confiar al reglamento la definición del contenido mínimo que deben tener los dictámenes de los revisores fiscales para soportar los “*estados financieros dictaminados*” de las sociedades (Ley 222/95, art. 38). La finalidad del re-

---

48 CE, sec. III, sents 20/09/02, exp. 10989 y 11/12/03, exp. 14652; Sala de Consulta y Servicio Civil, conc. 30/10/96, exp. 925 y 10/08/06, exp. 1767.

49 CC, sent. 564/95.

50 CC, sent. C-397/95.

glamento de proveer lo necesario para la “*cumplida ejecución de las leyes*” no fue respetada cuando aquel definió estos contenidos mínimos, en reemplazo del Código de Comercio, que contiene un capítulo destinado al *revisor fiscal*<sup>51</sup>. En este caso, el reglamento carecía de materia a reglamentar, por cuanto él mismo la creaba.

La misma sentencia también consideró inexecutable atribuir al reglamento la definición de los “principios de contabilidad generalmente aceptados”, en la medida que la ley no establece parámetros claros de su contenido. Con el mismo razonamiento, la Corte encontró que la remisión genérica al reglamento en la determinación de los incentivos para recuperar el patrimonio arqueológico y cultural de la Nación carecía de “criterios básicos o parámetros legales para que el Gobierno concrete el contenido y monto de la recompensa” prevista en por la ley<sup>52</sup>. Así mismo, la Corte entendió que cuando la ley permite la creación de Unidades Inmobiliarias Cerradas, siempre que no se afecte *significativamente* el espacio público, el legislador “no ofrece parámetros inteligibles, claros y orientadores que permitan establecer en qué casos procede [su] conformación”<sup>53</sup>. Si bien es posible que la ley reconozca un margen suficiente al reglamento para su desarrollo específico, según circunstancias diversas y cambiantes, deben existir criterios mínimos definidos por ella.

Estos ejemplos jurisprudenciales dejan sin embargo un margen importante de incertidumbre sobre el alcance de tales criterios mínimos, los parámetros claros y orientadores fijados en la ley, que permitan considerar que el legislador ha creado suficiente *materia reglamentable*. La contratación pública ofrece un ejemplo de la consideración genérica y

---

51 cc, sent. C-290/97.

52 cc, sent. C-474/07, inexecutable parcial del artículo 9.º de la Ley 397/99.

53 cc, sent. C-265/02, inexecutable parcial del inciso 3.º del artículo 64 de la Ley 675/01.

abstracta que la misma Corte Constitucional puede dar al contenido legal mínimo suficiente. El párrafo 2.º del artículo 24 de la Ley 80/93 confió al Gobierno la expedición de “un reglamento de contratación directa, cuyas disposiciones garanticen y desarrollen los principios de economía, transparencia y selección objetiva previstos en [esta ley]”. El párrafo fue impugnado por considerarlo inconstitucional, por cuanto la materia debía ser regulada por la ley. La Corte rechazó la demanda al entender que la ley definía un “contenido material legislativo” reglamentable, en la medida en que subordinaba la potestad reglamentaria a “los parámetros establecidos expresamente en el párrafo”, en armonía con los principios de la función administrativa (CN, art. 209). En su aclaración de voto, el magistrado ÁLVARO TAFUR GALVIS expuso sus dudas sobre la suficiencia del análisis realizado por la sentencia, con relación a la definición mínima legal para el desarrollo del reglamento: la mención explícita de la ley a la contratación directa se encuentra en el artículo 24, que establece la regla general de la licitación y tan solo los eventos excepcionales de contratación directa. Además, los principios de contratación, establecidos como referentes al reglamento, se desarrollan en la ley con relación a la contratación ordinaria, fruto de licitación o concurso. Por su parte el magistrado MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA también aclaró su voto resaltando que, si bien toda la ley fija la posición del legislador respecto de la contratación directa, el principio de reserva de ley impone la definición de la institución a reglamentar, la delimitación de sus alcances y el señalamiento de los propósitos que debe cumplir la ley dentro del ordenamiento jurídico, so pena de delegar en el reglamento materia legislativa. La regla del desarrollo del reglamento inversamente proporcional a la extensión de la ley tiene así límites materiales: “el legislador no puede dejar de adoptar las decisiones básicas que el Constituyente le ha confiado”.

Las aclaraciones de voto consignan en realidad elementos que darían para efectuar salvamentos, por cuanto las exigencias del material mínimo legal que relacionan brillan por su ausencia tanto en la ley como en el análisis de la sentencia. En efecto, fundar el parámetro de reglamentación de la contratación directa en el artículo 24 de la ley, que precisamente consagra la regla general opuesta de la licitación, es un contrasentido, una verdadera aporía. Igualmente, el que el artículo indique los eventos excepcionales de contratación directa nada dice sobre *el rumbo básico, los contornos ni el sentido* que han de tener los procedimientos respectivos. La ley tampoco *define* la institución de la contratación directa, ni *delimita sus alcances*, ni *señala sus propósitos esenciales* por el solo hecho de remitirse a los principios de la contratación, que por lo demás tienen aplicaciones variables según los procedimientos de contratación. La ausencia de elementos esenciales definidos por la ley se constata con la variedad de las concepciones que han tenido los distintos reglamentos de la contratación directa y las múltiples decisiones del Consejo de Estado anulatorias de los reglamentos que han querido definir lo que el legislador no definió.

## II. REGLAMENTACIÓN DERIVADA DE LA VOLUNTAD DEL LEGISLADOR

En la medida en que el objetivo del reglamento es la aplicación efectiva de la ley reglamentada, existe una relación íntima entre los dos tipos de normas, no solo por el criterio jurisprudencial referido de la amplitud inversamente proporcional entre reglamento y ley, sino también por la necesidad de reglamentar conservando el espíritu de la ley. Bajo este criterio, de manera concreta para la reglamentación de la Ley 80 de contratos estatales, hay que considerar tanto la concepción general del legislador al votar el Estatuto de contratación como la práctica específica de la reglamentación del mismo.

## A. Concepción general de la Ley 80/93

La Ley 80/93 concretó una reacción del legislador frente al excesivo reglamentarismo del antiguo Estatuto contractual (Dcto.-Ley 222/83). El resultado de este propósito fue la adopción de un estatuto fundado en principios generales de contratación y en la autonomía de la voluntad. En uno y otro caso es necesario determinar si ellos amplían o restringen la competencia reglamentaria.

El Consejo de Estado ha enunciado que una ley de principios amplía la competencia reglamentaria en la medida en que los principios delimitan reglas generales que se desarrollan de manera específica a través del reglamento<sup>54</sup>. Bajo el aspecto cuantitativo, el enunciado es reflejo de la tradición jurisprudencial que indica que la extensión del reglamento es inversamente proporcional al detalle contemplado por la ley. Sin embargo, no es evidente, desde un punto de vista cualitativo, que ello también sea así. El Consejo de Estado ha destacado que la amplitud de la reglamentación está íntimamente determinada por el espíritu de la ley reglamentada. Es lo que permite enunciar que en materias económicas el legislador conscientemente restringe el detalle de la ley que adopta, para dejar al Gobierno su desarrollo y adaptación, como lo hemos visto. Las leyes marco, que mejor caracterizan esta técnica, se limitan a la delimitación general de una materia, que será luego concretada y adaptada por el reglamento. La jurisprudencia citada explica cómo estas leyes necesitan un desarrollo reglamentario para poder obtener su aplicación y ejecución<sup>55</sup>.

Pero hemos visto ya que las materias objeto de leyes marco son restringidas y no comprenden la contratación pública. Por el contrario, el panorama de una ley de princi-

---

54 CE, sec. III, sent. 01/06/00, exps. acumulados 12038 y 14092.

55 CC, sent. C-668/06.

prios como la Ley 80/93 parece ser bien diferente. Como se planteó en la exposición de motivos del proyecto de la ley<sup>56</sup> y como fue desarrollado en los debates parlamentarios, la voluntad del legislador fue entregar a los administradores públicos una herramienta versátil capaz de auspiciar una transformación en la gerencia pública. Liberados de las múltiples y detalladas disposiciones referentes a la contratación pública, las administraciones deberían contar con una guía general de su comportamiento contractual. En esta misma línea, la Corte Constitucional ha resaltado que el Estatuto contractual no es un estatuto único y comprensivo de todos los aspectos contractuales de todas las administraciones. Se trata de un estatuto general que no tiene una regulación integral y casuística de la contratación<sup>57</sup>. Por consiguiente, el propósito del legislador fue delimitar sólo los principios que rigen la contratación pública, con el fin de orientar la gestión contractual. A diferencia de una ley general o de una ley marco, la técnica legislativa de los principios no busca un desarrollo ulterior a través del reglamento, sino unas bases para la actuación inmediata, sin que sea necesaria la intermediación del desarrollo reglamentario. El objetivo del reglamento se ve así doblemente restringido. Por una parte, este no es *necesario* para poder ejecutar la ley, en la medida en que la ley ha determinado concretamente los principios *necesarios* para su aplicación, sin que existan vacíos o aspectos indefinidos que necesiten desarrollos ulteriores, sino lineamientos suficientes, a manera de brújula de la actuación administrativa. Y por otra parte, las normas generales necesitan una concreción por parte del reglamento gubernamental, mientras que en la ley de principios la realización de estos estará a cargo de los destinatarios de la ley.

---

56 Proyecto de ley n.º 149 de 1992; Gaceta del Congreso, año 1, n.º 75, 23 de septiembre de 1992.

57 cc, sent. C-949/01.

El silencio del legislador sobre ciertos aspectos contractuales no constituye entonces una habilitación para su regulación por el reglamento, sino el reconocimiento de libertad a favor de la administración, fundado en el principio de autonomía de la voluntad, que el mismo legislador estableció en materia contractual (Ley 80/93, arts. 32 y 40). La *ejecución cumplida de la ley* no necesita en estos eventos la intermediación del reglamento. Frente a la autonomía contractual, el reglamento no puede desvirtuar la libertad de configuración del negocio definida por el legislador.

Además, resultaría paradójico que una ley de principios, que busca sustituir la legislación reglamentarista, se viera amplificada por un apreciable número de decretos reglamentarios que llegarían al mismo resultado que se pretendía abandonar. De hecho, la reglamentación de principios parece contraria a su esencia. La Corte Constitucional ha explicado que los principios se caracterizan por ser *mandatos de optimización*, lo que los diferencia de las reglas, puesto que ellos son normas de organización que consagran valores éticos y de justicia, mientras que las reglas constituyen normas de conducta que deben ser expresamente cumplidas<sup>58</sup>. Si los principios guían a la administración para lograr de la mejor manera posible los valores que ellos consagran, su reglamentación en reglas específicas de conducta anula esta finalidad.

Por otra parte, también resulta trascendente el valor privilegiado que el legislador de 1993 otorgó a la autonomía de la voluntad, enarbolada así mismo como base esencial de la transformación de la Ley 80 tanto por el proyecto como por las discusiones parlamentarias<sup>59</sup>, y reconocida como

---

58 cc, sent. C-818/05. Ver en este libro artículo “El principio de eficacia en la contratación estatal”.

59 Ponencia del senador GUSTAVO ESPINOSA: “Se trata de dinamizar los procesos de contratación estableciendo un adecuado equilibrio entre autonomía de la voluntad y potestades excepcionales, por una parte, y entre libertad de

base del nuevo estatuto por la jurisprudencia tanto de la Corte Constitucional<sup>60</sup> como del Consejo de Estado<sup>61</sup>. El legislador quiso entonces entregar un campo de libertad a la administración contratante para que esta pudiese desarrollar más significativamente su competencia contractual con la autodeterminación implícita a la noción de autonomía de la voluntad. Si bien es cierto esta autonomía referida a la administración pública encuentra restricciones más significativas que las aplicables a los particulares, en razón de las finalidades, principios y reglas particulares de la función administrativa, ello se traduce en limitaciones de lo que se puede denominar un *orden público administrativo* establecido por el conjunto de los preceptos constitucionales y legales en la materia, mas no en desarrollos reglamentarios, que extralimitarían los parámetros de comportamiento definidos para la administración contratante por el Estatuto de contratación.

## B. Práctica de la reglamentación

Los fundamentos conceptuales anteriores, referidos a las limitaciones de la reglamentación en materia contractual, podrían verse desvirtuados por la amplitud de la regla-

---

gestión y mayor responsabilidad, por la otra": en Jaime Betancur, *Nuevo Estatuto General de la Contratación Administrativa*, Medellín, Díké, 1995, p. 161. Ponencia de los representantes Héctor Anzola, Iván Lozano, Jorge Ariel Infante, Édgar Papamija, Luis Fernando Almario y Raúl Rueda: "En su contenido se da un mayor campo de acción a la autonomía de la voluntad, sin perjuicio de las potestades excepcionales del Estado. Se trata de una normatividad que busca que el servidor público pueda desplegar toda su capacidad de innovación, gestión y administración para el cabal cumplimiento de los objetivos encomendados a la entidad pública a su cargo, con un claro y severo régimen correlativo de responsabilidad" (ibíd., p. 168).

60 CC, sents. C-230/95, C-154/96 y C-154/97.

61 CE, sec. III, auto 19/02/98, exp. 14162; sents. 16/0398, exp. 11196; 04/05/98, exp. 11422; 04/05/00, exp. 13073; Sala de Consulta y Servicio Civil, conc. 14/12/00, exp. 1293.



mentación del Estatuto contractual, que sumaron en un momento más de cuarenta y, pese a su concentración en uno solo en el Decreto 1510/13, este tiene 163 artículos. La reducción del articulado del Estatuto general frente al antiguo estatuto contenido en el Decreto-Ley 222/83 se vería así desvirtuada con un enorme cúmulo de reglamentación que este último no tenía.

Sin embargo, el análisis de esta reglamentación no permite confirmar esta conclusión, sino reforzar la fundamentación conceptual expuesta. La jurisprudencia administrativa refrenda los reglamentos fundamentados en la necesidad de concreción de algunos textos genéricos del Estatuto contractual, pero anula sistemáticamente aquellos que pretenden precisar, definir o restringir temáticas que el legislador decidió dejar abiertas para que fueran concretadas por la administración contratante y no por el reglamento gubernamental.

Como primer ejemplo del grupo de reglamentación lícita de aspectos generales, podemos citar un decreto que estableció: “los pliegos de condiciones o términos de referencia deberán indicar el presupuesto oficial para la licitación o concurso y las consecuencias que se deriven del hecho de que las propuestas no se ajusten al mismo”<sup>62</sup>.

El artículo fue demandado con el argumento, entre otros, de la extralimitación de la competencia reglamentaria. Para el demandante, el Presidente habría modificado el espíritu de la Ley 80 reglamentada, por cuanto esta prohíbe tener el precio como único factor de selección de las ofertas. Por el contrario, el reglamento permite que el presupuesto se convierta en factor de exclusión de las mismas, lo que no estuvo previsto por la norma legal. Luego de recordar las bases de la competencia reglamentaria, el Consejo de Estado desestimó las pretensiones, al encontrar que el artículo de-

---

62 Dcto. 287/96, art. 1.º.

mandado tan solo desarrollaba las disposiciones de la Ley 80 que buscan una selección objetiva, en especial aquella que prescribe la obligación de señalar las condiciones relativas al costo y calidad de los bienes, obras o servicios necesarios para la ejecución del objeto del contrato,

... lo que demuestra claramente que el legislador consideró que este aspecto es uno de aquellos que debe ponerse en conocimiento de los oferentes, para garantizar la transparencia del proceso de selección. Ahora bien, el presupuesto oficial disponible para la licitación o concurso constituye, simplemente, uno de los elementos que determinan dichos costos, de manera que su indicación en el pliego de condiciones, lejos de contradecir la norma citada, la desarrolla, para facilitar su ejecución<sup>63</sup>.

Un segundo caso de reglamento lícito también se refiere a la reglamentación de procedimientos de selección de contratistas: un artículo de la ley de contratos establece:

... de acuerdo con la naturaleza, objeto y cuantía del contrato, en los pliegos de condiciones o términos de referencia, se señalará el plazo razonable dentro del cual la entidad deberá elaborar los estudios técnicos, económicos y jurídicos necesarios para la evaluación de las propuestas y para solicitar a los proponentes las aclaraciones y explicaciones que se estimen indispensables. (Ley 80, art. 30, num. 7.)

Por su parte, un decreto reglamentario dispuso:

... cuando la entidad estatal establezca que el plazo del numeral 7.º del artículo 30 de la Ley 80 de 1993 previsto originalmente en los pliegos de condiciones o términos de referencia no garantice el deber de selección objetiva podrá modificarlo

---

63 CE, sec. III, sent. 19/07/00, exp. 12037.

determinando un nuevo plazo que no podrá exceder del término inicialmente definido<sup>64</sup>.

Aunque el demandante consideró que la norma reglamentaria establecía un plazo adicional, no previsto por el legislador, el Consejo de Estado ratificó su legalidad, al considerar que la expresión “plazo razonable” de la ley constituye un concepto jurídico indeterminado, por cuanto la razonabilidad del plazo no puede establecerse concretamente sino cuando se realicen los estudios necesarios para el análisis de las ofertas, lo que justifica que la administración pueda ampliarlo en ese momento para poder concretar la razonabilidad del plazo<sup>65</sup>.

El tercer caso característico que puede citarse se refiere a la consagración de una excepción a la aplicación de la Ley 80, establecida por la misma ley, referida a “los contratos que celebren los establecimientos de crédito, las compañías de seguros y las demás entidades financieras de carácter estatal, que correspondan al giro ordinario de las actividades propias de su objeto social” (art. 32, par. 1.º).

Un reglamento estableció que “se entiende incluida dentro del giro ordinario la póliza global bancaria”<sup>66</sup>. El recurrente consideró ilegal esta inclusión por cuanto la póliza global bancaria tan solo constituye un contrato del giro ordinario de las aseguradoras y no de las demás entidades financieras públicas. Sin embargo, el Consejo de Estado analizó el régimen jurídico de las entidades financieras, en particular el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, para determinar que aunque en efecto la póliza global no entra en la calificación explícita del giro ordinario de todas las entidades financieras, sí constituye un contrato que tiene un vínculo directo y esencial con las actividades financieras

---

64 Art. 4 del Dcto. 287 de 1996.

65 CE, sec. III, sent. 01/06/00, exp. 12038.

66 Art. 21, inc. 3.º, del Dcto. 679 de 1994.

de todas estas instituciones públicas, lo que legitima que el decreto reglamentario incluya este tipo de contratos en las excepciones a la Ley 80.

3.3.3. El concepto giro ordinario de las actividades, constituye un concepto jurídico indeterminado. Pese a que se ha precisado bastante lo que debe entenderse por lo que en la norma demandada –y a su vez [en] la que ésta reglamenta– se denomina “giro ordinario de las actividades”, no puede desconocerse que se trata de un concepto especialmente problemático, sobre todo porque su contenido no es absolutamente preciso y concreto, sino que corresponde a un típico concepto jurídico indeterminado<sup>67</sup>.

Por el contrario, el juez administrativo sanciona los excesos del reglamento cuando desconocen la amplitud establecida por la ley contractual. Así, el Consejo de Estado encontró ilegal el reglamento que restringía la posibilidad, reconocida por la ley a las partes, de establecer la repartición de los gastos para el pago de la publicación del contrato. En efecto, mientras que la ley dispuso que los derechos de publicación de los contratos celebrados por entidades del orden nacional en el Diario Único de Contratación Pública serían a cargo del contratista o de quien estuviese obligado a ello según el contrato<sup>68</sup>, el decreto reglamentario estableció que tal obligación de pago de los derechos de publicación sería únicamente a cargo del contratista<sup>69-70</sup>.

El reglamento tampoco puede imponer la transmisión de la apertura de licitaciones a la confederación de las cámaras de comercio, por cuanto se trata de medidas no previstas en

---

67 CE, sec. III, sent. 06/07/05, exp. 11575.

68 Ley 190/95, art. 60.

69 Dcto. Regl. 1477 de 1995, art. 3.º.

70 CE, sec. III, auto 22/05/96, exp. 11795, reiterando la argumentación de la suspensión provisional, el Consejo de Estado anuló apartes de las normas demandadas (sent. 05/02/98).

la Ley 80<sup>[71]</sup>. El Consejo de Estado también anuló artículos de un decreto reglamentario del registro de proponentes<sup>72</sup>, en el que se establecía la condena en costas y el recurso de apelación en los procedimientos administrativos de anulación del registro de un proponente, por cuanto se trataba de medidas que tampoco fueron previstas en la Ley 80 reglamentada<sup>73</sup>.

Finalmente, frente a este control estricto de los parámetros de reglamentación, no podemos dejar de insistir en la tercera y última categoría de reglamentación, que constituye una ampliación formidable de la competencia reglamentaria. Con ella el reglamento se acerca a la facultad legislativa, en virtud de la voluntad misma del legislador. Hemos recalcado que la amplitud de la reglamentación tiene estrecha relación con la ley reglamentada, pero, ¿qué pasa si la voluntad del legislador es designar unos poquísimos elementos y dejar expresamente al Gobierno el desarrollo integral de la materia?

Sabemos que es este el caso de la reglamentación del procedimiento de contratación directa, cuando el legislador se limitó a establecer los eventos que darían lugar a la contratación directa (art. 24, num. 1.º) y previó que el procedimiento sería establecido por el Gobierno Nacional a través de “un reglamento de contratación directa, cuyas disposiciones garanticen y desarrollen los principios de economía, transparencia y selección objetiva previstos en [la misma Ley 80]. La Corte Constitucional, como hemos visto, y el Consejo de Estado han considerado en varias ocasiones que estos lineamientos son base suficiente para

---

71 CE, sec. III, auto 20/05/99, exp. 15477. Ratificando la suspensión provisional proferida contra el artículo 33 de la resolución 2125 de la Superintendencia de Industria y Comercio, el Consejo de Estado lo anuló por sentencia 23/04/08.

72 Dcto. 856 de 1994, arts. 17 y 20.

73 CE, sec. III, sent. 23/03/00, exp. 10077.

el desarrollo reglamentario”<sup>74</sup>. Estando definidos en la ley los casos de contratación directa y la obligación de respetar los principios establecidos por la misma Ley 80, el Gobierno Nacional tiene, según la jurisprudencia, una base suficientemente definida para desarrollar el reglamento ordenado por el legislador.

No obstante, como lo analizamos en la primera parte de este estudio, cabe preguntarse si esta técnica conserva los elementos de la reglamentación o si, como lo han afirmado los demandantes en los procesos citados, el legislador otorga veladamente al Presidente de la República facultades legislativas y no reglamentarias, para que establezca y defina toda una temática muy significativa de la materia contractual. A diferencia de la reglamentación de las leyes generales, incluso de las leyes marco, el legislador no definiría aquí una concepción clara, aunque genérica, de la materia a reglamentar, sino que otorgaría al Presidente la facultad de definirla prácticamente con la misma libertad que lo haría él mismo. Dos observaciones dan relieve a esta crítica de la reglamentación ordenada por la ley misma.

La primera pone de presente la enorme diferencia que existe entre la reglamentación inicial de la contratación directa, desarrollada por el Gobierno poco después de la Ley 80 a través del Decreto 855/94, y la concepción del Decreto 2170/02 y los que lo han substituido luego. Mientras el primer reglamento estableció un procedimiento flexible con poca publicidad y concurrencia, que otorgaba a la administración contratante un amplio margen de discrecionalidad para escoger a su contratista, desde el Decreto 2170/02 se estableció una restricción importante de la autonomía, para convertir la mayoría de procesos de contratación directa en licitaciones, tan solo un poco aligeradas. Bien es cierto que la vocación del reglamento es adaptarse a las condiciones

---

74 CC, sents. C-949/01 y C-508/02; CE, sec. III, sent. 22/03/01, exp. 9840.

cambiantes, y que en materia de contratación directa la flexibilidad puso de presente el riesgo del favoritismo y la corrupción, por lo que el reglamento de 2002 limitó al máximo la libre decisión de las entidades en la selección de sus contratistas. Pero, ¿podría en verdad afirmarse que los dos reglamentos desarrollan un mismo parámetro general fijado por el legislador, cuando ellos tienen una concepción esencialmente diferente?

Y la segunda observación, en refuerzo de esta, se refiere al auto del Consejo de Estado por el que se confirmó la suspensión provisional del artículo 5.º del Decreto 2170, referido a la creación del procedimiento de la conformación dinámica de la oferta, en razón a que este no estuvo previsto por la ley reglamentada. En esa providencia, el Consejo de Estado hace sin embargo la salvedad de la posible aplicación de este procedimiento a la contratación directa, por cuanto frente a ella el Gobierno tenía una amplia facultad reglamentaria, otorgada por el legislador mismo. Parece paradójico que la corporación reproche al reglamento haber creado un procedimiento no previsto en la ley para la licitación pública, pero lo valide con relación a la contratación directa, en atención a que en este caso el Gobierno podía definir todo. Por lo menos flota la duda sobre el hecho de que en este último caso el Gobierno cumple una función legislativa delegada por el Congreso.

Como sea, esta técnica empleada de manera limitada en la Ley 80/93 se usa de manera reiterada en la Ley 1150/07 que confía al reglamento múltiples aspectos tan importantes como el establecimiento de pliegos de condiciones generales, los procedimientos de licitación pública, selección abreviada y concurso de méritos, las condiciones de los acuerdos macro de precios, las condiciones de verificación de la experiencia y calidades de los proponentes por las cámaras de comercio, el registro único de los proponentes, la publicación de los proyectos de pliegos de condiciones... La composición de la ley así reformada no es entonces el resultado de trabajo

legislativo. Fue necesario esperar el alcance del desarrollo (o complemento) por sus múltiples reglamentos, condensados hoy en el extenso Decreto 1510/13, para concretar realmente el alcance de la reforma. En estas condiciones, el propósito de la ley de principios puede verse bastante perturbado.



## 5. EL PLIEGO DE CONDICIONES\*

La complejidad creciente de la contratación estatal ha dado lugar a una proliferación de publicaciones sobre la materia, pero la mayoría se limita a comentarios deshilvanados sobre la compilación incompleta de la normatividad aplicable. El libro que se propone hoy al lector aborda una materia específica dentro del universo de la contratación pública, que en principio generaría dudas sobre la justificación de consagrar toda una publicación a tan solo una de las múltiples temáticas de la materia. Y sin embargo, su lectura fluida enriquece los distintos tópicos relacionados, sin que el lector encuentre reiteraciones en su tratamiento ni tecnicismos aptos únicamente para especialistas.

La variedad de los análisis del pliego de condiciones pone de presente a qué punto este documento, esencial para el procedimiento de selección de contratistas y para la ejecución misma del contrato, conserva una significativa indefinición normativa, contrario a lo que en principio puede creerse, y no ha sido objeto de un análisis sistemático en su caracterización y alcance. ¿Acto reglamentario, acto administrativo general, acto mixto? Lo cierto es que el pliego tiene una decisiva fuerza vinculante, no solo frente a los particulares proponentes y contratistas, sino también

---

\* Prólogo al libro de ÉDGAR GONZÁLEZ LÓPEZ, *El pliego de condiciones en la contratación estatal. La reforma consagrada en la Ley 1150 de 2007 y sus decretos reglamentarios*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2010.

frente a la administración misma, al punto de ser calificado de *ley de la licitación y del contrato*. Pese a ello, resulta difícil aprehender concretamente esta *ley de la licitación*, debido a su carácter difuso, tanto desde el punto de vista de su contenido como de la competencia para definir el alcance del pliego.

Sobre el contenido se dirá que es palmariamente identificable en el documento que lo contiene. El principio de transparencia, acentuado de manera reiterada con cada modificación legislativa y reglamentaria, impone la publicidad del pliego e incluso su proyecto, ampliamente difundidos hoy en el portal de Internet de contratación estatal. Pero este texto, fácilmente consultable, es la cristalización de todo el proceso de planificación que permitió la estructuración de la contratación a la que se refiere. El pliego integra así, explícita o implícitamente, los estudios previos realizados por la entidad, estudios que, sugeridos desde siempre por las reglas de sana y responsable gerencia pública, son hoy impuestos de manera expresa por el legislador y que, a su vez, se ven enriquecidos por los contenidos diversos que también se han ido detallando de manera creciente en la reglamentación.

Desde el análisis específico de la necesidad de contratar hasta la justificación de los factores de calificación, pasando por la selección argumentada del procedimiento de selección, las especificaciones técnicas de la prestación y del contrato a celebrar, su valor total y el análisis de los fundamentos de sus precios unitarios, la definición, tipificación, valoración y distribución de los riesgos inherentes al contrato, las garantías necesarias, los estudios financieros y técnicos, todo integra materialmente el pliego, aunque este enorme contenido no se encuentre incluido en el documento mismo publicado. Pero, además, el pliego también incorpora la estructura misma del contrato, a partir de la definición de las condiciones de su ejecución, que caracterizan las prestaciones de las partes. De allí que se considere la naturaleza mixta

del pliego: unilateral para el proceso de selección, bilateral, por estar integrado al contrato suscrito. El pliego tiene entonces también una vida después de la licitación, y como tal su contenido se proyecta fuera de él, en el contrato mismo.

Estas distintas temáticas, abordadas por el profesor GONZÁLEZ, resultan así esenciales para reconstituir el alcance específico del pliego de condiciones: los límites a la modificación de los contratos para preservar el contenido técnico del pliego y la igualdad de concurrencia, la prevalencia del pliego sobre las cláusulas contractuales, las cargas de claridad en cabeza de la administración, pese a la participación creciente de los interesados a través de sus comentarios durante el proceso de su definición, o las cláusulas del pliego que resultan prohibidas. Con el bagaje de una larga práctica en contratación pública, complementada con su labor docente y el apoyo de nutrida jurisprudencia, el tratamiento de estos temas en el presente libro ofrece un panorama completo de las dificultades relacionadas con el pliego de condiciones.

Desde otro punto de vista, el pliego tiene una finalidad específica, fruto de estos variados componentes, lo que orienta su interpretación y define su alcance. El libro aborda por ello el difícil principio de la prevalencia de lo material sobre lo formal en torno a la regla que prohíbe rechazar las ofertas por la falta de documentos y requisitos no necesarios para la valoración de las ofertas, indicando las dificultades de aplicación de la evolución jurisprudencial y normativa sobre los requisitos subsanables.

La compleja reconstitución del contenido material del pliego también pone de presente dificultades de su caracterización como acto administrativo, por su íntima dependencia de actos previos y posteriores, cuya definición no está clara actualmente. Aunque el pliego es considerado por la jurisprudencia como acto administrativo, y por ello susceptible de ser demandada su nulidad ante el contencioso administrativo, al mismo tiempo forma parte de un

procedimiento administrativo que no comienza ni termina con él, por lo que es necesario abordar el problema de los actos preparatorios y de trámite, así como las consecuencias de la revocación del acto de apertura de la licitación, que en principio genera un *efecto dominó* sobre todos los actos y actuaciones vinculados a ella.

Por otra parte, la aprehensión del pliego también resulta difícil por la caracterización de la competencia para determinar su contenido. *Ley de la licitación*, el pliego se suele presentar como la manifestación de una competencia reglada. Incluso la jurisprudencia anterior a la Ley 80/93 forjó la flexibilidad de la competencia contractual, contrastando la amplitud que tiene la administración para definir el contenido del contrato, guiada por la lógica de la capacidad del derecho civil, con la rigidez del carácter reglado del procedimiento previo de selección del contratista<sup>1</sup>. Pero esta apreciación no es confirmada por el derecho positivo. El profesor GONZÁLEZ nos recuerda que nuestro sistema no contempla los *pliegos de condiciones generales*, existentes en otras latitudes y que, con su calidad de verdaderos reglamentos, definen el contenido general de los pliegos, según los distintos objetos genéricos de contratación (obra, consultoría, suministro, etc.), imponiendo a la administración contratante un contenido general, que la entidad complementa de manera particular, en los pliegos de condiciones particulares<sup>2</sup>. En efecto, pese a haber sido propuesto en las discusiones parlamentarias que precedieron la Ley 1150/07, esta tan solo contempló la adopción de pliegos generales en los procesos para la adquisición o suministro de bienes y servicios de características técnicas uniformes y de común

---

1 CE, sec. III, sent. 13/05/88, exp. 4303.

2 Ver consideraciones relativas a las limitaciones de nuestro régimen jurídico sobre reglamentación de pliegos en este mismo libro, artículo "Potestad reglamentaria en contratación pública", al final del acápite I.A, Materias no reglamentables.

utilización por parte de las entidades (art. 2, par. 3.º), que hasta la fecha no han sido objeto de reglamentación por el Gobierno Nacional<sup>3</sup>.

En realidad, como lo expone el profesor HUGO MARÍN, citado al respecto en el libro<sup>4</sup>, los pliegos son fruto de una significativa competencia discrecional de la administración. Por supuesto, como toda competencia discrecional, la definición del pliego no puede ser el fruto del capricho de la administración contratante, sino la definición relativamente autónoma del contenido de los pliegos, según las orientaciones genéricas de los principios de la función administrativa y específicas de los procesos contractuales, definidas por el legislador.

En efecto, el texto original de la Ley 80/93 orientaba esta competencia discrecional en dos artículos específicos, el 24 (num. 5.º) y el 29. Por el primero, el legislador orientó el contenido de los pliegos, pero no a la manera de los pliegos generales, que definen su contenido específico, como acabamos de ver. El numeral 5.º del artículo 24 indica a la administración lo que esta debe tener presente al definir el contenido del pliego, para que el mismo ofrezca imparcialidad en la selección del contratista. Así, frente a las condiciones técnicas, la administración debe establecer de manera clara la caracterización de los bienes, obras o servicios que solicita, de tal suerte que sea suficientemente completa para los proponentes, para no inducirlos en error y, al mismo tiempo, de manera de no permitir a la adminis-

---

3 En el artículo "Potestad reglamentaria en contratación pública" de este libro se analiza cómo las minutas, modelos y documentos tipo del pliego de condiciones para obra pública, que ha producido la Agencia Colombia Compra Eficiente, no pueden considerarse como reglamentos que se impongan a las entidades estatales contratantes.

4 HUGO ALBERTO MARÍN, "Naturaleza jurídica de las facultades de la administración para confeccionar pliegos de condiciones", en *Revista digital de Derecho Administrativo*, n.º 1, 2009, disponible en: [www.uexternado.edu.co](http://www.uexternado.edu.co)

tración hacer redefiniciones posteriores. Y en cuanto a los distintos requisitos de participación de oferentes, la administración debe definirlos según criterios objetivos, claros y completos, con el objeto de establecer bases razonables y coherentes para que los proponentes puedan estructurar sus ofertas, lo que implica excluir condiciones o exigencias de imposible cumplimiento, lográndose así una selección objetiva y evitando, en la medida de lo posible, las declaratorias de licitación o concurso desiertos.

Bien puede apreciarse que estos lineamientos son esenciales para la confección de los pliegos, pero ello no significa que indiquen a la entidad el contenido específico de estos, ni desde el punto de vista de las prestaciones contractuales, ni desde el punto de vista de las condiciones de participación y selección de ofertas.

Por su parte, el artículo 29, sobre la selección objetiva, imponía a la administración el deber de determinar de manera específica los criterios que le permitirían escoger el ofrecimiento más favorable para la entidad. Pero, una vez más, ello no significa definir el contenido mismo de los criterios de selección. De manera pedagógica para el gerente público, la ley se limita, voluntariamente de manera enunciativa, a señalar diversos factores de escogencia, "*tales como cumplimiento, experiencia, organización, equipos, plazo, precio*", sin que la administración deba contemplarlos todos ni tampoco limitarse tan solo a ellos. No obstante, la ley impone que esta definición *discrecional* tenga un fundamento técnico y una finalidad de fomentar la selección objetiva. Por consiguiente, el pliego no solo debe identificar los factores que se tendrán en cuenta para la selección sino, además, establecer de manera *precisa, detallada y concreta* la ponderación de cada uno de ellos. Al igual que en la determinación de los factores de escogencia, el legislador no impone a la administración su específica valoración, pero sí le exige que la defina de manera explícita y clara, y que además consulte los precios del mercado y los estudios pertinentes.

Como lo afirma el profesor MARÍN, el pliego es entonces fruto de la discrecionalidad de la administración, pero la escogencia del contratista está reglada por los parámetros que la misma administración se ha dado, en cumplimiento de la competencia discrecional que le permitió (y exigió) definir el contenido del pliego, bajo los lineamientos establecidos por el legislador. En la materia, la vieja discrecionalidad en la selección, que permitía a la administración definir criterios enunciativos en el pliego, completados con otros durante la evaluación, por considerarlos pertinentes<sup>5</sup>, es remplazada en la Ley 80/93 (art. 29) (reforzada por la Ley 1150/07, art. 5.º) por la obligación de definir específica y taxativamente los criterios de selección, al punto que la jurisprudencia exige su exacto respeto al momento de la evaluación, aunque el sentido común permitiría cierta flexibilidad<sup>6</sup>.

Esta caracterización de la competencia en la definición del pliego explica las anulaciones de las disposiciones reglamentarias del Decreto 2170/02 por parte del Consejo de Estado. La corporación reprochó al Gobierno Nacional imponer a la administración una división de los factores de escogencia, distinguiendo aquellos destinados a establecer las condiciones de habilitación de los proponentes, esto es, los requisitos mínimos que les permitirían ejecutar el contrato, de las condiciones de la oferta o del contratista que permiten ponderaciones y valoración diferencial. Con

---

5 CE, sec. III, sents. 13/05/96, exp. 9834, y 10/09/97, exp. 10877. Aunque posteriores a la expedición de la Ley 80/93, las sentencias juzgan contratos anteriores a esta, en los que este tipo de enunciados era frecuente en los pliegos de condiciones.

6 Es el caso de la aplicación de un pliego que estableció la corrección de errores aritméticos de la propuesta hasta un 5% por parte de la administración contratante en el momento de evaluarlas. Frente a un error de mayor porcentaje, la administración quiso salvar la propuesta, teniendo en cuenta el error formal, asignando un puntaje nulo al factor correspondiente. El Consejo de Estado le reprochó el utilizar una solución no prevista en el pliego y el no haber excluido la propuesta, en aplicación estricta del pliego. CE, sec. III, sent. 04/09/03, exp. 12826.

independencia de la razonabilidad técnica de esta distinción, el Consejo de Estado resaltó que el artículo 29 original de la Ley 80/93 no establecía distinciones, por lo que no podían ser impuestas por el reglamento, sin desbordar el ámbito de la ley<sup>7</sup>. La jurisprudencia reconocía así la *discrecionalidad* de la administración para definir el contenido específico del pliego. En forma reiterada, la corporación ha suspendido y anulado las disposiciones que buscan restringir la autonomía de la voluntad de la administración contratante en la definición de sus pliegos, al punto que la Ley 1150/07 fue necesaria para *legalizar* los intentos de reglamentación del pliego en este sentido. Así, el artículo 5.º de esta ley establece la distinción entre requisitos habilitantes de los proponentes y de ponderación de ofertas, y el artículo 2.º prevé la posibilidad de ofertas dinámicas, previstas también en el Decreto 2170/02 (art. 5.º) e igualmente anuladas por el Consejo de Estado<sup>8</sup>.

La competencia discrecional en la configuración del pliego abre otro debate, no abordado verdaderamente, pese a la denuncia reiterada del problema.

La Ley 80/93 estructuró un sistema fundado en la autonomía de la voluntad y la enunciación de principios, que orientarían el comportamiento de los actores de la contratación. La discrecionalidad en la configuración del pliego es una manifestación de este sistema. Pero el sistema, fundado sobre la compensación de la autonomía mediante mecanismos previos de transparencia y posteriores de responsabilidad de los agentes, no logró el equilibrio necesario entre libertad y responsabilidad. Las deficiencias de los contrapesos enunciados y la falta de la madurez institucional requerida se tradujeron en una explosión de la corrupción y un movimiento pendular de la política

---

7 CE, sec. III, sent. Del 3 de diciembre de 2007, exp. 24715 y otros acumulados.

8 *Ibíd.*



legislativa y reglamentaria que, pese a los anuncios de simplificación, hace cada vez más compleja la gestión contractual. La Ley 1150/07 *encajonó* más la autonomía de la administración para la concreción del pliego, aunque ello no significa la anulación de su competencia discrecional, en los términos expuestos. No obstante, la embestida permanente del reglamento sí puede restringirla y limitarla. La guardia atenta del Consejo de Estado, manifestada en la anulación de múltiples normas contenidas en los decretos de aplicación de la Ley 1150/07, permite cierta confianza en la preservación de la autonomía. Pero la proliferación de reglamentos nos cuestiona sobre la naturaleza normativa del pliego frente al reglamento gubernamental.

Por una parte, es necesario volver sobre la definición de la competencia reglamentaria frente a la ley, y en particular frente a una ley de principios como la Ley 80/93. La Corte Constitucional despachó rápidamente el problema al juzgar la constitucionalidad de la reglamentación sobre la contratación directa, prevista por el parágrafo 2.º del artículo 24 de esta ley. Acusado de esconder una delegación de competencia legislativa, por confiar al reglamento la definición de la contratación directa, reservada a la ley, lo que exigía una facultad legislativa *pro tempore* (CN, art. 150, num. 10), la Corte consideró sin embargo que se trataba de un desarrollo normal de la ley, fruto de la competencia reglamentaria constitucional del Presidente. Al definir los casos de excepción que permiten la contratación directa (art. 24, num. 1 original) y la remisión del parágrafo a los principios de la contratación (economía, transparencia y selección objetiva), la ley definió los *aspectos básicos y generales* de la contratación directa. El reglamento podía entonces definir esta modalidad de selección de contratistas *para lograr la ejecución* de la Ley 80<sup>[9]</sup>.

La Corte abría así una compuerta a la regulación reglamentaria de la gestión contractual, mediante una verdadera deslegalización de su régimen jurídico. Apoyado en estos lineamientos *básicos y generales* para el ejercicio de la competencia reglamentaria, el legislador hizo 25 remisiones expresas al reglamento gubernamental en la Ley 1150/07, confiándole la definición de materias importantes y amplias. No solo remitió la reglamentación de la contratación directa, sino también de las modalidades de selección abreviada, los acuerdos marco de precios, el concurso de méritos y la oferta dinámica en la licitación. Igualmente el reglamento debe desarrollar todo el registro de proponentes, el régimen de garantías, la contratación electrónica y el régimen de publicidad de los contratos. La amplitud significativa de la reglamentación se ha puesto de presente en la extensión de los decretos expedidos, que sin embargo no colman las materias previstas.

Los decretos constituyen así un complemento de la ley, mucho más que las medidas para *lograr su ejecución*, propias de la potestad reglamentaria, y están determinados por la ley misma. La concepción de la Corte resulta así paradójica: la corporación afirma que la potestad reglamentaria no se deriva de la ley sino de la Constitución (y por ello la competencia reglamentaria no se puede limitar en el tiempo) pero, al mismo tiempo, la Corte permite que la ley se limite a establecer “los parámetros generales y básicos” de la materia reglamentada, que como hemos visto resultan en extremo genéricos, y habilitan una verdadera definición de la materia por parte del reglamento. El límite con las potestades *pro tempore* es difícil de establecer, lo que ameritaría reabrir el análisis de la caracterización de la competencia reglamentaria, revisando los famosos principios establecidos por el Consejo de Estado en su sentencia de 1962<sup>[10]</sup>, referidos a la

---

10 CE, Sala de lo Contencioso Administrativo, sent. 10/10/62, Anales, t. 65, p. 33.

relación inversamente proporcional entre la extensión del reglamento frente a la de la ley, concepción que planteaba no solo un análisis cuantitativo de la materia reglamentada sino también, y tal vez sobre todo, un análisis cualitativo.

En estricto sentido, si la potestad reglamentaria no necesita habilitación del legislador, por ser una competencia presidencial derivada directamente de la Constitución, sería concebible la reglamentación de todas las materias antes indicadas de la Ley 1150/07, aun cuando el legislador no hubiese remitido su desarrollo al reglamento. En efecto, habría que concluir que el Gobierno Nacional habría podido expedir los mismos reglamentos que expidió, con el mismo grado de especificidad y detalle, aunque la ley no hubiese indicado las materias a reglamentar. Pero el Consejo de Estado no ha confirmado tal amplitud y parece exigir que la ley establezca de manera explícita la amplitud de la “habilitación” que otorga al reglamento. Ello es latente en una paradójica decisión relacionada con el Decreto 2170/02. El alto tribunal consideró ilegal la conformación dinámica de la oferta para la licitación pública, por cuanto el reglamento (Dcto. 2170/02) estableció una modalidad de contratación que está *reservada* a la ley, y la Ley 80/93 reglamentada no la preveía. Y, sin embargo, la misma decisión consideró que el procedimiento era lícito en la contratación directa, por cuanto la ley había remitido al reglamento el desarrollo de la contratación directa<sup>11</sup>. Si la definición de la oferta dinámica estaba reservada a la ley, ¿cómo podría concebirse que el legislador podía confiar su regulación para la contratación directa sin concluir que, en realidad, estaba *habilitando* una función legislativa?

Pese a estas contradicciones, de manera general, la jurisprudencia administrativa ha declarado ilegal todo desarrollo que comporte una adición o definición no prevista por el

---

11 CE, sec. III, sent. 03/12/07, exp. 24715, cit.

legislador, como sucedió con el caso del procedimiento para la mínima cuantía (Dcto. 2474/08, art. 48) o de la limitación temporal del saneamiento de requisitos no necesarios para la comparación de ofertas (Dcto. 2474/08, art. 10), anulados por el Consejo de Estado<sup>12</sup>.

Estas distintas apreciaciones sobre el alcance restringido del poder reglamentario adquieren particular importancia en una ley de principios, en la que el legislador, voluntaria y expresamente, tuvo la intención de restringirse a los parámetros básicos generales mínimos, suficientes para que el administrador público (y no el reglamento gubernamental) concretara su aplicación específica, logrando así una verdadera gestión ágil y eficiente de la actividad contractual. El legislador habría así consagrado un espacio de autonomía significativo a la administración, que tiene particular expresión en la redacción y materialización del contenido de los pliegos de condiciones. No existiendo poder reglamentario para poder definir su contenido mediante pliegos generales y habiéndose limitado la ley a imponer a la administración las orientaciones para determinar el contenido mínimo de los pliegos, la discrecionalidad de su definición a la que nos hemos referido se encuentra ampliada de manera sustancial.

Sería entonces importante volver sobre la naturaleza jurídica del pliego. La discusión sobre su calificación de acto reglamentario, acto general o acto mixto se reorientaría así a determinar si el pliego tiene una naturaleza *regulatoria* del procedimiento de contratación. La función del pliego no sería entonces la de reglamentación de la ley, en sentido estricto, limitada a hacer posible su ejecución concreta, sino la de *complementar* la ley que voluntariamente se restringió a la definición de orientaciones generales. En lugar de la

---

12 Suspendidos provisionalmente con la admisión de la demanda (CE, sec. III, auto 27/05/09, confirmado por auto 06/08/09, exp. 36054), los artículos fueron anulados por sent. 14/04/10, exp. 36054B (acumulado).

reglamentación de principios, lo que parece opuesto al fundamento y finalidad de estos, en cuanto su concreción normativa les quita su esencia de brújula orientadora de comportamientos, la administración tendría la competencia para *regular* específicamente la aplicación de los principios consagrados en la Ley 80/93.

En vigencia del Decreto 2170/02 esta consideración había permitido entender que si bien la oferta dinámica o la distinción de factores habilitantes de proponentes no eran objeto de reglamentación gubernamental (y por ello los artículos respectivos fueron suspendidos por el Consejo de Estado<sup>13</sup>), sí podían ser objeto de consagración en un pliego de condiciones, definido por la entidad contratante. En la misma línea, cabe preguntarse si la implementación del *diálogo competitivo* del derecho europeo, expuesto por el profesor GONZÁLEZ en la tercera parte del libro, como una propuesta de cambio normativo interesante, sería de posible implementación por el pliego, como modalidad de la licitación pública.

Desde un punto de vista más general, la caracterización de la autonomía en la definición del pliego también incita a volver sobre la política legislativa y reglamentaria. El profesor GONZÁLEZ plantea la pertinencia de desarrollar los procedimientos negociados del derecho español para la mejor definición de ciertos proyectos. En este sentido, las legislaciones nacionales y comunitarias de los países desarrollados, tan variadas como las de España, Francia, Reino Unido y Estados Unidos, contemplan, todas, procedimientos flexibles y negociados para los proyectos complejos, como las concesiones y los grandes proyectos de infraestructura.

---

13 CE, sec. III, auto 03/03/05, exp. 24524: suspensión provisional del artículo 5.º del Decreto 2170/02 sobre oferta dinámica en procesos de licitación. CE, sec. III, auto 01/04/04, exp. 26105: suspensión provisional del artículo 4.º del Decreto 2170/02, sobre la distinción entre condiciones habilitantes, que no dan puntaje, y los factores de selección.

En el mismo sentido, los trabajos de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (más conocida por su sigla en inglés: UNCITRAL) resaltan la necesidad de fijar lineamientos generales que otorguen a las entidades un significativo margen de maniobra en la definición de proyectos complejos y la pertinencia de procedimientos que permitan la negociación de las condiciones específicas de ejecución del contrato, incluida la definición de sus riesgos y distribución entre las partes contratantes<sup>14</sup>. Sin embargo, la influencia de la banca multilateral, en particular del Banco Mundial y el Banco Interamericano de Desarrollo (BID), ha impuesto sus modelos de reglamentos de contratos, marcadamente orientados hacia la prevalencia del precio como factor esencial de selección y al formalismo en la realización de los procedimientos. El fundamento esencial de esta tendencia es la mayor restricción posible de la discrecionalidad del gerente público. No obstante, la persistencia empecinada de la corrupción en el medio, pese a la exacerbación del furor reglamentarista, sumado a la complejidad y opacidad crecientes de la contratación, permite poner en duda los logros de estas técnicas.

Resulta entonces importante volver sobre la reflexión de la discrecionalidad en la definición del pliego, sabiendo que ello, lejos de significar arbitrariedad, conlleva el deber para la administración de establecer reglas concretas que autolimiten su actuación en la selección de sus contratistas. La definición autónoma pero responsable de los pliegos permitiría a las entidades forjar una herramienta útil para su contratación. Hemos reseñado cómo fue éste el propósito de la Ley 80/93 en su ánimo simplificador de la contra-

---

14 Desde la primera guía para los contratos internacionales de construcción de instalaciones industriales de 1978, hasta la guía legislativa sobre proyectos de infraestructura con financiación privada de 2000, completada en el año 2004, pasando por la ley modelo sobre contratación pública de bienes, obras y servicios de 1994. Ver textos en <http://www.uncitral.org/>

tación. Pero también hemos recordado que el modelo ha fracasado frente a las limitaciones de los contrapesos de la transparencia previa y la responsabilidad posterior. El libro del profesor GONZÁLEZ nos abre una variante de control, pista inexplorada en nuestro régimen contractual: el control expedito de los procedimientos de contratación.

Las discusiones frente a la naturaleza jurídica del pliego resultan hoy de simple interés académico frente a la práctica contractual. Cualquiera que sea su naturaleza, el pliego no es útilmente atacable, como tampoco los otros actos intermedios de los procedimientos de contratación. La presunción de legalidad de los actos administrativos hace que la decisión judicial sobre la ilegalidad de un pliego llegue por completo tarde, incluso mucho después de la ejecución integral del contrato concernido. Y en cuanto a la suspensión provisional, las dificultades de su aplicación, debido a la exigencia de la flagrante ilegalidad del acto y, sobre todo, al efecto devolutivo de su apelación, la hacen también inoperante, como medida cautelar efectiva. Pese a la ampliación formidable de las medidas cautelares introducida por el nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (Ley 1437/11), que ofrecen al juez un abanico amplio de medidas, así como gran discrecionalidad para su escogencia y adaptación particular a cada caso (arts. 229 ss.), los tiempos procesales hacen que su efectividad para suspender la aplicación de un pliego sean difícil. Si bien el Código establece un procedimiento expedito, con tiempos explícitos de decisión (art. 233<sup>[15]</sup>), y el efecto devolutivo

---

15 Art. 233: “*Procedimiento para la adopción de las medidas cautelares.* La medida cautelar podrá ser solicitada desde la presentación de la demanda y en cualquier estado del proceso.

“El Juez o Magistrado Ponente al admitir la demanda, en auto separado, ordenará correr traslado de la solicitud de medida cautelar para que el demandado se pronuncie sobre ella en escrito separado dentro del término de cinco (5) días, plazo que correrá en forma independiente al de la contestación de la demanda.

de la apelación contra ella asegura la aplicación inmediata de la medida proferida en primera instancia (art. 236<sup>[16]</sup>), el término significativo que suele pasar entre la presentación de la demanda y su admisión hará que, con frecuencia, la decisión llegue tarde. Y si bien el artículo 234 prevé que las medidas cuya aplicación requiera urgencia permiten al juez o magistrado ponente adoptarla desde la presentación de su solicitud<sup>17</sup>, la realización práctica exige que el juez tenga acceso inmediato al respectivo expediente, lo que tampoco parece ser realizable en nuestra práctica judicial.

---

“Esta decisión, que se notificará simultáneamente con el auto admisorio de la demanda, no será objeto de recursos. De la solicitud presentada en el curso del proceso, se dará traslado a la otra parte al día siguiente de su recepción en la forma establecida en el artículo 108 del Código de Procedimiento Civil. “El auto que decida las medidas cautelares deberá proferirse dentro de los diez (10) días siguientes al vencimiento del término de que dispone el demandado para pronunciarse sobre ella. En este mismo auto el Juez o Magistrado Ponente deberá fijar la caución. La medida cautelar solo podrá hacerse efectiva a partir de la ejecutoria del auto que acepte la caución prestada.

“Con todo, si la medida cautelar se solicita en audiencia se correrá traslado durante la misma a la otra parte para que se pronuncie sobre ella y una vez evaluada por el Juez o Magistrado Ponente podrá ser decretada en la misma audiencia.

“Cuando la medida haya sido negada, podrá solicitarse nuevamente si se han presentado hechos sobrevinientes y en virtud de ellos se cumplen las condiciones requeridas para su decreto. Contra el auto que resuelva esta solicitud no procederá ningún recurso”.

- 16 Art. 236: “*Recursos*. El auto que decrete una medida cautelar será susceptible del recurso de apelación o del de súplica, según el caso. Los recursos se concederán en el efecto devolutivo y deberán ser resueltos en un término máximo de veinte (20) días.

“Las decisiones relacionadas con el levantamiento, la modificación o revocatoria de las medidas cautelares no serán susceptibles de recurso alguno”.

- 17 Art. 234: “*Medidas cautelares de urgencia*. Desde la presentación de la solicitud y sin previa notificación a la otra parte, el Juez o Magistrado Ponente podrá adoptar una medida cautelar, cuando cumplidos los requisitos para su adopción, se evidencie que por su urgencia, no es posible agotar el trámite previsto en el artículo anterior. Esta decisión será susceptible de los recursos a que haya lugar.

“La medida así adoptada deberá comunicarse y cumplirse inmediatamente, previa la constitución de la caución señalada en el auto que la decrete”.



En estas condiciones, el proponente que ve burlada su aspiración de obtener un contrato por tener condiciones óptimas no tiene estímulo para iniciar un largo proceso, cuyos resultados le serán muy inciertos, en la medida en que la obtención de una indemnización no solo le exigirá demostrar la ilegalidad del comportamiento de la administración sino, además, que su propuesta era la mejor, lo que en muchas ocasiones no resulta posible, como lo evidencia una nutrida jurisprudencia del Consejo de Estado. Al interesado le quedan entonces dos vías alternas, algo escabrosas, en las acciones constitucionales.

Por un lado, la tutela, con las dificultades de identificar un derecho fundamental violado, que no siempre caracteriza la ilegalidad del comportamiento de la administración, y sobre todo, con la limitación del carácter subsidiario de la acción, por cuanto la jurisprudencia de la Corte ha considerado que la suspensión provisional es un medio idóneo para frenar el acto irregular de la administración contratante, pese a que la realidad muestre lo contrario<sup>18</sup>. Por otro lado, el afectado puede acudir a la acción popular, en la que encontrará la limitación del objeto particular de esta acción, para la protección de los derechos colectivos y no de los suyos individuales, así como la jurisprudencia incierta del Consejo de Estado sobre la pertinencia de la acción para la anulación de actos administrativos y contratos.

Además, las acciones constitucionales abren una verdadera *caja de Pandora* frente a los poderes del juez, quien tiene competencia extendida para adoptar medidas cautelares muy variadas, que pueden traducirse sin embargo en órdenes graves para la administración o para los contratistas, en más de una ocasión injustificadas e incluso arbitrarias. Estos poderes extendidos, que se explican por la importancia de protección efectiva de los derechos fundamentales

---

18 CC, sent. T-147/96.

y colectivos, consagrada en la Constitución, no son adaptados para una materia especializada y compleja como la contratación pública.

Por ello, las legislaciones foráneas han adoptado medidas especializadas para el caso de los contratos públicos. La Directiva europea 665 de 1989 ordena la instauración de recursos frente a los procesos de contratación<sup>19</sup>. En el funcionamiento de las directivas, los países deben adoptar la legislación interna que desarrolle cabalmente su contenido, y por ello el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas condenó a España por no haber *transpuesto* internamente una directiva<sup>20</sup>, y a Francia por haberlo hecho sin la eficacia suficiente para garantizar la revisión útil del proceso de contratación, esto es, antes de la suscripción del contrato respectivo<sup>21</sup>.

En Estados Unidos, el *Civilian Board of Contract Appeals*<sup>22</sup>, instaurado en 2007, cristaliza la experiencia de varias agencias especializadas desde los años veinte, para la decisión expedita de conflictos originados en los procesos de contratación, para lo cual tiene importantes poderes de instrucción y de suspensión de procedimientos, e incluso de imposición de penas e indemnizaciones. En Canadá, el Tribunal de Comercio Exterior (*Canadian International Trade Tribunal*) tiene una división de contratos públicos con una competencia similar<sup>23</sup>. Estas instituciones son reco-

---

19 Directiva 89/665/CE del Consejo, del 21/12/89, relativa a la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas referentes a la aplicación de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de los contratos públicos de suministros y de obras. Ley 395 del 30/12/1989, modificada por la Directiva 2007/66/CE del Parlamento Europeo y del Consejo del 11/12/07.

20 El Tribunal condenó al Reino de España el 3 de abril de 2008 por incumplir las obligaciones que le incumben en relación con la Directiva "Recursos".

21 El mismo Tribunal condenó a Francia, el 11 de junio de 2009, por ausencia de garantía suficiente del recurso cautelar en materia precontractual.

22 <http://www.cbca.gsa.gov/>

23 <http://www.citt.gc.ca/procure/>

mendadas también en los acuerdos internacionales, como el de compras públicas de la Organización Mundial de Comercio<sup>24</sup>, y suelen formar parte del capítulo de compras públicas de los tratados de libre comercio. Las guías de la UNCITRAL recomiendan igualmente su implantación y países latinoamericanos como Perú y Chile los han adoptado en su legislación interna<sup>25</sup>.

Los mecanismos tienen la doble ventaja de la especialidad y el interés para instaurar los procedimientos. Al ser compuestos por abogados especialistas en la materia contractual, y en ocasiones también por técnicos, tienen la capacidad de abordar de manera justa y rápida el fondo del diferendo, así como de impartir órdenes pertinentes a la administración. Y en cuanto al interés de los particulares, el vincular a los directamente interesados auspicia un control eficiente y oportuno que permitiría, frente a los pliegos de condiciones, verificar por una parte la autolimitación de la competencia para fijar reglas claras, técnicas e imparciales de selección y, por otra, el efectivo cumplimiento de las reglas del pliego.

Con estas consideraciones podemos constatar que el libro que nos propone el profesor ÉDGAR GONZÁLEZ enuncia una materia especializada de la contratación estatal, pero en realidad nos abre horizontes sobre problemas transversales que conciernen a fundamentos del derecho administrativo. El autor expone franca y claramente sus ideas y concepciones en aspectos que no necesariamente compartimos,

---

24 [http://www.wto.org/spanish/tratop\\_s/gproc\\_s/gp\\_gpa\\_s.htm](http://www.wto.org/spanish/tratop_s/gproc_s/gp_gpa_s.htm)

25 La ley de contrataciones del Estado peruana de 2008 establece un tribunal de contrataciones del Estado (arts. 63 ss.), como órgano consultivo administrativo que tiene entre sus funciones resolver las controversias durante los procesos de selección. La Ley 19.886 chilena sobre contratos administrativos de suministro y prestación de servicios de 2003 estableció un tribunal de contratación pública (art. 22 ss.) encargado de fallar las impugnaciones de los procedimientos de contratación, mediante un procedimiento expedito que puede concluir con la suspensión del proceso.

como el alcance de la presunción de legalidad frente a las disposiciones de los pliegos, las cláusulas ineficaces de pleno derecho, la promesa de sociedad en contratos distintos de la concesión, las consecuencias de la revocatoria directa del acto de apertura de la licitación o el carácter vinculante de las solicitudes de suspensión del proceso de contratación por parte del Procurador General de la Nación. Pero ello no hace sino auspiciar un fructífero debate de ideas, a partir de una actitud abierta frente a la discusión.

El lector tiene así en sus manos un libro que no lo dejará intelectualmente indiferente y que constituye una referencia para el análisis de esta trascendente materia de la contratación estatal. Frente a la flagrante improvisación reglamentaria y los graves errores técnicos en la redacción de los textos legales, que incluso auspician la tentación recurrente de remediarlos mediante el reglamento, tal vez no sería razonable propiciar la posibilidad de promulgar pliegos de condiciones generales, sin previamente haber decantado las exigencias concretas de los pliegos. El libro presente no solo contribuye al debate para lograrlo, sino que también constituye una herramienta significativa para la práctica cotidiana de la contratación, a través de la exposición de las instituciones vinculadas a los pliegos, con apoyo de la nutrida jurisprudencia que cita.

## 6. EL PRINCIPIO DE EFICACIA EN LA CONTRATACIÓN ESTATAL\*

La Corte Constitucional ha identificado los distintos artículos de la Carta que enuncian el principio de eficacia. De manera general, el principio resulta aplicable a todas las expresiones de la función administrativa (art. 209). De manera implícita, el principio está presente en los fines esenciales del Estado (art. 2.º) y en la responsabilidad de los funcionarios públicos (art. 6.º). La Corte también ha establecido que el principio constituye uno de los objetivos esenciales de la prestación de servicios públicos (art. 365), y ha observado que la Constitución establece la eficacia como uno de los factores constitutivos del control de la gestión fiscal (art. 268, num. 2.º), así como de los sistemas de evaluación de gestión y resultados, elaborados por los organismos departamentales de planeación (art. 343)<sup>1</sup>.

El principio puede confundirse con otros cercanos, en particular el de la “eficiencia”, e incluso la Corte Constitucional ha listado como manifestaciones de la eficacia expresiones constitucionales que no corresponden al principio. Así, de las manifestaciones citadas puede destacarse que el

---

\* “El principio de eficacia en la contratación estatal”, en *Derecho administrativo en el siglo XXI*, Actas del Congreso Internacional de Derecho Administrativo, Adrus, Lima, 2013, t. I, pp. 331-368.

1 cc, sent. C-479/92.

artículo constitucional sobre los servicios públicos se refiere a su prestación *eficiente* y no eficaz (art. 365). Técnicamente, la especificidad de la eficacia está centrada en el logro de los fines públicos. Citando al doctrinante español LUCIANO PAREJO ALFONSO, la Corte Constitucional enuncia:

... la Administración sólo puede ser eficaz cuando satisfaga su fin: el interés general, y adicionalmente a que el valor eficacia implique una condición de calidad, en el sentido de agilidad, economía, utilidad y, en suma, de bondad de la actuación estatal en su resultado<sup>2</sup>.

Por ello, como lo explica la Corte en la misma sentencia, el principio es de particular trascendencia en la valoración de las competencias discrecionales en las que, a diferencia de las estrictamente regladas, la administración debe hacer una valoración de los medios de que dispone para lograr los objetivos establecidos por el ordenamiento jurídico. La proporcionalidad de las medidas y decisiones, su pertinencia y justificación serán determinadas por los fines que ellas deben alcanzar. La eficacia constituye así, a la vez, un orientador fundamental de la actuación administrativa y un parámetro de valoración de su juridicidad, lo que tienen particular relevancia en la contratación pública en la que existe un significativo campo de la acción discrecional.

... la jurisprudencia de esta Corte ha protegido el denominado "*principio de eficacia de la administración pública*", según el cual las autoridades administrativas ostentan cargas relativas al desempeño de sus funciones, en orden a implementar y brindar soluciones a problemas de los ciudadanos. Dichos problemas constituyen deficiencias atribuibles a deberes específicos de la

---

2 CC, sent. T-1701/00.

administración, y así las mencionadas soluciones han de ser ciertas, eficaces y proporcionales a éstos<sup>3</sup>.

Este sentido específico de la eficacia ya había sido establecido por el antiguo Código Contencioso Administrativo en su artículo 3.º, destinado a los principios orientadores de las actuaciones administrativas<sup>4</sup>. Según este Código,

... en virtud del principio de eficacia, se tendrá en cuenta que los procedimientos deben lograr su finalidad, removiendo de oficio los obstáculos puramente formales y evitando decisiones inhibitorias. Las nulidades que resulten de vicios de procedimiento podrán sanearse en cualquier tiempo a petición del interesado.

El nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA, Ley 1437/11) reitera la concepción, adicionando expresiones del principio y la importancia del logro efectivo de los derechos que deben ser preservados por la administración:

Artículo 3.º *Principios*. Todas las autoridades deberán interpretar y aplicar las disposiciones que regulan las actuaciones y procedimientos administrativos a la luz de los principios consagrados en la Constitución Política, en la Parte Primera de este Código y en las leyes especiales.

Las actuaciones administrativas se desarrollarán, especialmente, con arreglo a los principios del debido proceso, igualdad, imparcialidad, buena fe, moralidad, participación, responsabilidad, transparencia, publicidad, coordinación, *eficacia*, economía y celeridad.

[...]

---

3 CC, sent. T-733/09.

4 CC, sents. T-068/98 y C-282/07.

11. En virtud del principio de eficacia, las autoridades buscarán que los procedimientos logren su finalidad y, para el efecto, removerán de oficio los obstáculos puramente formales, evitarán decisiones inhibitorias, dilaciones o retardos y sanearán, de acuerdo con este Código las irregularidades procedimentales que se presenten, en procura de la efectividad del derecho material objeto de la actuación administrativa.

Estas definiciones han permitido a la jurisprudencia distinguir claramente los principios de *eficacia* y *eficiencia*:

La efectividad de los derechos se desarrolla con base en dos cualidades, la eficacia y la eficiencia administrativa. La primera relativa al cumplimiento de las determinaciones de la administración y la segunda relacionada con la elección de los medios más adecuados para el cumplimiento de los objetivos. Es por ello que las dos cualidades permiten la verificación objetiva de la distribución y producción de bienes y servicios del Estado destinados a la consecución de los fines sociales propuestos por el Estado Social de Derecho<sup>5</sup>.

La jurisprudencia también ha distinguido la eficacia de los principios de igualdad y celeridad:

El artículo 209 de la Constitución declara que la función administrativa está al servicio de los intereses generales y que se desarrolla con fundamento en varios principios, de los cuales cabe ahora destacar los de igualdad, eficacia y celeridad. El primero implica la exigencia constitucional de que la gestión de la Administración Pública no establezca distinciones injustificadas entre los administrados y obre respecto de ellos y de sus intereses guardando equilibrio, de modo que garantice a todos, en condiciones adecuadas a sus circunstancias, el acceso a ella y a sus funcionarios y la misma importancia en cuanto al disfrute de los beneficios que genera la actividad estatal. El

---

5 CC, sent. T-068/98.



segundo impone el logro de resultados mínimos en relación con las responsabilidades confiadas a los organismos estatales, con miras a la efectividad de los derechos colectivos e individuales. El tercero comporta la indispensable agilidad en el cumplimiento de las tareas a cargo de entidades y servidores públicos para lograr que alcancen sus cometidos básicos con prontitud, asegurando que el efecto de su gestión se proyecte oportunamente en la atención de las necesidades y aspiraciones de sus destinatarios<sup>6</sup>.

La jurisprudencia ofrece ejemplos de aplicación del principio, como el deber de recibir las solicitudes verbales aun cuando la reglamentación establezca la formalidad de elevarlas por escrito<sup>7</sup>, o las obligaciones de las autoridades carcelarias tendientes a “garantizar niveles de dignidad en las condiciones y manejo integral de la población de internos del país”<sup>8</sup>. El juez constitucional también ha ordenado a la administración tomar las medidas necesarias y *eficaces* para superar una situación de emergencia por desastres naturales<sup>9</sup>, rechazando incluso la disculpa de la indisponibilidad presupuestal<sup>10</sup>. Igualmente, para la realización efectiva de la carrera administrativa, la Corte no solo ha impuesto la realización del concurso previsto para proveer un cargo, sino ordenado el retiro del funcionario que ha perdido el concurso, para asegurar su reemplazo por la persona que lo ha ganado<sup>11</sup>.

De manera general, el principio debe orientar todo procedimiento administrativo:

---

6 cc, sent. T-731/98.

7 cc, sent. C-282/07.

8 cc, sents. T-412/09 y T-515/08.

9 cc, sent. T-1094/02.

10 cc, sents. T-646/07 y T-166/07.

11 cc, sents. C-182/07 y C-099/07; T-313/06, C-039/00, T-733/09.

El principio de eficacia de la actuación administrativa persigue, entonces, que, dentro de los límites de lo razonable, todo procedimiento de la administración se encamine de modo tal que procure el cumplimiento efectivo de sus fines<sup>12</sup>.

La jurisprudencia ha establecido así que no se logra la finalidad de una norma sancionatoria en materia de impuestos cuando la administración sanciona al contribuyente por un formulario mal diligenciado, con relación a un período fiscal distinto del período en el cual se impone la sanción. La violación del principio caracteriza entonces una desviación de poder<sup>13</sup>, fundamento de la anulación del acto. En igual sentido, el Consejo de Estado encontró que una superintendencia había desconocido el principio, al exigir un aval del Ministerio de Relaciones Exteriores sobre la traducción oficial de un poder otorgado en el extranjero, cuando no es una formalidad prevista en el Código de Procedimiento Civil<sup>14</sup>.

El principio también puede tener efectos contra impugnaciones injustificadas de actos administrativos que buscan desviar la esencia de la decisión. El Consejo de Estado consideró contraria al principio la interpretación rebuscada de un texto legal claro, a propósito de una sanción fiscal por atraso de registros en los libros de contabilidad, ante la cual el demandante afirmaba una sutil distinción entre las “operaciones” registradas y el “resultado de operaciones”<sup>15</sup>. En materia contenciosa, el alto Tribunal ha aplicado el principio para atender la finalidad de las normas y dar prevalencia a lo sustancial sobre lo formal, y considerar así correcta la representación del demandante pese a que el poder otorgado

---

12 CE, sec. v, sent. 16/03/06, exp. 3194.

13 CE, sec. iv, sent. 07/02/97, exp. 8080.

14 CE, sec. iii, sent. 03/12/07, exp. 24715.

15 CE, sec. iv, sent. 25/07/97, exp. 8385.

al abogado no había sido objeto de presentación personal en el despacho judicial donde presentó la demanda<sup>16</sup>.

Además, el principio adquirió importancia y una connotación especial con la Constitución de 1991. La Carta consagró la prevalencia especial de los derechos fundamentales de los habitantes, ratificó derechos sociales de la segunda generación, y enunció nuevos derechos colectivos, de tercera generación. Pero los constituyentes quisieron ir más allá de la simple consagración de derechos, por lo que establecieron deberes, mecanismos y acciones para su realización práctica real. Así, el Estado debe “garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución” (CN, art. 2.º), y “promover las condiciones para que la igualdad se[a] real y efectiva” (CN, art. 13). La Constitución también estableció mecanismos concretos para hacer efectivo el derecho de los ciudadanos a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político, y obligó a las autoridades a garantizar la efectividad de la participación de la mujer en los niveles decisorios de la administración pública (art. 40). Igualmente, impuso, al Estado, el deber de fijar las condiciones necesarias para hacer efectivo el derecho de todos los colombianos a la vivienda digna (art. 51), al legislador, la manera de hacer efectiva la responsabilidad de los funcionarios (art. 124), al Gobierno, el prestar los auxilios necesarios a la rama judicial para hacer efectivas sus providencias (art. 201), a la Fiscalía, el tomar las medidas necesarias para hacer efectivos el restablecimiento del derecho y la indemnización de los perjuicios ocasionados por el delito (art. 250.1). Además, el constituyente creó una serie de acciones específicas para hacer efectivos los derechos, como la de tutela, tendiente al amparo real de los derechos fundamentales (art. 86), la acción popular, para la protección de los derechos colectivos (art. 88), y la

---

16 CE, sec. IV, sent.13/08/99, exp. 9514.

de cumplimiento, para hacer efectiva la aplicación de una ley o de un acto administrativo (art. 87).

Finalmente, la jurisprudencia ha considerado que el principio de eficacia también tiene aplicación frente a la inacción de la administración:

... el principio de eficacia de la administración pública, impide a las autoridades administrativas permanecer impávidas o inactivas frente a situaciones que afecten a los ciudadanos; además de configurarse como un fin hacia el cual deben tender dichas autoridades. En este orden, la implementación práctica de ello supone la obligación de actuación de la administración, y de la real y efectiva ejecución de medidas, y no solo la aceptación o reflexión sobre aquello que requiere su intervención. De ahí, que la jurisprudencia constitucional haya puntualizado también la necesidad de considerar los procedimientos de las autoridades bajo la noción de debido proceso administrativo<sup>17</sup>.

#### I. ESTATUTO CONTRACTUAL: LEY DE PRINCIPIOS

En la contratación estatal, el principio tiene especial relevancia, en la medida en que el Estatuto contractual, contenido en la Ley 80/93, se estructura en torno a principios. El legislador quiso abandonar el reglamentarismo del estatuto anterior (Dcto. 222/83), para adoptar un estatuto sobre la base de principios, y así lo enunció de manera preliminar, desde el primer artículo, destinado a su objeto:

Artículo 1.º *Del objeto*. La presente ley tiene por objeto disponer las reglas y *principios* que rigen los contratos de las entidades estatales.

---

17 CC, sent. T-733/09.

Por su parte, el artículo 23 enuncia los principios de la contratación:

*Artículo 23. De los principios en las actuaciones contractuales de las entidades estatales.* Las actuaciones de quienes intervengan en la contratación estatal se desarrollarán con arreglo a los principios de transparencia, economía y responsabilidad y de conformidad con los postulados que rigen la función administrativa. Igualmente, se aplicarán en las mismas las normas que regulan la conducta de los servidores públicos, las reglas de interpretación de la contratación, los principios generales del derecho y los particulares del derecho administrativo.

El cambio, originado en un propósito de simplificación y modernización de la gestión pública contractual, está orientado a brindar a los gerentes públicos unas herramientas básicas que les permitan hacer de la contratación un instrumento ágil de gestión pública. En esta concepción, un estatuto de principios constituye una línea general de comportamientos para lograr los fines esenciales de la contratación, dinámica que, como hemos visto, constituye la esencia del principio de eficacia.

Por otra parte, resulta muy significativo el alcance que la jurisprudencia constitucional ha dado a los principios, como mandatos de optimización con fuerza vinculante. Ellos no constituyen simples aspiraciones, a manera de objetivos hacia los cuales se tiende, sino mandatos de aplicación específica y actual.

Su alcance normativo no consiste en la enunciación de ideales que deben guiar los destinos institucionales y sociales con el objeto de que algún día se llegue a ellos; su valor normativo debe ser entendido de tal manera que signifiquen una definición en el presente, una base axiológico-jurídica sin la cual cambiaría la naturaleza misma de la Constitución y por lo tanto toda la parte organizativa perdería su significado y su razón de ser. Los principios expresan normas jurídicas para el

presente; son el inicio del nuevo orden. Los valores, en cambio, expresan fines jurídicos para el futuro; son la mira que jalona hacia el orden del mañana<sup>18</sup>.

No obstante, el mandato vinculante del principio difiere del mandato normativo de la regla, diferencia esencial que la Corte también ha expuesto:

La principal diferencia entre ambos tipos de normas radica en la especificidad de sus órdenes o preceptos, pues mientras los *principios* son típicas normas de organización, mediante los cuales se unifica o estructura cada una de las instituciones jurídicas que dan fundamento o valor al derecho, a través de la condensación de valores éticos y de justicia[,] las *reglas* constituyen normas de conducta que consagran imperativos categóricos o hipotéticos que deben ser exactamente cumplidos en cuanto a lo que ellas exigen, sin importar el ámbito fáctico o jurídico en el que se producen<sup>19</sup>.

Así las cosas, mientras las *reglas* se limitan a exigir un comportamiento concreto y determinado, los *principios* trascienden a la mera descripción de una conducta prevista en un precepto jurídico, para dar valor y sentido a muchos de ellos, a través de la unificación de los distintos pilares que soportan una institución jurídica<sup>20</sup>.

## II. MANIFESTACIONES DEL PRINCIPIO DE EFICACIA EN LA CONTRATACIÓN ESTATAL

Siendo la esencia del principio de eficacia el logro de las finalidades de los procedimientos administrativos, para dar prevalencia a lo sustancial sobre lo formal, su aplicación en la contratación estatal está determinada por las finalidades

---

18 CC, sent. T-406/92.

19 CC, sent. C-818/05.

20 *Ibíd.*

que el Estatuto de contratación atribuyó a esta modalidad de gestión pública.

Artículo 3.º *De los fines de la contratación estatal.* Los servidores públicos tendrán en consideración que al celebrar contratos y con la ejecución de los mismos, las entidades buscan el cumplimiento de los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellas en la consecución de dichos fines.

Los particulares, por su parte, tendrán en cuenta al celebrar y ejecutar contratos con las entidades estatales, que colaboran con ellas en el logro de sus fines y cumplen una función social que, como tal, implica obligaciones.

El legislador definió así el norte de toda actuación contractual, determinante de su eficacia, en torno a intereses diversos, en cabeza de cada una de las partes, que sin embargo deben encontrar un punto de equilibrio convergente. Como manifestación de función administrativa, la contratación pública está íntima y esencialmente determinada por la realización efectiva del interés general, representado en los fines públicos y en los servicios públicos, finalidades a las que se vincula a los particulares contratistas. Pero, al mismo tiempo, la administración ha de tener en cuenta la realización efectiva de los derechos de los contratistas, quienes tienen el objetivo legítimo primordial de lograr utilidades mediante el contrato público<sup>21</sup>. La realización armoniosa

---

21 El artículo original establecía en el inciso 2.º que el *Estado garantizaría la protección de obtención de utilidades*. No obstante, la interpretación de esta expresión llevó a la jurisprudencia a concluir que la garantía constituía un derecho adquirido de obtención de utilidades para los contratistas frente a cualquier situación que las redujese, no imputable a ellos (CE, sec. III, sent. 09/06/96, exp. 10151; cc, sent. C-892/01). El Consejo de Estado cambiaría su jurisprudencia en 2003, mediante la restricción de la concepción en torno al análisis concreto de las distintas teorías del equilibrio financiero del contrato

de estas finalidades divergentes de cada una de las partes determina las diversas manifestaciones del principio de eficacia, aunque veremos luego diversas dificultades para establecer su equilibrio que imponen la necesaria ponderación entre principios.

El principio de eficacia no está enunciado en el artículo 23 transcrito de la Ley 80/93, destinado a los principios en las actuaciones contractuales. No obstante, la definición del principio nos permite encontrarlo en varias de las manifestaciones de otros principios, en particular el de economía, desarrollado por el artículo 25, artículo que mezcla expresiones de eficacia y eficiencia, bajo las definiciones jurisprudenciales que hemos visto.

### **A. Prevalencia de lo sustancial sobre lo formal**

Entre las manifestaciones del principio de economía varias tienden a orientar la gestión contractual por el logro efectivo de sus fines, para lo cual es necesario no detenerse en aspectos formales. El numeral 3.º del artículo 25 debería encabezar la lista de las manifestaciones del principio de economía, en la medida en que, de manera general, ordena respetar las finalidades de la contratación, establecidas en el artículo 3º del Estatuto, antes analizado. En efecto, este numeral prescribe que se debe tener en cuenta que tanto las reglas como los procedimientos de contratación están al servicio del cumplimiento de los fines públicos, la realización de los servicios públicos y la protección de los contratistas<sup>22</sup>.

El numeral 2.º restringe la posibilidad de ampliar aspectos procedimentales de los procesos contractuales frente a lo específicamente previsto en la reglamentación especializa-

---

público (CE, sec. III, sent. 29/05/03, exp. 14577), y la Ley 1150/07 derogaría la expresión (art. 32).

22 El Consejo de Estado ha resaltado esta expresión del principio de eficacia: sec. III, sent. 03/12/07, exp. 24715.



da. La disposición fija un criterio de interpretación de los procedimientos: para el logro de los fines de los procesos contractuales, realizando así una de las manifestaciones del principio de eficacia, resaltada por la jurisprudencia<sup>23</sup>. Además, exige a la administración no distraerse por los aspectos formales y buscar siempre cumplir con el objetivo de adoptar una decisión de fondo. En el mismo sentido, el legislador quiso restringir al máximo la declaratoria de desierta de las licitaciones, estableciendo que solo procedería por motivos que impidan la selección objetiva, motivos que deberán expresarse de forma detallada en la motivación del acto administrativo que la declare (num. 18).

De manera similar, el Estatuto prohíbe a la administración exigir cualquier formalidad no prevista en forma perentoria y expresa en un texto legal, e incluso establece que la administración no podrá rechazar una propuesta por faltarle requisitos o documentos que no sean necesarios para compararla con la de los otros proponentes (num. 15). En la medida en que los criterios de selección originales (art. 29) fueron complementados por una disposición que distinguió los mínimos para la preselección de los oferentes (factores habilitantes), de los que les otorgan puntaje y determinan la competencia entre ellos, la restricción se complementó, estableciendo que los requisitos referidos a los criterios de preselección podrían ser solicitados por la entidad en cualquier momento, hasta la adjudicación (Ley 1150/07, art. 5.º, par. 1.º).

Finalmente, también constituye una disposición protectora del derecho sustancial sobre las formas el numeral 17, que prohíbe a las entidades rechazar solicitudes escritas por el hecho de tener errores formales e incluso les ordena subsanarlas, al igual que las cuentas de cobro que los contratistas presenten erradamente.

---

23 Ibid.

## B. Simplificación racional de la competencia

Otras expresiones del principio se acercan al de eficiencia, por dirigirse a la economía de medios, pero tienen su especificidad como expresión de eficacia, por cuanto buscan aligerar los trámites y tutelas con el fin de lograr los fines esenciales de la contratación. El legislador de 1993 realizó un esfuerzo particular por simplificar la competencia contractual, derogando una serie de controles de tutela administrativa que existían en la anterior disposición (Dcto. 222/83). Centrando la responsabilidad de la contratación en el director de la entidad contratante (Ley 80/93, art. 26, num. 5.º), el Estatuto contractual proscribió toda aprobación o revisión administrativa posterior a la adjudicación del contrato, así como el cumplimiento de requisitos complementarios (art. 25, num. 8.º). En el mismo sentido, también restringe la participación de las asambleas de elección popular (concejos municipales o distritales, asambleas departamentales, Congreso) a las autorizaciones de contratación establecidas por la Constitución (num. 11). La Corte Constitucional ha tenido ocasión de pronunciarse sobre estas autorizaciones para limitar la injerencia de las corporaciones en la gestión contractual<sup>24</sup>.

En aras de establecer correctamente la competencia contractual, el Estatuto también se ocupó del régimen de delegación del director de la entidad, con relación a la gestión contractual (arts. 12 y 25, num. 10), siguiendo el mandato constitucional, que obliga a la previa autorización de la ley (CN, art. 211). No obstante, el legislador también resaltó la intervención de las distintas dependencias técnicas que participan en la gestión contractual, según la organización interna de las entidades (num. 9º), sin que ello signifique

---

24 cc, sents. C-086/95, C-738/01; Ley 136/94, art. 32 (mod.).

que el director de la entidad pueda trasladarles la responsabilidad de las decisiones que adopte (art. 26, num. 5.º).

Estas disposiciones tienen trascendencia desde el punto de vista de la eficacia. Por una parte, la organización y claridad sobre la competencia contractual contribuye a la adopción de medidas de manera expedita y técnica. Por otra parte, ellas buscan eficacia de la responsabilidad, al establecer claramente que el director tiene a cargo las decisiones de la gestión contractual, aunque ellas sean el fruto del engranaje técnico y administrativo de su entidad pública en el que participan muchos funcionarios y dependencias. Con esta misma concepción, el legislador estableció limitaciones para la intervención de los órganos administrativos de control. Pese a la trascendencia que la Constitución dio a la Contraloría General de la República, órgano máximo de control fiscal, y a la Procuraduría General de la Nación, órgano máximo de investigación disciplinaria, al establecerlos como entes autónomos e independientes de las tres tradicionales ramas del poder público (CN, arts. 113, 267-284), el Estatuto contractual restringe su participación para evitar coadministraciones y confusión de la responsabilidad sobre las decisiones contractuales (art. 25, num. 11).

### C. Planeación

La planeación o planificación de la actividad contractual se orienta hacia el respeto de reglas –en su mayor parte– elementales de gestión (tanto pública como privada), cuya realización efectiva es esencial para lograr los cometidos de la contratación. Las manifestaciones de la planeación, que la jurisprudencia ha calificado de verdadero principio<sup>25</sup>, aunque no esté así enunciado en la Ley 80/93, están incluidas como expresiones del principio de economía. Las

---

25 CE, sec. III.C, sent. 24/04/13, exp. 27315.

entidades deben valorar previamente la conveniencia del contrato a celebrar (art. 25, num. 7.º) y respetar las reglas presupuestales sobre la disponibilidad y registro del gasto, así como las relacionadas con los compromisos de más de un año fiscal (num. 6.º). De igual manera, el texto original exigía la correcta elaboración de estudios, diseños y proyectos requeridos, con la debida antelación al proceso de selección de los contratistas (num. 12), objetivo que fue reforzado por una reforma de 2011 (Ley 1474/11, art. 87).

Una correcta planificación de la futura contratación será esencial para propender hacia el logro de los objetivos y fines de la gestión contractual de la administración. El respeto de la planeación es así una condición fundamental de la eficacia.

#### **D. Transparencia**

La transparencia es enunciada por el Estatuto contractual como uno de los principios esenciales de la contratación (arts. 23 y 24). Ella busca facilitar la gestión correcta, tanto desde el punto de vista del interés general como de la protección de los intereses de los particulares que intervienen en la contratación. Por ello, la transparencia está al servicio del principio constitucional de igualdad (CN, art. 13) que, aplicado a la gestión contractual, se traduce, esencialmente, en el deber de dar igual trato a los aspirantes a ser contratistas de la administración. En la medida en que la contratación constituye una fuente lícita de negocios lucrativos para los contratistas, la neutralidad de la gestión administrativa impone a las entidades preservar el principio de igualdad en la selección de los contratistas. Y, en la medida en que, como hemos visto, la efectividad de los derechos de los particulares que intervienen en la gestión contractual constituye uno de los fines de la contratación pública (art. 3.º), la realización de las manifestaciones del principio de transparencia constituye una expresión del principio de eficacia.

En estas condiciones, el logro efectivo de los ejemplos de materialización del principio de transparencia, contenidos en la lista del artículo 24 del Estatuto contractual, concretan el principio de eficacia. Desarrollar el principio de transparencia en todas sus manifestaciones exige la presentación de todos los procedimientos contractuales, lo que desviaría la atención esencial del objeto del presente estudio. Por ello, con relación a su íntima conexión con el principio de eficacia, basta resaltar los valores especialmente protegidos por el legislador en los ejemplos del principio de transparencia, consignados en el artículo 24, como la regla general de licitación (num. 1.º, reemplazado por art. 2.º, Ley 1150/07) y la prohibición de eludir los procedimientos contractuales (num. 8.º), la publicidad de todas las actuaciones (nums. 3.º, 6.º), la oportunidad de controvertir las evaluaciones que preceden la selección del contratista (nums. 2.º, 4.º), el deber general de motivación de todas las decisiones (num. 7.º), el contenido mínimo de los pliegos o documentos de contratación (num. 5.º), así como la neutralidad de la administración (num. 9.º), que se vuelca sobre otro principio, no enunciado como tal por el Estatuto, aunque sí por la jurisprudencia<sup>26</sup>, esto es, la selección objetiva del contratista (art. 29, substituido por art. 5.º, Ley 1150/07).

## **E. Resolución de diferendos**

Finalmente, también constituyen manifestaciones del principio de eficacia las disposiciones del Estatuto orientadas a la rápida y eficaz resolución de conflictos. En este sentido, se estimula la resolución directa de las discrepancias sobre la ejecución del contrato. El legislador consignó la noción de

---

26 CE, sec. III, sents 10/03/05, exp. 01195-01(AP), 14/04/05, exp. 01577-01(AP), 03/12/07, exp. 24715, 04/06/08, exp. 17783, 17/10/09, exp. 18509; sec. IIIA, sent. 27/01/12, exp. 19932; sec. III.C, sents. 31/01/11, exp. 17767 y 28/03/12, exp. 22471.

equilibrio financiero del contrato (art. 27) y el deber de las entidades de realizar prontamente las gestiones administrativas y presupuestales necesarias para los reconocimientos económicos cuando se vea alterado (arts. 4.8, 5.1, 27). De igual manera, estableció que en el balance financiero final del contrato, contenido en su liquidación, las partes podrían consignar los acuerdos, conciliaciones y transacciones y demás disposiciones tendiente a poner fin a cualquier divergencia, y declararse así a paz y salvo entre ellas (art. 60<sup>[27]</sup>). El Estatuto incluso estableció un silencio administrativo positivo frente a las solicitudes que se presenten en curso de la ejecución de los contratos, las que entenderían favorables a las pretensiones del solicitante, en caso de no resolución en el término de tres meses (art. 25.16).

Pero, además, el Estatuto tomó partido decidido por los mecanismos alternativos de solución de litigios al destinar todo un capítulo a ellos (cap. VIII, "De la solución de las controversias contractuales"), que comienza con la prohibición de acudir a ellos (art. 69) y enuncia las distintas modalidades, así como sus reglas básicas, tales como el arbitramento jurídico y técnico (art. 70), las conciliaciones, los amigables compondores, o la colaboración de las asociaciones de profesionales (arts. 70-74).

### III. DIFICULTADES PARA LA REALIZACIÓN DEL PRINCIPIO

Pese a las múltiples manifestaciones concretas del principio, existen dificultades significativas para su concreta realización. Unas son inherentes a la calidad misma de principio, cuya realización específica exige condiciones particulares. Otras se manifiestan cuando el principio de eficacia se confronta con otros, lo que hace necesaria su

---

27 CC, sent. C-967/12.

ponderación para una equilibrada aplicación sin sacrificar completamente ninguno.

### **A. Fuerza vinculante de los principios**

El carácter vinculante de los principios, que se ha presentado en la primera parte, conlleva particularidades en su aplicación específica. Los mandatos de optimización exigen, como lo ha explicado la jurisprudencia, “pautas hermenéuticas para desentrañar el significado y alcance de las reglas jurídicas”<sup>28</sup>. Esta función específica de los principios, como parámetro de interpretación de las normas positivas, se amplía con el mandato de acudir a ellos para llenar los vacíos del derecho, como lo prescribe nuestra legislación desde finales del siglo XIX (Ley 153 de 1887, art. 8.º) y lo ratifica nuestra Carta actual, al establecer que ellos constituyen criterio auxiliar de la actividad judicial (CN, art. 230). Pero, al ser normas generales, los principios son, por naturaleza, de textura abierta, lo que ha resaltado la Corte Constitucional, para observar que su aplicación directa es difícil:

... no siempre son suficientes por sí solos para determinar la solución necesaria en un caso concreto. No obstante el hecho de poseer valor normativo, siguen teniendo un carácter general y por lo tanto una textura abierta, lo cual, en ocasiones, limita la eficacia directa de los mismos<sup>29</sup>.

La caracterización que de ellos hace el Consejo de Estado pone de presente su necesaria adaptación en su aplicación específica:

... están sometidos constantemente al desarrollo legal y jurisprudencial para la determinación de su alcance normativo, de

---

28 CE, sec. III, sent. 03/12/07, exp. 24715.

29 CC, sent. T-406/92.

manera que su eficacia se encuentra, en veces, condicionada a la interpretación de dicho contenido normativo, y también pueden ser susceptibles de integración a través de preceptos constitucionales de aplicación directa o de normas de rango legal, que permitan concretarlo en forma clara e inequívoca<sup>30</sup>.

En materia contractual, estas dificultades se ven reflejadas en las manifestaciones de los principios y su desarrollo normativo. Hemos expuesto cómo el Estatuto contractual de 1993 es de principios. No obstante, el texto legal se limita a enumerarlos en su artículo 23, sin definirlos. Los artículos siguientes, consagrados a cada uno de ellos (24: transparencia; 25: economía; 26: responsabilidad), enumeran distintas manifestaciones, sin definirlos de manera general. Y, como se puede apreciar en cada uno de los ejemplos de concreción de principios, ellos dejan de serlo para convertirse en reglas específicas. Los enunciados dejan de ser *mandatos de optimización*, para convertirse en normas que contienen un supuesto de hecho y una prescripción explícita de comportamiento. De hecho, es por esta razón que hemos podido calificar distintos ejemplos de la lista de manifestaciones de principios de economía, transparencia o responsabilidad como expresiones del principio de eficacia que, como vimos al comienzo, no tiene consagración en el Estatuto contractual.

En estas condiciones, el carácter de ley de principios del Estatuto de 1993 se relativiza de manera significativa, lo que se pone de presente de dos maneras particulares.

Por una parte, se concibe, incluso por la jurisprudencia, que un estatuto de principios permite una mayor reglamentación para su desarrollo específico<sup>31</sup>. Aunque, en realidad, esta concepción desnaturaliza la esencia misma del princi-

---

30 CE, sec. III, sent. 03/12/07, exp. 24715.

31 CE, auto 19/02/98, exp. 14092: “La ley 80 de 1993 señaló principios y reglas generales para adelantar la actividad contractual del Estado, lo que generaría una necesidad mayor de reglamentación por parte del ejecutivo”.



pio, que repudia su concreción normativa, el resultado es un estímulo al aumento de la reglamentación. El texto de 1993, surgido como reacción al reglamentarismo del anterior Estatuto contractual (Dcto. 222/83), se ha visto así ampliado de manera formidable por la multiplicidad de reglamentos. Con el antecedente de la remisión al reglamento de la contratación directa, realizado por el Estatuto de 1993 (art. 24, par. 2.<sup>o</sup><sup>[32]</sup>), la reforma de 2007 (Ley 1150/07) acudió a esta técnica de manera sistemática, confiando el desarrollo de muy importantes y variadas materias al reglamento gubernamental. El resultado ha sido la multiplicación exponencial del volumen de la reglamentación, consignada hoy en un decreto de unificación que tiene 163 artículos, en 44 páginas (Dcto. 1510/13)<sup>33</sup>.

Por otra parte, la concreción de principios en sus manifestaciones se orienta a exigir cada vez mayores detalles en la formulación de reglas explícitas particulares, lo que minimiza o anula la aplicación directa de los principios. El aporte de estos se reduce así a su papel de interpretación de las reglas, aporte que incluso se restringe, en la medida en que los detalles crecientes de estas diluyen la necesidad de acudir a los principios. Bien es cierto que la Corte Constitucional ha considerado:

... los principios tienen una naturaleza normativa que opera *prima facie* sobre las reglas, por virtud de la cual o bien pueden

---

32 Par. 2.º: “El Gobierno Nacional expedirá, dentro de los seis (6) meses siguientes a la promulgación de esta ley, un reglamento de contratación directa, cuyas disposiciones garanticen y desarrollen los principios de economía, transparencia y selección objetiva previstos en ella”.

La Corte Constitucional encontró que los escuetos referentes legales que el legislador consagró en este texto eran suficiente materia legislativa para que el reglamento los desarrollara (sent. C-508/02). Pero, por esta vía habilitó al Gobierno para la definición misma del procedimiento de selección.

33 Sobre las críticas a la concepción y ejercicio del poder reglamentario en materia contractual, ver en este libro el artículo “Potestad reglamentaria en contratación pública”.

conducir a inaplicar los preceptos jurídicos que se derivan de éstas en un caso en concreto, o en definitiva, podrían dar lugar a la declaratoria de ilegalidad o inconstitucionalidad de las mismas, cuando su contradicción u oposición resulte clara, manifiesta e indiscutible con un principio de mayor jerarquía<sup>34</sup>.

No obstante, esta inaplicación de la regla específica será en extremo excepcional. Con relación a la contradicción de la norma frente a un principio constitucional, aunque la Corte ha expuesto que la primacía de la Carta sobre cualquier otra disposición (CN, art. 4º) genera el deber de aplicar la excepción de constitucionalidad por parte de cualquier operador jurídico, cuando una norma infraconstitucional contradice la Carta, esta contradicción ha de ser flagrante<sup>35</sup>, lo que, por naturaleza, será difícil frente a la caracterización concreta de un principio, norma abierta que exige interpretación de su alcance, como hemos visto. Y ante la contradicción de una norma frente a un principio de orden infraconstitucional, aunque nuestro sistema jurídico permite la excepción de ilegalidad, que permite inaplicar una norma por su contradicción frente a otra de jerarquía superior, la jurisprudencia ha considerado que es un mecanismo de control normativo reservado al juez administrativo<sup>36</sup>, que incluso no puede ser utilizado por otro tipo de juez, y menos por la administración<sup>37</sup> u otro operador jurídico.

Si a estas limitaciones se adiciona la dramática volatilidad de la reglamentación en materia contractual, que se

34 Sent. C-818/05. En igual sentido sent. C-126/98.

35 CC, sents. T-614/92, C-069-95, C-600/98, T-556/98; CE, sec. I, sent. 05/07/02, exp. 7212.

36 CC, sent. C-037/00; CE, sec. IV, sent. 21/03/97, exp. 7854.

37 CE, Sala Plena, sent. 09/04/03, exp. S-180; sec. I, sents. 05/07/02, exp. 7212, 14/03/02, exp. 6990, 19/07/02, exp. 0725-01(AC), 06/06/03, exp. 8706, 22/02/07, exp. 6139; sec. II.B sent 27/03/08, exp. 0658-05; sec. III, sents. 24/06/04, exp. 15235, 15/07/04, exp. 01834-01(AP), 16/05/07, exp. 01252-02(AP); sec. IV, sent. 05/05/03, exp. 13080.

ha caracterizado por la improvisación, las adiciones y los cambios recurrentes, la aplicación específica de los principios tiene un alcance en extremo limitado. De hecho, se puede constatar que la jurisprudencia administrativa rara vez acude a ellos de manera directa para solucionar los litigios que se le presentan. Pese a los enunciados y desarrollos teóricos sobre la importancia de los principios, contenidos en las sentencias, ellos constituyen solo un acápite general e introductorio del texto de las sentencias, que permite pasar luego al análisis de la normatividad específica, de la que surge la solución del caso.

## **B. Ponderación de principios**

A las dificultades de aplicación directa de los principios se suma la de definir y establecer la primacía de unos sobre otros, en la solución de un caso específico.

La Corte Constitucional ha explicado que en caso de enfrentamiento de normas constitucionales que sirven de respaldo a ciertos derechos, el principio de unidad constitucional impide que se busque la efectividad de un derecho en sacrificio de otro. El intérprete debe entonces “resolver las colisiones entre bienes jurídicos de forma que se maximice la efectividad de cada uno de ellos, [...] ponderación que exige tener en cuenta los diversos intereses en juego y propender su armonización en la situación concreta”<sup>38</sup>, con el fin de “buscar conciliar tales derechos, de manera que solo cuando ello no sea posible y se genere un conflicto entre ellos, deben proceder a determinar las condiciones de prevalencia del uno sobre el otro”<sup>39</sup>. Por ello, la jurisprudencia

---

38 Sent. T-757/95, en igual sentido sents. T-425/95, T-322/96, C-818/05, C-355/06 y C-370/06.

39 Sent. T-013/06. En igual sentido, sent. T-933/05.

dencia encuentra que la proporcionalidad tiene una íntima relación con la ponderación:

La primera es establecida mediante la segunda, puesto que siendo la primera un concepto relacional, los extremos de dicha relación han de ser comparados y sopesados, esto es, ponderados con el fin de establecer si ellos mantienen el equilibrio, el balance o la medida debida o, por el contrario, se desconocen las prohibiciones de exceso o defecto<sup>40</sup>.

La tarea del intérprete no es entonces sencilla, como lo ha puesto de presente la Corte Constitucional:

No existe un solo método de ponderación. Se pueden aplicar diferentes formas de ponderar según la materia de que se trate. Por ejemplo, cuando se analiza si una medida policiva es desproporcionada, la comparación se efectúa, generalmente, entre la gravedad de las circunstancias, de un lado, y la magnitud con la cual la medida afecta intereses constitucionalmente protegidos. En el juicio de razonabilidad, cuando éste incluye un análisis de proporcionalidad en sentido estricto, la comparación se realiza, usualmente, entre los fines y las medidas estatales, de un lado, y la afectación de intereses protegidos por derechos constitucionales[, de otro]. Los métodos de ponderación se distinguen no solo según qué es lo que se sopesa, sino también por los criterios para decidir cuando la desproporción es de tal grado que procede una declaración de inexecutable. No se exige una proporcionalidad perfecta puesto que el legislador no tiene que adecuarse a parámetros ideales de lo que es correcto por no ser excesivo<sup>41</sup>.

El Consejo de Estado refrenda esta concepción:

---

40 Sent. C-916/02.

41 cc, sent. C-916/02.

De ahí que, respecto de los principios se afirme que su pluralidad "... y la ausencia de una jerarquía formal entre ellos hace que no pueda existir una ciencia sobre su articulación, sino una prudencia entre su ponderación", en la búsqueda de una optimización posible de todos, siendo propio de los principios "... su capacidad para relativizarse a fin de poder conciliarse recíprocamente"<sup>42-43</sup>.

La ausencia de supremacía de unas normas constitucionales sobre otras, destacada por la Corte Constitucional para aplicar la ponderación entre ellas en la solución de un caso específico que comprometa más de una<sup>44</sup>, existe también con relación a todos los principios. El principio de eficacia se enfrenta así a otros, igualmente aplicables a la contratación pública, lo que exige un difícil juicio de ponderación.

### *1. Eficacia, imparcialidad e igualdad*

Hemos visto que el principio de eficacia en la gestión contractual está determinado por las finalidades que el legislador definió para ella (Ley 80/93, art. 3.º), que involucran la armonía entre intereses públicos, propios de la administración, e intereses privados, inherentes a los particulares contratistas o aspirantes a contratistas. Los intereses de estos últimos se ven amparados en buena medida por diversas manifestaciones de otros principios contractuales y, en general, de toda actuación administrativa, como son los de imparcialidad e igualdad, incluidos en el nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en su artículo 3.º.

---

42 Nota original de la sentencia: "Cfr., GUSTAVO ZAGREBELSKY, Ob. cit., pág. 125" (GUSTAVO ZAGREBELSKY, *El derecho dúctil: Ley, derechos, justicia*, Madrid, Trotta, 2005.)

43 CE, sec. III, sent. 03/12/07, exp. 24715.

44 CC, sent. T-933/05, T-013/06 y las demás citadas sobre el fundamento de la ponderación.

El logro de una actuación contractual dinámica y eficiente de la administración, el proveer efectivamente los bienes y servicios que necesita, se enfrenta con frecuencia al cumplimiento de formalidades y trámites tendientes a garantizar el comportamiento imparcial de la administración y el trato igualitario dado a todos los aspirantes a contratistas. Para la preservación de estos valores, el Estatuto contractual ordenó a las administraciones contratantes elaborar pliegos y términos de referencia en los que se indicaran de manera explícita y clara requisitos objetivos para la participación y elaboración de ofertas, sin inducir a errores y necesarias para realizar una selección verdaderamente objetiva (art. 24.5). En el mismo sentido, hemos visto que la administración debe definir en estos documentos previos los factores que utilizará para valorar las propuestas (art. 29), y cómo el parámetro general previsto originalmente fue más explícito con la reforma de 2007, al distinguir los requisitos habilitantes mínimos, exigibles a todos los competidores, de los factores técnicos y económicos de escogencia y calificación, factores que no solo deben ser explícitamente definidos en los pliegos sino, además, jerarquizados de manera precisa y detallada (Ley 1150/07, art. 5.º).

La obsesión legislativa por la definición de reglas detalladas que limiten las selecciones arbitrarias o caprichosas de la administración propicia debates jurídicos y técnicos arduos en el desarrollo de los procesos contractuales, que permiten desviar la atención hacia los detalles de la reglamentación reforzada, sacrificando así los razonamientos sobre la base de principios generales. El mayor grado de detalle, precisión y carácter explícito de las reglas aplicables a los procesos contractuales, motivado por el ánimo de introducir mayor transparencia, imparcialidad y preservación de la igualdad, se opone así a la eficacia del proceso de contratación, en el sentido de lograr el objetivo de seleccionar un buen contratista. La reglamentación auspicia que los proponentes se enfrenten en batalla campal para atacarse entre sí, con

frecuencia por defectos formales de las propuestas de sus contendores, desviando la atención de la identificación de la mejor oferta y el mejor proponente, que debería guiar la decisión administrativa.

Bien es cierto que el legislador de 1993 estableció la regla según la cual la administración no puede rechazar una oferta por la ausencia de requisitos o de documentos no necesarios para la comparación de propuestas (art. 25.15), que, como vimos antes, es una de las manifestaciones del principio de eficacia, que tiende a privilegiar el fondo sobre la forma. La reforma de 2007 acentuó además este propósito, al reubicar el precepto en el artículo dedicado a la selección objetiva, completando la restricción con la posibilidad que tiene la administración de solicitar cualquier requisito de la propuesta que no afecte la asignación de puntajes para la evaluación de las propuestas hasta el límite temporal de la selección, esto es, la adjudicación (art. 5.º, par. 1.º).

La medida es coherente con la distinción entre los requisitos habilitantes, sobre los cuales no hay concurrencia entre los proponentes, en la medida en que todos deben cumplirlos, y los factores de calificación, que dan lugar al otorgamiento de puntajes, determinantes de la competencia entre las ofertas. No obstante, su aplicación concreta abre la puerta a innumerables y dramáticos debates a la hora de decidir si determinado requisito o documento faltante en una oferta puede ser aportado por el proponente concernido después del cierre de la licitación, cuando todos los competidores han depositado su oferta, sin que ello constituya una manera de mejorar la suya. La reglamentación sobre el punto precisó que la entidad no podría señalar taxativamente en los pliegos los requisitos o documentos subsanables ni permitir subsanar la falta de capacidad para presentar la oferta o acreditar circunstancias ocurridas con posterioridad al límite para depositar las ofertas (Dcto. 2474/08, art. 10, reiterado por Dcto. 734/12, art. 2.2.8). El reglamento de 2008 habilitó a la administración para definir en los pliegos el

momento hasta el cual la administración podría solicitar a los proponentes requisitos habilitantes. Pero el Consejo de Estado anuló el aparte, considerándolo una restricción no prevista en la ley reglamentada<sup>45</sup>.

La doctrina oficial administrativa consideró que era así posible completar documentación referida a la experiencia del proponente anterior al cierre de la licitación, mas no a la experiencias obtenida después<sup>46</sup>. No obstante, quiso restringir la amplitud de la disposición legal que prohíbe rechazar propuestas por falta de requisitos o documentos hasta la adjudicación, disposición que auspicia la inseguridad sobre los competidores hasta el último momento, en la medida en que cualquiera de estos puede guardarse un as en la manga y alegar la posibilidad de subsanar su propuesta cuando ya se haya conocido la integralidad de las propuestas de sus concurrentes y la evaluación de estas por parte de la entidad. El Consejo de Estado consideró entonces que los proponentes no tienen el derecho de presentar propuestas incompletas, subsanables a su voluntad y ritmo, en la medida en que la ley otorgó la posibilidad de solicitar documentación o complemento de requisitos a la entidad (Ley 1150/07, art. 5.º, par. 1.º): se trata, esto es, de una prerrogativa de la entidad, no de un derecho de los proponentes<sup>47</sup>. La solución no parece sin embargo satisfactoria, por cuanto la administración no podría justificar el abstenerse de solicitar un documento sugerido por el proponente concernido que no resulte *necesario para la comparación de las ofertas*, en contra del texto legal. En este sentido, una reciente sentencia de la sección III.C fija una posición distinta a la Sala de Consulta y Servicio Civil de la corporación. El Consejo de Estado destaca la prevalencia del

---

45 CE, sec. III, sent. 14/05/10, exp. 36054.

46 CE, Sala de Consulta y Servicio Civil, conc. 06/11/08, exp. 1927.

47 CE, Sala de Consulta y Servicio Civil, conc. 20/05/10, exp. 1992.



derecho sustancial y el deber de las entidades de solicitar aclaraciones y explicaciones a los proponentes (Ley 80/93, art. 30.7), para concluir:

... la posibilidad de aclarar y corregir la oferta no es un derecho que tiene la entidad, sino un derecho que tiene el contratista; así que para aquéllas se trata de un deber, de una obligación, para que los oferentes logren participar con efectividad en los procesos de selección, para bien del interés general. Por tanto, si las entidades no conceden a los proponentes la oportunidad de corregir la oferta incompleta o que no se comprende –sólo en aquellos aspectos susceptibles de corregirse– violan el derecho del oferente a hacerlo, e incumplirán la obligación que les asigna la ley<sup>48</sup>.

Por otra parte, la doctrina oficial también ha considerado que la falta de presentación de la póliza que ampara la seriedad de la oferta no es subsanable, en la medida en que la ley obliga su suscripción como medio para asegurar los perjuicios de la entidad, si el proponente adjudicatario no suscribe el contrato. Por el contrario, es procedente corregir errores de la póliza oportunamente presentada<sup>49</sup>. No obstante, el sentido estricto de la ley parece indicar que la póliza no afecta en nada la valoración de las propuestas, y la finalidad de la norma que la impone se cumple (eficacia) si al momento de adjudicar existe póliza otorgada en debida forma.

A su turno, la sección III del Consejo de Estado consideró que era subsanable el hecho de presentar una propuesta sin que el representante legal de la sociedad proponente estuviese habilitado para comprometer a la sociedad por el monto del contrato, según los estatutos societarios. El alto Tribunal observó la diferencia entre la representación de

---

48 CE, sec. III.C, sent. 26/02/14, exp. 25804.

49 CE, Sala de Consulta y Servicio Civil, conc. 06/11/08, exp. 1927.

la sociedad, que puede ser ratificada por esta, con efectos retroactivos (C.Co., art. 844), y la capacidad de la sociedad, determinada por su objeto social estatutario, cuya falencia al momento de presentar la oferta no podría ser ratificada después<sup>50</sup>. En este mismo sentido la reglamentación ha prohibido a las entidades “permitir que se subsane la falta de capacidad para presentar oferta” (Dcto. 2474/08, art. 10, y Dcto. 734/12, art. 2.2.8), restricción que el Consejo de Estado encontró lícita, en la medida en que la capacidad es una condición indispensable para la presentación misma de la oferta, bien sea porque la misma ley exige prueba de la capacidad del proponente a través de su registro en el Registro Único de Proponentes (RUP), o porque, de manera general, “la oferta no podría jurídicamente existir precisamente por la falta de un sujeto que exprese su intención de asumir las obligaciones que se desprenderían del contrato que se ofrece si el destinatario lo acepta”<sup>51</sup>. No obstante, la amplitud de la norma legal que prohíbe rechazar ofertas por ausencia de requisitos no necesarios para su comparación con otras ofertas, exigiría distinguir entre la exigencia de capacidad y la prueba de la misma, en donde esta última sí sería subsanable. La sentencia reciente referida antes va hasta el fondo de esta lógica, asumiendo una concepción literal de la expresión del artículo 5.º de la Ley 1150/07. En la medida en que el texto prescribe que son subsanables “todos aquellos requisitos de la propuesta que no afecten la asignación de puntaje”, tan solo es necesario determinar si la anomalía específica otorga o no puntaje. El Consejo de Estado considera en esta providencia que fueron ilegales las distintas normas reglamentarias que establecieron la imposibilidad de subsanar la falta de capacidad para presentar la oferta, la acreditación de circunstancias ocurridas

---

50 CE, sec. III.B, sent. 08/02/12, exp. 20688.

51 CE, sec. III.C, sent. 26/01/11, exp. 36408.

con posterioridad al cierre del proceso y la presentación de la póliza (Dcto 66/08, art. 10; Dcto. 4828/08, art. 7.1; Dcto. 2474/08, art. 10; Dcto. 734/12, art. 2.2.8). En la medida en que el Decreto 1510/13 las reemplazó sin referirse al tema, para la incorporación es necesario dar aplicación directa al texto legal, como siempre debió hacerse, y, por consiguiente,

... lo subsanable o insubsanable se define a partir de una pregunta, que se le formula a cada requisito omitido o cumplido imperfectamente: *¿el defecto asigna puntaje al oferente?* Si lo hace no es subsanable, si no lo hace es subsanable; en el último evento la entidad le solicitará al oferente que satisfaga la deficiencia, para poner su oferta en condiciones de ser evaluada, y no importa si se refiere a no a problemas de capacidad o a requisitos cumplidos antes o después de presentadas las ofertas, con la condición de que cuando le pidan la acreditación la satisfaga suficientemente<sup>52</sup>.

En el caso concreto, el Consejo de Estado consideró que, aunque la firma de los estados financieros de una empresa era un requisito esencial exigido por la ley para la presentación de ofertas, la entidad no podía rechazar una oferta por esta deficiencia y debió dar oportunidad al proponente para corregirla, en la medida en que el requisito no otorgaba puntaje.

La presentación de este aspecto y las concepciones doctrinales y jurisprudenciales ponen de presente la dificultad de soluciones claras, así como la tendencia legislativa y reglamentaria hacia las definiciones específicas, a través de reglas, cuya interpretación abre un gran campo de discusión. La doctrina oficial y la jurisprudencia administrativa centran su análisis en la interpretación de las reglas así creadas, sin acudir verdaderamente al auxilio de principios, pese a que, con frecuencia, se aborden de manera genérica o tangencial

---

52 CE, sec. III.C, sent. 26/02/14, cit.

en sus conceptos y fallos. La ponderación entre el principio de eficacia y los de igualdad, imparcialidad o transparencia en la base de este problema no es objeto de análisis específico y resulta difícil de realizar, de manera concreta.

En el desarrollo de la ejecución del contrato puede encontrarse otro ejemplo de dificultad de ponderación entre principios contractuales. El principio de eficacia se orienta a una adaptación y corrección ágil del contrato para el logro de sus fines esenciales. De hecho, la adaptación del contrato público es una de las características establecidas desde la tradición del contrato administrativo francés, que tanta influencia tuvo en nuestra contratación estatal. La administración debe modular el contenido del contrato para responder a los fines públicos que le dieron origen, al punto que puede imponer adaptaciones al contratista contra su voluntad, mediante el ejercicio de la potestad de modificación unilateral, habilitada por el Estatuto contractual (art. 16). Además, esta modulación no se restringe a la adaptación de la ejecución del contrato por hechos sobrevinientes e imprevisibles. El Consejo de Estado también la ha admitido frente a errores en la concepción del contrato. No tendría sentido que la administración persistiera en el error de una mala estructuración debido a malos diseños, por ejemplo, lo que justifica y aconseja la pertinente adaptación de las prestaciones acordadas originalmente.

No obstante, la modificación del contrato, acorde con el principio de eficacia, enfrenta otros principios, en particular los de igualdad, imparcialidad y planeación. El objeto original del contrato y el alcance de las prestaciones de las partes, definidas en los pliegos o documentos contractuales, son trascendentes para la preparación de las ofertas. Estos aspectos determinan por completo la participación de los proponentes en el proceso de selección. Igualmente definen las condiciones específicas de sus ofertas, tanto desde el punto de vista técnico como económico. La definición de estos aspectos en el proyecto original es así la base misma

de las condiciones de participación, de la definición de condiciones y experiencias exigidas a los proponentes, así como de los factores de selección del futuro contratista. Por ello, los cambios realizados en el proyecto durante su ejecución ponen en tela de juicio todo el proceso de contratación y la justificación de la selección del contratista. Con condiciones cambiadas otros proponentes habrían podido presentarse, otros candidatos, distintos del seleccionado, habrían podido definir ofertas más ventajosas, e incluso el proponente seleccionado podría resultar inconveniente para la correcta realización del nuevo objeto, eventualmente más complejo o exigente. El Consejo de Estado había identificado este riesgo desde los años sesenta<sup>53</sup>.

En una manifestación de ponderación entre principios el Estatuto contractual establece un límite cuantitativo para la modificación de los contratos. Estos no podrán ser adicionados en más del 50% de su valor original (art. 40, par.). En esta tensión entre principios, el Consejo de Estado ha terciado tradicionalmente, de manera implícita, a favor del principio de eficacia. Así, ha concebido que en los contratos a precios unitarios el valor original del contrato es indefinido, en la medida en que depende de los valores unitarios y de las unidades originalmente calculadas. El valor real del contrato será así solo definido cuando se hayan ejecutado las cantidades realmente necesarias para la realización del objeto. En estas condiciones, implícitamente se favorecería la eficacia, con la realización final del objeto del contrato, considerando que las mayores cantidades requeridas, con respecto a las originalmente calculadas, no exigen la suscripción de un contrato adicional, con el límite cuantitativo señalado<sup>54</sup>.

---

53 CE, conc. 10/10/72, exp. 691, cita en el mismo sentido conc. 16/05/67, sin número.

54 CE, Sala de Consulta y Servicio Civil, conc. 18/07/02, exp. 1439 y 09/09/08,

Esta concepción permitió al Consejo de Estado validar mayores cantidades de obra que significaron una ampliación en más del 150% del valor original del contrato<sup>55</sup>, o la ampliación en más del 100% del alcance de una consultoría, contratada sobre la base del valor de honorarios por el diseño de metro cuadrado de construcción<sup>56</sup>. En estos casos nunca habría modificación del objeto contractual, en la medida en que la ampliación solo constituye una “prolongación de la prestación debida”<sup>57</sup>.

Por el contrario, en algunas ocasiones el Consejo de Estado ha restringido esta noción, observando que las distinciones entre contratos adicionales, contratos accesorios, adición a contratos, previstas en el antiguo Estatuto contractual (Dcto. 222/83), desaparecieron con la redacción del nuevo Estatuto, al preceptuar genéricamente que los “contratos no podrán adicionarse en más del cincuenta por ciento (50%) de su valor inicial” (art. 40, par), lo que restringe genéricamente cualquier aumento de valor del contrato. Por otra parte, la corporación ha rechazado la idea de indefinición del valor de los contratos a precios unitarios, al precisar que el valor del contrato es distinto de la forma de pago de su precio. El valor inicial del contrato no es simplemente formal, de tal suerte que no podría variar de manera substancial, sin violar elementales reglas del principio de planeación<sup>58</sup>. La sección III ratificaría esta concepción frente a un contrato que costó 4 veces más de lo originalmente previsto y en el que los 2 años previstos inicialmente para su ejecución se

---

exp. 1920; sec. III, auto 18/07/02, exp. 22178; sents. 06/08/87, exp. 3886, 04/02/10, exp. 16022 y 25/08/11, exp. 14461.

55 CE, sec. III, sent. 06/08/87, exp. 3886.

56 CE, sec. III, sent. 11/10/90, exp. 5753.

57 CE, sec. III, sent. 31/08/99, exp. 12849.

58 CE, sec. III, sent. 28/08/03, exp. 17554.

habían ampliado a 11, al momento de presentar la demanda ante la jurisdicción contencioso administrativa<sup>59</sup>.

Desde otro punto de vista, la doctrina oficial se ha pronunciado sobre la limitación cuantitativa de las adiciones en los convenios interadministrativos. En los casos de cofinanciación de sistemas de transporte masivo local, la ley prevé un importante porcentaje de participación financiera de la Nación, que se concreta mediante un convenio con el municipio que adelanta el proyecto. El Consejo de Estado consideró que estos convenios escapaban a la limitación de sus adiciones por cuanto “están estructurados de conformidad con modalidades de normas propias y especiales para el Sistema de Transporte Masivo; los compromisos presupuestados son desarrollo en el tiempo de tales Convenios y el objeto de éstos no varía”<sup>60</sup>. Aunque, en realidad, el carácter particular de estos convenios no se opone a la limitación general establecida por el Estatuto contractual<sup>61</sup>, puede considerarse que, en general, en la medida en que los convenios interadministrativos se suscriben directamente, sin concurrencia (Ley 1150/07, art. 2.4.c), su adición no estaría en contradicción con los principios de imparcialidad e igualdad. No obstante, la explicación no sería válida frente al principio de planeación. El monto muy significativo de adición permitido (50% del valor original) pone de presente

---

59 CE, sec. III, sent. 18/09/03, exp. 15119.

60 CE, Sala de Consulta y Servicio Civil, conc. 22/11/02, exp. 1476.

61 Es el razonamiento que tuvo el Consejo de Estado para considerar que los contratos de interventoría estaban sujetos a la restricción del artículo 40. Bajo el anterior estatuto, estos contratos seguían la suerte del principal, sin consideración a su cuantía. La necesidad de asegurar la interventoría de una obra hacía que aquella se pudiera ampliar en todo el tiempo que durara la obra controlada por la interventoría (Dcto. 222/83, art. 58). Desaparecida esta previsión en el Estatuto de 1993, el Consejo de Estado consideró que el contrato de interventoría estaba sujeto a la limitación general de adiciones del artículo 40 (CE, sec. III, sent. 14/04/10, exp. 36054B). Por ello fue necesario que el legislador reprodujese luego la antigua disposición en la Ley 1474/11, art. 85).

que una adición mayor a este tope revela, en principio, muy importantes problemas de planeación.

Este sacrificio del principio de planeación está latente en la jurisprudencia según la cual la modificación unilateral del contrato (*ius variandi*) tampoco tiene un límite cuantitativo, aun cuando ella se origine en la necesidad de corregir errores de diseño o de estructuración del contrato. El Consejo de Estado considera que el lograr la finalidad del contrato justifica apartar la regla de limitación<sup>62</sup>. No obstante, la habilitación auspicia el frecuente errado comportamiento de la administración que comienza obras sin diseños o con deficiencias esenciales, o sin los suficientes recursos, con la tranquilidad de poder luego imponer la adición del contrato. Los principios de planeación, eficiencia e igualdad se encuentran así sacrificados. Contra esta laxitud, una antigua doctrina oficial destacaba que la prerrogativa de modificación ilimitada debía justificarse en causas imprevistas, de tal suerte que no era válida como “simple criterio de oportunidad y conveniencia”<sup>63</sup>.

Con la misma inspiración, el Consejo de Estado sancionó con la nulidad del contrato uno que violaba de manera flagrante el principio de planeación. Los 60 días previstos para la construcción de un puente peatonal constituían un plazo contractual manifiestamente irrealizable, más aún cuando, al momento de suscribir el contrato, la entidad no había siquiera adquirido los predios necesarios para su realización. El Consejo de Estado resalta la importancia del respeto de la planeación para la realización de los fines de la contratación pública (eficacia), lo que le permitió encontrar en este caso la flagrante violación de este principio, y la afectación de la licitud del objeto contractual. Además, el alto Tribunal encontró que la irracionalidad del plazo y

---

62 CE, sec. III, sent. 06/09/95, exp. 7625.

63 CE, conc. 10/10/72, exp. 691.



el valor fijados, imponían al proponente la mínima carga de abstenerse de participar en un proceso de selección, para un contrato que no se podría ejecutar en las condiciones pactadas, como efectivamente ocurrió. Al no haber cumplido con esta carga mínima que le impone la ley, en su calidad de colaborador en el logro de los fines públicos (Ley 80/93, art. 3.º) y suscribir a conciencia un contrato con objeto nulo, el contratista no podría pretender beneficiarse de su propia culpa<sup>64</sup>.

## 2. Eficacia y legalidad

El legislador de 1993 quiso expresamente recuperar la teoría general del contrato para el contrato público. Pese a la aceptación de principios, fines y situaciones particulares a la contratación pública, el Estatuto de contratación acentúa la base común de todo contrato en los principios aplicables a cualquier negocio jurídico. En este sentido, es significativo el que haya establecido un orden en la normatividad aplicable a los contratos estatales, encabezado por el derecho comercial, seguido del derecho civil y subsidiariamente de las materias regidas particularmente por el Estatuto (art. 13). En esta línea, también es de resaltar el haber afirmado la aplicación del principio de la autonomía de la voluntad, en dos artículos esenciales, destinados a la definición misma del contrato estatal (art. 32) y a su contenido (art. 40). El contexto de régimen privado comportaba así una base para la simplificación de la materia y las herramientas de flexibilidad destinadas a los gerentes públicos que, como hemos visto, constituían una proyección directa del principio de eficacia.

No obstante, esta *huida del derecho administrativo* mostró sus límites y contradicciones por la imposibilidad de apli-

---

64 CE, sec. III.C, sent. 24/04/13, exp. 27315.

cación integral y cabal de la lógica privada a los contratos públicos. La jurisprudencia constitucional<sup>65</sup> y administrativa<sup>66</sup> delimitó el alcance de la autonomía de la voluntad de la administración, que no puede concebirse sin las directrices de los fines públicos impuestos por la misma Constitución (art. 209), desarrollados por las normas legales y reglamentarias. El querer, la autonomía de la administración, no puede ser sino aquella definida por el derecho positivo. En este sentido, la Constitución establece que “no habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en ley o reglamento” (art. 122) y que “ninguna autoridad del Estado podrá ejercer funciones distintas de las que le atribuyen la Constitución y la ley” (art. 121); preceptos que estructuran el principio de legalidad, determinante de toda actuación pública y que, en el revés de la misma moneda, origina la responsabilidad de los servidores públicos “por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones” (art. 6.º).

En estas condiciones, el principio de eficacia para el logro ágil de los fines de la contratación ha de ponderarse frente al principio de legalidad, que impone restricciones a la autonomía de la administración.

Hemos tenido oportunidad de abordar un aspecto de la delicada definición de esta ponderación, al ocuparnos del tema de la reglamentación frente a una ley de principios como el Estatuto de contratación. Aunque la jurisprudencia administrativa afirma la extensión de la competencia reglamentaria frente a este tipo de leyes<sup>67</sup>, los muy numerosos fallos de anulación de reglamentos gubernamentales proferidos por el Consejo de Estado indican que los temas no desarrollados voluntariamente por el legislador no se traducen en una ampliación de la posibilidad de su de-

---

65 CC, sent. C-949/01.

66 CE, sec. III, sent. 14/04/10, exp. 36054B.

67 CE, auto 19/02/98, exp. 14092.

finición por parte del reglamento, sino en un espacio de libertad, autonomía, concedido a la administración contratante. Ello puede predicarse de la definición concreta del contenido de los pliegos, para los cuales el legislador se limita a fijar unos contenidos mínimos muy generales (Estatuto de contratación, art. 24.5), de la definición de los tipos contractuales, para los cuales el legislador solo definió unos, a título “enunciativo” (art. 32), del contenido de los contratos, que puede ser definido por las entidades públicas incluyendo las “estipulaciones que las partes consideren necesarias y convenientes, siempre que no sean contrarias a la Constitución, la ley, el orden público y a los principios y finalidades de esta ley [el Estatuto contractual] y a los de la buena administración” (art. 40), lo que deja márgenes muy importantes de autonomía.

Con todo, pese a lo que sugiere el Estatuto (art. 13), las reglas especiales de derecho administrativo no son solo las incluidas en el mismo, sino todas aquellas que rigen la gestión pública, reglas numerosas, complejas y dispersas, cuya compilación completa resulta difícil. Hemos visto la importancia de la planeación en la gestión contractual, y el peso creciente que le otorga la jurisprudencia administrativa. La concreción de la planeación involucra los planes de desarrollo gubernamentales, las reglas de inversión y de gestión de recursos públicos, el régimen presupuestal, los reglamentos para la estructuración de proyectos, la legislación y reglamentación urbanística, ambiental, de construcción, que exigen permisos especiales necesarios para contratar.

Por otra parte, la capacidad de la administración contratante se hace compleja y multiforme con la noción de “competencia”, directamente derivada del principio de legalidad. El tema involucra así la competencia externa para definir los tipos de entidades contratantes, determinantes de lo que pueden hacer y cómo lo pueden hacer. Este aspecto se ha enriquecido recientemente, con la proliferación de

agencias, unidades administrativas, instituciones mixtas, misiones en concurrencia con los particulares, la transformación profunda de los servicios públicos, abiertos a la competencia privada, e instituciones públicas regidas por el derecho privado, todo lo cual, sin duda, no simplifica el panorama.

Además, la competencia externa debe ser complementada con la competencia interna. Las sociedades comerciales privadas se rigen por los órganos de dirección y decisión definidos de manera flexible y autónoma por sus estatutos sociales, al punto de poder habilitar retrospectivamente las actuaciones de sus representantes, cuando actúan más allá de los poderes a ellos conferidos, como hemos visto. Por el contrario, las entidades públicas se rigen por una rígida organización interna de la competencia, determinada por las normas generales y las de su creación, así como por las técnicas administrativas de desconcentración y delegación de funciones. Regida por principios generales estrictos (Ley 489/98) y por las normas específicas de contratación (Ley 80/93, arts. 11, 12, 25 [nums. 9 y 10], 26.5), la organización administrativa interna presenta particularidades y una apreciable rigidez en su funcionamiento, determinante de las responsabilidades en los distintos niveles de la administración.

La complejidad de los vínculos entre las reglas de funcionamiento de la administración y las condiciones esenciales de existencia y validez de los contratos públicos generó jurisprudencia ambivalente. Hemos visto que el Estatuto contractual de 1993 restringió los controles de tutela, lo que se tradujo en la simplificación del perfeccionamiento del contrato que, al igual que su homólogo comercial, se concreta con el acuerdo de voluntades sobre el objeto, exigiendo tan solo la solemnidad substancial de elevarlo a escrito (art. 41). El Consejo de Estado observó sin embargo que esta simplificación debía complementarse con las reglas presupuestales, en particular las que obligan la disponibi-

alidad presupuestal<sup>68</sup> previa a todo gasto público y la que exige el registro del compromiso (como son los contratos), para asegurar que los recursos así comprometidos no sean desviados a otros gastos (Dcto. 111/96, art. 71). Luego de una jurisprudencia vacilante, el Consejo de Estado consideraría seis años después la independencia de las normas contractuales frente a las presupuestales, para dar aplicación a la modalidad simplificada de perfeccionamiento del contrato, contenida en el Estatuto contractual<sup>69</sup>.

Desde otro punto de vista, la administración encuentra restricciones que no son ventiladas en las relaciones entre particulares, por el reconocimiento de mayor autonomía de las partes. Así, el principio de eficacia podría aconsejar la adopción de medidas restrictivas de los candidatos a contratistas, con el ánimo de orientar la selección para asegurar un mejor cumplimiento de sus fines. No obstante, ello se opone al principio de igualdad y es controlado por el juez administrativo o constitucional. Así, la Corte Constitucional consideró contrario a este principio un pliego que contemplaba otorgar puntajes adicionales a los proponentes domiciliados en el municipio de la alcaldía contratante, con el objeto de favorecer el desarrollo empresarial local y combatir el desempleo<sup>70</sup>. En el mismo sentido, el origen legislativo estricto, que debe tener toda causal de inhabilidad o incompatibilidad para contratar, así como su interpretación restrictiva, expuesta reiteradamente por la jurisprudencia administrativa<sup>71</sup>, hacen que la administración no pueda definir situaciones cercanas de exclusión de proponentes en sus pliegos, así sea evidente su justificación y pertinencia. Así

---

68 CE, sec. III, auto 27/01/00, exp. 14935.

69 CE, sec. III, sent. 28/09/06, exp. 15307. Jurisprudencia mantenida en la actualidad.

70 CC, T-147/96.

71 CE, Sala de Consulta y Servicio Civil, conc. 30/10/96, exp. 925; sec. III.A, sent. 10/02/11, exp. 16306.

mismo, la administración tiene enormes restricciones para definir reglas o exigencias de participación o permanencia de los proponentes plurales agrupados en consorcios o uniones temporales. Las reglas excesivamente simplificadas (por no decir inexistentes) que el Estatuto de contratación definió para su formación, organización interna y administración (art. 7.º), hacen que sea un campo propio de la autonomía y libertad contractual de las partes, no restringible por vía administrativa como, por ejemplo, a través de un pliego o términos de referencia.

En fin, la jurisprudencia administrativa ha asumido una concepción de la esencia de los poderes exorbitantes a espaldas de la caracterización y desarrollo del derecho privado, lo que deja a la administración, de manera paradójica, en situación de fragilidad, frente a las posibilidades y poderes que existen en las relaciones entre particulares. En efecto, los poderes exorbitantes tienen una caracterización necesariamente relativa, en la medida en que la exorbitancia ha de identificarse frente a las posibilidades existentes entre los particulares. El Consejo de Estado considera así que los poderes exorbitantes o excepcionales de la administración contratante se caracterizan por conferir prerrogativas a la administración que serían ilícitas en las relaciones entre particulares, como la de adoptar decisiones unilaterales que tengan efectos jurídicos sobre la otra parte, lo que iría en contra del principio absoluto de la igualdad jurídica de las partes<sup>72</sup>. No obstante, esta concepción idílica del derecho privado nunca ha existido, y menos en el derecho privado

---

72 CE, sec. III, sent. 20/10/05, exp. 14579: “Con base en el *principio de igualdad absoluta de las partes en el contrato de derecho privado*, ninguna de ellas puede arrogarse el privilegio de multar directamente a la otra por supuestos o reales incumplimientos, pues no se puede ser juez y parte a la vez en la actividad negocial; por tanto, es al juez del contrato al que corresponde establecer con base en las pruebas si se dan los fundamentos fácticos y jurídicos para la imposición de la sanción” (se resalta).

contemporáneo. Existen múltiples ejemplos legislativos y jurisprudenciales de reconocimiento de poderes unilaterales, ratificados por la Corte Suprema de Justicia, como se aprecia en las sentencias que reconocen la licitud de resolución unilateral del contrato de suministros comerciales<sup>73</sup>, o del contrato de obra civil<sup>74</sup>, así como la imposición unilateral de multas contractuales en contratos de suministros<sup>75</sup>. Recientemente, la Corte Suprema de Justicia enunció una larga lista de ejemplos normativos, recordando además el amplio campo de la autonomía de la voluntad en la materia, que permite a las partes crear y reconocerse poderes unilaterales<sup>76</sup>. Aunque el Consejo de Estado conoce e incluso ha citado esta jurisprudencia reciente, ha considerado que estos poderes reconocidos en el derecho privado no son posibles en los contratos estatales regidos por el Estatuto de contratación, en la medida en que la definición de las cláusulas y poderes excepcionales en él contenidos hace que la administración solo pueda acudir a ellos, en los casos previstos, y no a otros, creados por las partes<sup>77</sup>. El resultado es el sacrificio del principio de eficacia, en la medida en que la rígida concepción del principio de legalidad y su aplicación preferente somete a la administración a restricciones que no tienen los particulares<sup>78</sup>.

---

73 CSJ, sent. 27/10/93, exp. 3785.

74 CSJ, sent. 14/03/94, exp. 2467.

75 CSJ, cas. civ., sent. 16/12/05, exp. 0125-01.

76 CSJ, cas. civ., sent. 30/08/11, exp. 1957-01.

77 CE, sec. III.A, sent. 09/05/12, exp. 20968.

78 La doctrina oficial ha considerado así que las partes no pueden variar el procedimiento para imposición de multas, por ser materia reservada a la ley (CE, Sala de Consulta y Servicio Civil, conc. 10/10/13, exp. 2157), independientemente del análisis comparativo entre la eficacia de dos procedimientos.

### 3. *Eficacia y responsabilidad*

El Estatuto contractual diseñó un sistema de responsabilidad sancionatoria, sacrificando la responsabilidad preventiva. En la medida en que el Estatuto se fundamenta en principios y en el propósito de simplificación de la gestión contractual, el legislador otorgó gran flexibilidad al gestor público (autonomía), con la amenaza de graves sanciones si su comportamiento se desvía de los objetivos públicos y lícitos. Además, el control previo externo fue reemplazado por el refuerzo de la transparencia. La publicidad ampliada de toda actuación contractual habría de vincular a los primeros interesados en la contratación, los competidores, así como a las organizaciones cívicas, comunitarias y profesionales (art. 66). La concepción se refleja en los capítulos específicos destinados a la “responsabilidad contractual” (cap. v) y al “control de la gestión contractual” (cap. vii), en los que se aumentaron las sanciones disciplinarias (art. 58) y penales (arts. 56 y 57) y los términos de prescripción (art. 55). Por su parte, las disposiciones sobre el control fiscal lo restringen a controles posteriores y selectivos (art. 65), en consonancia con la concepción constitucional (CN, art. 267), y las referidas a las investigaciones disciplinarias (art. 62) y penal (art. 64) no tienen la fuerza jurídica para impedir acciones de los funcionarios.

No obstante, la eficacia de la responsabilidad contractual deja mucho que desear. La gestión contractual sigue siendo un factor trascendente de corrupción e irregularidades, donde las sanciones son extremadamente raras. El legislador ha reaccionado reforzándolas aún más, a través de las tipologías de delitos contractuales en el Código Penal de 2000 (Ley 599/2000, arts. 408: violación del régimen legal o constitucional de inhabilidades e incompatibilidades; 409: interés indebido en la celebración de contratos, y 410: contrato sin cumplimiento de requisitos legales). La reforma del Estatuto contractual de 2007 (Ley 1150/07) introdujo una



nueva inhabilidad, por inconsistencias en las declaraciones para el Registro Único de Proponentes (art. 6.º) y reforzó la derivada de delitos contra la administración pública, extendida a las sociedades en las que es socio el inhabilitado (art. 18), además de crear una sanción disciplinaria por no verificación de aportes del contratista al sistema de seguridad social (art. 23). Por su parte, la Ley 1474/11, llamada “Estatuto Anticorrupción”, aumentó las penas de los delitos contractuales (art. 33) y agravó en general las sanciones por delitos contra la administración pública (exclusión de beneficios, art. 13), amplió los términos de prescripción penal (art. 14), extendió los sujetos disciplinarios para comprender a todos los contratistas (art. 44), aumentó y reforzó las sanciones a los interventores (arts. 45 y 82) y creó otra inhabilidad por incumplimientos reiterados del contratista (art. 90).

Con todo, el refuerzo no es suficientemente *eficaz*. La responsabilidad se enfrenta al principio de legalidad, cuya interpretación ha permitido evadirla, mediante la concepción formal de la distribución de las competencias administrativas al interior de las entidades. La Corte Constitucional, sin embargo, profirió importantes sentencias para hacer efectiva esta responsabilidad, en particular en el tema de la delegación de funciones. Al controlar la constitucionalidad de normas legales que consagran la responsabilidad de los delegantes (Ley 489/98, art. 12, par.; Ley 678/01, art. 2.º, par. 4.º), la Corte ha explicado que, aunque la Constitución transfiera la responsabilidad del delegante al delegatario (art. 211), ello no significa que el primero pueda desentenderse de la competencia delegada, en la medida en que conserva obligaciones de control y la vigilancia de su ejercicio por el delegatario, así como el deber de retomarla si es mal ejercida. Además, toda maniobra en fraude a la ley, tendiente a utilizar indebidamente la delegación, hace responsable al delegante<sup>79</sup>.

---

79 CC, sents. C-727/00 y C-484/02.

La jurisprudencia permitió así dar mejor alcance a disposiciones legales sobre la responsabilidad del delegante, en materia contractual (Ley 80/93, art. 12, adicionado por Ley 1150/07, art. 21). No obstante, el equilibrio de principios, su ponderación, no es sencillo, y con frecuencia los organismos de control (Contraloría, Procuraduría y Fiscalía) desvirtúan el sentido de las sentencias de la Corte y del Consejo de Estado, tendiendo a atribuir responsabilidades objetivas a los directivos de las entidades por toda irregularidad de la gestión contractual, cometida a cualquier nivel de la administración.

La responsabilidad personal se mueve así, en una lógica maniquea, entre la irresponsabilidad, amparada por formalismos y la responsabilidad objetiva, guiada por el afán de condenar.

Finalmente, el principio de eficacia aplicado a la contratación necesita una ponderación frente al principio del debido proceso, como garantía del derecho de defensa del contratista investigado. Una distorsión del alcance constitucional del debido proceso, aplicado a los procedimientos administrativos (CN, art. 29), asimila todo proceso sancionatorio a un proceso penal, con extrapolaciones que no son pertinentes. Contra esta concepción, la Corte Constitucional ha explicado que las garantías procesales no son iguales en los distintos procesos, y por ello ha de tenerse en cuenta que en los procedimientos administrativos las finalidades de la administración, entre las cuales se encuentra la eficacia, exigen una actuación ágil<sup>80</sup>. Igualmente, la Corte explica que si bien la tipicidad es una condición necesaria de toda sanción, ella no funciona igual en los distintos ámbitos de responsabilidad. Así, mientras la tipicidad de los delitos ha de constar en la ley, en sentido material, existen sanciones administrativas que pueden contemplarse en los reglamen-

---

80 cc, sent. C-640/02. En igual sentido, sent. T-011/93.

tos. Asimismo las sanciones contractuales, como las multas, son definidas por las partes, razón por la cual su tipicidad se cumple con la previsión clara del contenido y alcance de ellas en los contratos o en los pliegos de condiciones<sup>81</sup> que, una vez suscrito el contrato, se incorporan a este, como ha explicado la jurisprudencia administrativa<sup>82</sup>. Las dificultades administrativas por trámites formales que hacían ilusoria la imposición práctica de sanciones a los contratistas llevó al legislador a concebir un procedimiento simplificado en audiencia pública, en la cual será definida la pertinencia de la sanción, se ejercerá el derecho a la contradicción por parte de los contratistas, se adoptará la sanción y se resolverán los recursos contra ella interpuestos, a más de notificarse al contratista la decisión definitiva (Ley 1474/11, art. 86). Sin duda es un esfuerzo regulatorio considerable, aunque la experiencia de los procesos verbales ha mostrado las enormes exigencias para la correcta realización de las audiencias, que restringen su impacto efectivo, su *eficacia*.

#### 4. *Eficacia y planeación*

Hemos visto cómo el respeto de la planeación constituye una de las expresiones del principio de eficacia, en la medida en que la correcta preparación del contrato es esencial para su buen desarrollo y el logro de los fines de la contratación. Las enormes deficiencias en la materia, frecuentemente señaladas por los organismos administrativos de control (Contralorías y Procuraduría General de la Nación), así como por la jurisprudencia del Consejo de Estado, auspiciaron la modificación del numeral 12 del artículo 25 del Estatuto contractual, con el refuerzo del deber de estructuración correcta de los contratos, mediante un texto titulado

---

81 CC, sent. C-818/05.

82 CE, sent. 30/11/06, exp. 18059.

pomposamente “maduración de proyectos” (art. 87, Ley 1474/11), que incluyó además un procedimiento expedito para la efectividad de la expropiación administrativa.

Sin embargo, la planeación tiene una dinámica expansiva de racionalidad abstracta que con frecuencia choca con las posibilidades reales de nuestras administraciones. Las reglas de planeación obedecen a ideales de una organización administrativa que ni siquiera es una realidad integral en los países desarrollados. Además, las distintas reglas de planeación están concebidas para los modelos de gestión más complejos, sin tener en cuenta las diferencias esenciales entre los proyectos nacionales y los territoriales y locales, entre la gestión contractual de un gran organismo y uno pequeño, perteneciente a un municipio alejado, con escasos recursos financieros, humanos y de infraestructura. Este desfase colosal entre lo ideal y lo posible en nuestra realidad local atenta directamente contra el principio de eficacia. Los numerosos deberes de preparación de cualquier proyecto hacen que en muchas ocasiones la administración tome un tiempo excesivo para su preparación o tenga la tentación de evadirlos para lograr los fines de la contratación. En el primer caso el esfuerzo será desalentador, por cuanto el respeto integral de las exigencias de planeación es prácticamente imposible y, sin embargo, los procesos contractuales habrán exigido un tiempo excesivo. En el segundo, el afán de resultados auspiciará proyectos mal estructurados que tendrán innumerables problemas. En uno y otro caso, aun sin involucrar variables de corrupción y propósitos deshonestos, el costo de la ineficacia de la gestión contractual será altísimo.

\* \* \*

Las distintas manifestaciones de la eficacia ponen de presente cómo el principio está en el corazón de la concepción contractual de la administración, lo que no es fruto del azar.

La contratación no es sino un medio de gestión pública, por el cual la administración debe cumplir sus fines, concepción en plena armonía con la noción misma de la eficacia. Nacido en plena expansión del neoliberalismo y en momentos de la negación de la especificidad del derecho administrativo, el Estatuto de Contratación Estatal de 1993 afincó sus esperanzas de transformación de la gestión contractual en el reconocimiento de gran autonomía de los gestores públicos para el logro de los objetivos públicos, con el control previo de una transparencia acentuada y el control posterior de una responsabilidad reforzada, concepción que también traducía la expresión máxima del principio de eficacia. Pero el espejismo de la privatización de la administración, como solución a su ineficacia, y la constatación de la corrupción creciente, han estimulado el refuerzo de la reglamentación que hoy produce un panorama cada vez más complejo y enredado, aunque ni el legislador ni el Gobierno, veladamente habilitado a través del poder reglamentario, se sonrojen en afirmar que la multiplicación exponencial normativa tiene por origen la simplificación del sistema y su *eficacia*.

Sin duda la concepción contractual sobre la base de principios, incluido el de eficacia, se diluye así de reforma en reforma, y el objetivo de simplificación con responsabilidad es cada vez más ilusorio, lo que concreta la *ineficacia* de las reformas.

Aunque sabemos de sobra que las normas no cambian a las personas, seguimos insistiendo en esta única solución. Y este fetichismo normativo nos impide asumir verdaderamente lo que sabemos desde hace tiempo: el problema no son las normas sino las personas que las aplican. La formación de los gestores contractuales será más *eficaz* que la frondosa reglamentación que les imponemos. Los esfuerzos de formación de nuestros controladores fiscales, disciplinarios y penales y los recursos técnicos que les ofrezcamos serán más *eficaces* que los garrotes sancionatorios redoblados de las sanciones que deben aplicar. La conciencia que tenga-

mos del carácter corruptor de la contratación pública por su gigantesco peso en la economía de cualquier país y su carácter instrumental para hacer clientelismo político nos permitirá, tal vez, formular mecanismos más *eficaces* para la realización del bien común.

En estas condiciones, las bases de una contratación pública *eficaz* parecen estar por descubrir.

## 7. ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA Y CONTRATOS PÚBLICOS\*

La Sala Plena de la sección III del Consejo de Estado profirió la sentencia del 19 de noviembre de 2012 (exp. 24.897) mediante la cual unificó su jurisprudencia en materia de enriquecimiento sin causa y *actio in rem verso*, para clarificar ambigüedades de fallos anteriores y generar seguridad jurídica en esta importante materia. La Sala daba así aplicación al artículo 271 del nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, uno de los cambios procesales trascendentes introducidos en esta reforma de 2011, siguiendo las orientaciones de la Corte Constitucional sobre la importancia de los precedentes judiciales de las altas cortes en el logro de la efectividad de la igualdad frente a la ley, consignada como derecho fundamental por nuestra Carta Política (art. 13)<sup>1</sup>. El nuevo Código reforzó este objetivo al instituir además un recurso extraordinario de unificación de jurisprudencia contra las sentencias que contraríen o se opongan a la unificación (arts. 256 ss.), y al exigir a las autoridades administrativas tener particular observancia de las sentencias de unifica-

---

\* Estudio publicado en libro homenaje al Maestro Fernando Hinestrosa, Universidad Externado de Colombia.

1 cc, sents. C-836/01, SU-1185/01, T-396/10, C-539/11 y T-980/11.

ción cuando resuelvan los asuntos de su competencia (art. 10). Este cambio trascendente otorga a las sentencias de unificación una fuerza vinculante formidable que exige de ellas un especial rigor, tanto en la claridad jurídica de sus planteamientos como de la recopilación completa de las decisiones anteriores para que verdaderamente pueda cumplir con su objetivo de unificación y seguridad jurídica de la institución cuya caracterización impone así a todos los operadores jurídicos.

La sentencia de unificación de 2012 describe el principio general de no enriquecimiento sin causa en el derecho privado, así como un panorama de las diversas posiciones que ha asumido la jurisprudencia de la sección III del Consejo de Estado frente a la institución, clasificadas en tres etapas, para formular luego la concepción que habrá de aplicarse en el futuro. De la primera etapa se destaca la carga de la administración en el respeto de los procedimientos contractuales y la confianza generada en el particular para la ejecución de prestaciones sin contrato, en razón de su urgencia<sup>2</sup>, o fuera del contrato, como complemento del mismo<sup>3</sup>, así como la apreciación de la prestación ejecutada por el particular, sin valorar específicamente su comportamiento ni su culpa<sup>4</sup>. Un segundo grupo de sentencias comienza con el auto del 30 de marzo de 2006, en el que el Consejo de Estado sanciona el desconocimiento deliberado de las reglas de contratación por el particular, destacando así la culpa del particular empobrecido, que le cerraría el acceso a la *actio in rem verso*<sup>5</sup>.

---

2 CE, sec. III, sent. 11/12/84, exp. 4070.

3 CE, sec. III, sents. 03/07/90, exp. 5579 y 06/09/91, exp. 6306.

4 CE, sec. III, sents. 22/07/09, exp. 35026, 10/09/92, exp. 6822, 11/07/96, exp. 9409.

5 CE, sec. III, auto 30/03/06, exp. 25662. La providencia tendría un antecedente importante en la sentencia 11/10/91, exp. 5686, en la que el Consejo de Estado destacó que el particular no podría valerse de su propia culpa, al promover situaciones a espaldas del derecho, por desconocimiento consciente de procedimientos de contratación.



Esta línea dura sancionó también el desconocimiento de exigencias presupuestales para la ejecución de contratos por el particular, y no solo por la administración (art. 41, Ley 80/93), restringiendo la indemnización del primero en un 50%, en razón de su culpa. En fin, el tercer grupo modera esta posición, al resaltar que es la administración, y no el particular, quien es principalmente garante de la legalidad de sus procedimientos contractuales, razón por la cual ha de aceptarse la *actio* cada vez que la administración impele al particular a ejecutar prestaciones sin las formas legales<sup>6</sup>.

En la sentencia de unificación se asume una posición ecléctica, al afirmar que el principio general no puede aplicarse ante el desconocimiento de las solemnidades substanciales de los contratos estatales, pero concibe tres casos excepcionales en los que se podría admitir. No obstante, la fuerza vinculante absoluta que la sentencia da a las disposiciones de orden público, determinantes de las solemnidades contractuales, así como la ilusión de las excepciones propuestas, anuncian la inaplicación práctica del principio general en nuestro derecho administrativo.

Las consecuencias drásticas de la sentencia de unificación se pusieron de presente menos de dos meses después de su expedición, cuando la misma corporación la desconoció<sup>7</sup>, lo que incita a realizar un análisis global del enriquecimiento sin causa en nuestra jurisprudencia administrativa, que se ha apoyado conceptualmente en la concepción privatista del principio, sin resaltar las particularidades de la institución en derecho administrativo.

---

6 CE, sec. III, sent. 22/07/09, exp. 35026.

7 CE, sec. III.C, sents. 30/01/13, exp. 19045 y 13/02/13, exp. 24969.

## I. INSPIRACIÓN EN EL ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA CIVIL

El Consejo de Estado explica en la sentencia de unificación que la configuración del principio de no enriquecimiento sin causa tiene tan solo un origen mediato en el derecho romano, en la medida en que las distintas *conditio indebiti* solo tenían una aplicación restringida, como remedio al formalismo sacramental del derecho romano clásico, que desconocía las finalidades específicas de las partes y, en general, la noción de causa, como elemento de validez del contrato, como lo ha recordado la doctrina<sup>8</sup>. La institución, como principio general de derecho, tan solo fue enunciada a final del siglo XIX por la doctrina francesa de AUBRY y RAU<sup>9</sup>, acogida luego por la célebre sentencia *Boudier* de 1892<sup>10</sup>.

Nuestra Corte Suprema de Justicia adoptó integralmente esta concepción desde 1933<sup>11</sup> y los requisitos del principio, enunciados en una sentencia de 1936, han sido citados y transcritos reiteradamente por la jurisprudencia tanto de la Corte como del Consejo de Estado. Ellos se pueden clasificar en dos grupos, unos de orden material y otros de orden jurídico. La identificación de los elementos materiales no presenta mayor dificultad, mientras que la concreción del

8 FRANÇOIS GORÉ, *L'enrichissement aux dépens d'autrui: source autonome et générale d'obligations en droit privé français. Essai d'une construction technique*, Paris, Dalloz, 1949, p. 11. G. BONET, *L'enrichissement sans cause. Droit privé et droit public*, Juris-Classeur Civil, App, arts. 1370 a 1281, 1988; GABRIEL BAYLE, *L'enrichissement sans cause en droit administratif*, LGDJ, Paris, 1973, p. 2.

Por el contrario, en múltiples ocasiones se ha afirmado el origen directo de la institución en el derecho romano, lo que desnaturaliza su caracterización moderna, que veremos luego. CSJ, cas. 28/02/33; 06/09/35, XLII, n.º 1901-1902, pp. 586-606; 27/03/39, XLV, n.º 1927, pp. 579-591; 24/09/92, exp. 6788.

9 Primera formulación del principio general: CHARLES MARIE BARBE ANTOINE AUBRY y CHARLES FRÉDÉRIC RAU, *Cours de droit civil français*, 4.ª ed., 1869-1876, t. VI, 578. Ver también la clásica: t. IX, 5.ª ed., por E. Bartin, Paris, 1917, n.º 578, p. 355.

10 Cas. 15/06/1892, DP, 92.1.596.

11 Cas. 28/02/33.

sentido y alcance de los jurídicos condensa toda la complejidad de la institución.

### A. Elementos materiales

Los elementos materiales están constituidos por la existencia del enriquecimiento de un patrimonio, el empobrecimiento de otro y un origen común entre los dos. El enriquecimiento usualmente es directo, por una interdependencia inmediata con relación al empobrecimiento, lo que pone de presente que los tres elementos materiales están íntimamente relacionados. Nuestra Corte Suprema consideró que un banco alemán se había enriquecido sin causa por no restituir a un cliente colombiano las divisas que este le había depositado a término fijo. La Corte estimó que aunque el cliente no podía pedir la resolución del contrato, al no haberse presentado a reclamar las divisas en los términos contractuales estipulados, no existía causa jurídica para que el banco dejara de restituirle la suma neta que había depositado originalmente<sup>12</sup>.

En su ya recordada sentencia de 1936, la Corte concibe que el enriquecimiento puede ser indirecto, por intermedio de un patrimonio distinto del empobrecido, como ocurrió en el caso de la sentencia *Boudier* en cita: un vendedor de abonos no pudo cobrar los que había vendido a un agricultor, debido a la insolvencia de este último. La Corte de Casación francesa aceptó que el vendedor podía dirigirse contra el propietario de la parcela arrendada al agricultor, quien se había enriquecido sin causa con la valorización de su tierra, cuando el arrendatario agricultor se vio obligado a restituirle la parcela abonada, como consecuencia de la resolución del contrato de arrendamiento, que también incumplió<sup>13</sup>. Otro

---

12 CSJ, cas. 14/04/37, XLV, n.º 1923, pp. 25-32.

13 Cas. 15/06/1892, DP, 92.1.596

caso de enriquecimiento indirecto es el de dos hermanos solteros que vivían en una misma casa. La hermana hacía las compras para la casa y, cuando no pagó a sus acreedores, estos pudieron válidamente cobrar a su hermano, quien se beneficiaba de las compras de suministros realizadas con el patrimonio de su hermana<sup>14</sup>. La sentencia de la Corte de 1936 admite también el enriquecimiento por evitar o limitar una pérdida del patrimonio: para poder extinguir un incendio iniciado en una casa, los bomberos pasaron por la casa vecina, causando daños a esta. El tribunal francés de Vanves admitió que el propietario de la casa que se incendiaba se había enriquecido a expensas del propietario que vio su casa deteriorada para lograr limitar el daño generado por el incendio. Si los bomberos no hubiesen pasado por su casa, los daños habrían sido mayores<sup>15</sup>.

Nuestra Corte Suprema de Justicia ofrece también ejemplos por relaciones contractuales no concluidas, como los servicios agrícolas y domésticos prestados por un trabajador durante 10 años, sin que mediara un contrato entre las partes<sup>16</sup>, los servicios recibidos de criado doméstico y mayordomo por 20 años, sin mediar contrato<sup>17</sup>, o el enriquecimiento de una persona que conservó la remuneración parcial que le había hecho otra, en desarrollo de la promesa de compraventa de un inmueble, calificada de inexistente al no cumplir los requisitos legales substanciales de las promesas de contrato<sup>18</sup>.

En la medida en que hasta 1964 la competencia del Consejo de Estado se restringió esencialmente a los litigios sobre legalidad de actos administrativos<sup>19</sup>, la Corte

14 Corte de Casación francesa, Req. 04/02/1902, S. 1902.1.229.

15 Tribunal de Vanves, sent. 26/07/1927. DH 1927, po. 535.

16 c.s.j., cas. 28/02/33.

17 Cas. 06/09/40, L, n.º 1961-1963, pp. 36-42.

18 Cas. 30/07/41, LI, n.º 1977.

19 Solo desde el Decreto-Ley 528/64 se estableció la competencia del

Suprema de Justicia tuvo oportunidad de juzgar eventos de enriquecimiento sin causa originados en relaciones administrativas. Así, consideró que el municipio de Medellín se había enriquecido sin causa al recibir un pago excesivo del servicio de energía por parte de Cine Colombia durante unos meses por una tarifa mayor a la contractualmente convenida<sup>20</sup>. En otra oportunidad, encontró sin causa el enriquecimiento del Ministerio de Correos y Telégrafos por recibir servicios de transporte de materiales de telégrafos de su propiedad, sin remunerar al particular que los prestó, en razón de la ausencia de perfeccionamiento del contrato que habían suscrito<sup>21</sup>. Esta situación de enriquecimiento sería después objeto de múltiples ejemplos de fallos del Consejo de Estado por la ejecución de contratos no perfeccionados, relacionados igualmente con servicios<sup>22</sup> y, sobre todo, con obras públicas<sup>23</sup>.

La jurisprudencia administrativa también consideró injustificado el enriquecimiento que percibe la administración por la ejecución de prestaciones externas al contrato celebrado, ya sea por obras adicionales no formalizadas<sup>24</sup> o por extensiones temporales igualmente informales, como en el servicio de mantenimiento de máquinas de escribir, prestado por varios meses después de finalizado el plazo

---

contencioso administrativo para juzgar las controversias originadas en contratos administrativos o en hechos generadores de responsabilidad administrativa.

20 CSJ, cas. 19/11/36, cit.

21 CSJ, sent. 27/03/39, XLVIII, n.º 1947, pp. 124-131.

22 CE, sec. III, sent. 11/10/91, exp. 5686 (servicio de publicidad a una entidad pública).

23 CE, sec. III, sent. 04/04/91, exp. 6031; sent. 15/11/91, exp. 5883; sent. 10/09/92, exp. 6822.

24 CE, sec. III, sent. 09/03/84, exp. 2850; sent. 22/02/91, exp. 6031; sent. 26/10/91, exp. 6103; sent. 03/07/90, exp. 5579; sent. 11/07/96, exp. 9409; 12/04/87, exp. 4104a.

contractual<sup>25</sup>, o en la prolongación informal del servicio de vigilancia a instalaciones de un municipio<sup>26</sup>.

La causa común entre el enriquecimiento y el empobrecimiento permite identificar eventos en los que puede presentarse uno, pero sin vínculo con el otro. La doctrina nos ofrece algunos ejemplos: un propietario realiza unos jardines magníficos en la parte delantera de su villa que da a la calle. Estas obras valorizan los predios vecinos, pero no generan ningún empobrecimiento al propietario, quien también se beneficia de ellas<sup>27</sup>. Un propietario hizo un dique en el río que pasaba por su predio, beneficiando a los predios inferiores: sin embargo, la Corte de Casación francesa consideró que no se había empobrecido porque las obras también lo beneficiaban<sup>28</sup>. Una persona que compra un vino y no lo paga, no habilita al vendedor a dirigirse *in rem verso* contra un tercero a quien el comprador regaló el vino<sup>29</sup>.

## B. Elementos jurídicos

Los elementos jurídicos son más complejos, por cuanto conllevan la valoración particular del origen jurídico del enriquecimiento y del empobrecimiento correlativo. Consolidada la teoría general de las obligaciones, la situación que da origen al enriquecimiento no puede enmarcarse en ninguna de las fuentes tradicionales de las obligaciones enunciadas por el artículo 1494 del Código Civil<sup>30</sup>. Ello

---

25 CE, sec. III, sent. 06/09/91, exp. 6306.

26 CE, sec. III.C, sent. 30/01/13, exp. 19045.

27 GORÉ, ob. cit., p. 38.

28 Cas. 06/11/1838, S. 1839. 1.160, cit. ibíd., p. 40.

29 Tribunal de la Seine, 22/03/1913, *Gazette des tribunaux*, 1913, 1<sup>er</sup> sem. 2<sup>ème</sup> partie, p. 255.

30 Código Civil, art. 1494: "*Fuentes de las obligaciones*. Las obligaciones nacen, ya del concurso real de las voluntades de dos o más personas, como en los contratos o convenciones; ya de un hecho voluntario de la persona que se obliga, como en la aceptación de una herencia o legado y en todos los cuasicontratos; ya a consecuencia de un hecho que ha inferido injuria o daño

explica que el enriquecimiento sin causa genere una fuente adicional a las consignadas por el Código, derivada de los principios generales del derecho, aplicables “cuando no haya ley exactamente aplicable al caso controvertido” (art. 8, Ley 153 de 1887<sup>[31]</sup>), como lo estableció nuestra Corte Suprema de Justicia<sup>32</sup>, principios generales cuya fuerza vinculante fue ratificada por la Corte Constitucional en los eventos en los que el juez debe acudir a este tipo de “contenidos extrasistemáticos”<sup>33</sup>. La calificación de principio general se vio reforzada por el Código de Comercio de 1971 al consagrarlo expresamente en su artículo 831, siguiendo las tendencias de los derechos contemporáneos, iniciadas tempranamente por los derechos alemán y suizo.

En estas condiciones, el enriquecimiento sin causa se convierte en una fuente autónoma de obligaciones. No obstante, en la medida en que el enriquecimiento exige que la situación no pueda tener por origen cualquier otra de las fuentes de obligaciones, la posibilidad de reclamar su restitución a través de la *actio in rem verso* solo existe cuando no es posible acudir a las acciones que normalmente tiene el actor para el amparo de sus derechos. Este carácter general y autónomo, pero al mismo tiempo residual, genera las mayores dificultades de la figura, en torno a sus dos elementos jurídicos: la ausencia de causa jurídica y la inexistencia de acción para reclamar. Los dos están íntimamente relaciona-

---

a otra persona, como en los delitos; ya por disposición de la ley, como entre los padres y los hijos de familia”.

31 Art. 8.º: “Cuando no haya ley exactamente aplicable al caso controvertido, se aplicarán las leyes que regulan casos o materias semejantes, y en su defecto, la doctrina constitucional y las reglas generales de derecho”.

32 CSJ, sent. 27/03/39, XLVIII, n.º 1947, pp. 124-131; cas. 06/09/40, L, n.º 1961-1963, pp. 36-42; cas. 30/07/41, LI, n.º 1977; cas. 28/08/45, LIX, n.º 2022-2024, pp. 424-435.

33 CC, sent. C-083/95.

dos, al punto que algunos consideran que son uno y otro lado de la misma moneda<sup>34</sup>.

### 1. Ausencia de causa jurídica

Siguiendo la descripción de la sentencia 1936 de la Corte Suprema, el tercer elemento que caracteriza el enriquecimiento sin causa es, precisamente, la ausencia de causa jurídica. El empobrecimiento solo es injusto cuando “el desequilibrio entre los dos patrimonios se haya producido sin causa jurídica”. La calificación de “empobrecimiento injusto” utilizada por la Corte, o de enriquecimiento *torticcero*, utilizada con frecuencia para identificar el principio general, no debe llevar a concluir que hay un reproche del comportamiento de alguna de las partes. El carácter injusto se reputa de la situación, y refleja el esencial fundamento moral del principio de no enriquecimiento sin causa, en aras de resolver una situación inequitativa, injusta, a la cual las instituciones jurídicas establecidas no dan respuesta.

Siguiendo la definición de AUBRY y RAU, la Corte lo expresa con claridad:

En el enriquecimiento torticcero, causa y título son sinónimos, por cuyo motivo la ausencia de causa o falta de justificación en el enriquecimiento, se toma en el sentido de que la circunstancia que produjo el desplazamiento de un patrimonio a otro no haya sido generada por un contrato o un cuasi-contrato, un delito o un cuasi-delito, como tampoco por una disposición expresa de la ley.

Con este panorama omnicompreensivo de las fuentes de las obligaciones se entiende bien el sentido de la *ausencia*

---

34 BONET, ob. cit.; GORÉ, ob. cit., p. 319.



*de causa* jurídica que caracteriza al enriquecimiento sin causa, esto es, la situación que no encuentra explicación en ninguna de estas instituciones previstas por el derecho positivo. La caracterización explica igualmente el sentido residual del enriquecimiento sin causa, en la medida en que este existe solo cuando, agotadas las diversas fuentes de las obligaciones, no se encuentra una explicación jurídica, una *causa*, para explicar la situación.

No obstante, este carácter residual de la figura no se opone a su carácter autónomo y a su calificación de principio general de derecho. En efecto, el principio general de no enriquecimiento sin causa crea una fuente autónoma de la obligación de su restitución, bajo condiciones particulares e independientes de las otras fuentes de obligaciones identificadas por el Código Civil en su artículo 1494. Por esta razón, tanto el fundamento del principio de no enriquecimiento sin causa como su caracterización y sus consecuencias tienen particularidades específicas frente a las otras fuentes de obligaciones cuyas explicaciones, elementos y efectos no se pueden extrapolar al enriquecimiento sin causa, so pena de tergiversar y desnaturalizar el principio. Veamos los distintos eventos, así como su concreción en casos concretos, donde se aprecian dificultades particulares.

#### a. Delito y cuasidelito

La ausencia de causa jurídica comporta la ausencia de dolo o culpa en la generación del desplazamiento entre patrimonios, como lo explica nuestra doctrina privatista:

Claro es que tal situación [de enriquecimiento sin causa] está condenada por el derecho y la equidad; pero esta circunstancia *no autoriza, en manera alguna, la confusión del enriquecimiento sin justa causa con el delito o cuasidelito*. Baste tener en cuenta que el enriquecimiento sin causa puede provenir de un hecho lícito para comprender que esta figura o situación es diferente de

la que se origina en un hecho delictuoso o culposo que causa perjuicio a otra persona<sup>35</sup>. (Se resalta.)

No obstante, nuestra jurisprudencia administrativa con frecuencia resaltó comportamientos ilícitos de la administración, actitudes de mala fe precontractual y generación de expectativas en su candidato a contratista, quien finalmente ejecutó las prestaciones a la espera de un contrato o una adición contractual que nunca se formalizaron. En otras oportunidades puso de presente culpas (fallas) de la administración quien negligentemente omitió deberes administrativos internos que impidieron el perfeccionamiento del contrato, como veremos más adelante.

Estos eventos, si seguimos los lineamientos de la caracterización de los elementos del enriquecimiento sin causa, fijados por la Corte desde 1936, constituyen manifestaciones de fallas administrativas de las entidades públicas, cuasidelitos o delitos, en el sentido civil, que cerrarían la vía de la *actio in rem verso*. El Consejo de Estado incluso ha fundamentado decisiones en la culpa *in contrahendo*<sup>36</sup>, lo que debería ubicar la solución en el plano de la responsabilidad precontractual y no en el del enriquecimiento sin causa.

La jurisprudencia de 2006 y 2007 del Consejo de Estado reaccionó frente a esta posición, al reubicar estos casos en el terreno propio de la responsabilidad precontractual<sup>37</sup>, posición que ratificaría en principio la sentencia de unificación,

---

35 GUILLERMO OSPINA FERNÁNDEZ, *Régimen General de las Obligaciones*, 8.<sup>a</sup> ed., Bogotá, Temis, pp. 42 y 43, citado por las sentencias del 29/01/09, exp. 15662, y del 22/07/09, exp. 35026, aunque, paradójicamente, en esta última, el Consejo de Estado afirma la pertinencia del enriquecimiento sin causa, pese a constatar que la administración incumplió las disposiciones sobre las formas substanciales del contrato público, irregularidad que debería calificarse como cuasidelitos o, en la expresión administrativa, como una falla del servicio.

36 CE, sec. III, sent. 30/11/00, exp. 11895.

37 CE, sec. III, auto 30/03/06, exp. 25662, y sent. 07/06/07, exp. 14669.

aunque con contradicciones conceptuales, como veremos en la segunda parte del presente estudio.

Por otro lado, el análisis del comportamiento de las partes en el desplazamiento del patrimonio que da origen al enriquecimiento injustificado incluye el del empobrecido. La jurisprudencia civil considera que existe causa jurídica cuando este tiene ánimo de liberalidad<sup>38</sup> o cuando ha asumido cargas de las que aspira obtener un provecho: en un arrendamiento agrícola a largo plazo (12 años), el arrendatario realizó mejoras, mediante siembras y habilitación de potreros, por lo que pretendió cobrar al arrendador la plusvalía del predio, al final de arrendamiento. La Corte de Casación francesa rechazó el enriquecimiento sin causa, al considerar que las mejoras desbordaron los términos del contrato de arrendamiento según el cual “las tierras serían cultivadas bajo los parámetros de un buen padre de familia”. Las mejoras debían así considerarse en interés del arrendador, quien las había realizado a su costa y riego. El enriquecimiento no era injusto<sup>39</sup>.

En sentido similar, nuestra Corte Suprema no reconoció como enriquecimiento las mayores obras que un contratista realizó en un contrato de obra a precio global. La Corte observa que el artículo 2060 del Código Civil establece la regla según la cual el empresario que enfrenta sobrecostos en la obra a precio global que realiza, en razón de vicios ocultos del suelo, deberá hacerse autorizar para ellos por el dueño de la obra<sup>40</sup>. Por consiguiente, sin su consentimiento expreso

38 CSJ, cas, 19/09/36, cit.

39 Cas. 28/03/1939, DC 1942, J. 119, nota F. GORÉ.

40 Código Civil, art. 2060: “Los contratos para la construcción de edificios, celebrados con un empresario que se encarga de toda la obra por un precio único prefijado, se sujetarán además a las reglas siguientes:

“[...]”

“2. Si circunstancias desconocidas, como un vicio oculto del suelo, ocasionaren costos que no pudieron preverse, deberá el empresario hacerse autorizar para ellos por el dueño; y si éste rehúsa, podrá ocurrir al juez o

sobre las modificaciones propuestas por el constructor, “él es el único responsable de los perjuicios que sufrió por el retardo en la ejecución global de las obras”<sup>41</sup>. La Corte de Casación francesa asumió la misma posición frente a un empresario que suscribió un contrato a precio global fijo para la construcción de un inmueble con los planos dados por el propietario del terreno. La Corte recuerda la regla del artículo 1793 Código Civil francés que prohíbe complemento de precio en contratos a precio global<sup>42</sup>.

Por el contrario, la jurisprudencia administrativa ha sido más protectora del particular. Las culpas o cargas que podrían imputársele con ocasión de la ejecución de prestaciones sin contrato perfeccionado<sup>43</sup>, o de las prestaciones adicionales o posteriores al contrato<sup>44</sup>, no fueron analizadas de manera explícita, privilegiando los reproches al comportamiento de la administración. No obstante, como veremos en la segunda parte de este análisis, es necesario apreciar con cuidado los hechos específicos de los distintos casos, antes de afirmar ligeramente un tratamiento de favor para con el contratista de la administración.

Lo que sí puede afirmarse de manera clara es que la jurisprudencia administrativa reciente ha reaccionado frente a esta tendencia general, mediante el análisis específico del comportamiento de las partes y, en particular, del contratista. Así, la providencia de 2006, que la sentencia de unificación identifica como la que impone la ruptura e inicia la segunda etapa de concepciones sobre el enriquecimiento sin causa administrativo, considera que el particular que contrata

---

perfecto para que decida si ha debido o no preverse el recargo de obra, y fije el aumento de precio que por esta razón corresponda”.

41 CSJ, cas. 22/02/91, *Josué Granados Agudelo vs. Vianini SPA*; Entrecanales y Tavora S.A., no publicada.

42 Sala Civil, sent. 02/03/1915, DP 1920, 1, 102.

43 CE, sec. III, sent. 15/11/91, exp. 5883 (obras realizadas con fraccionamiento artificial del contrato y otras sin orden de trabajos).

44 CE, sec. III, sent. 11/12/84, exp. 4070.

con el Estado tiene una carga de respeto de las formalidades substanciales de los contratos públicos, en la medida en que las normas de orden público se imponen a todos, de tal suerte que cuando deliberadamente contraviene las formalidades substanciales para el perfeccionamiento de un contrato, no puede gozar del amparo del principio de no enriquecimiento sin causa para lograr la restitución de las prestaciones que ejecuta<sup>45</sup>. La sentencia de unificación refrenda esta posición, como veremos más adelante.

La participación conjunta de las partes en el dolo (delito civil) configura la máxima caracterización de una causa jurídica ilícita que excluye el enriquecimiento sin causa. La Corte Suprema lo enuncia en su sentencia de 1936, como un requisito adicional, indicando que “la acción de *in rem verso* no procede cuando con ella se pretende soslayar una disposición imperativa de la ley”. En realidad, la intención de hacer fraude a la ley caracteriza una causa jurídica, y por ello podría considerarse contraria al requisito genérico de ausencia de causa jurídica.

## b. Contrato

La situación que da lugar al enriquecimiento sin causa, como es natural, tampoco puede tener origen en un contrato, aunque ello no se opone a que pueda existir uno. El juez hará entonces un complejo trabajo de disección para separar los eventos que podrían ser calificados como consecuencia del contrato de los que no, pese a su relación mediata. Solo

---

45 CE, sec. III, auto 30/03/06, exp. 25662: “las solemnidades requeridas para la existencia del contrato administrativo, son una garantía que cubre intereses públicos y particulares, pues con ellas se garantiza la transparencia en el manejo de los recursos públicos, se definen claramente las necesidades públicas por satisfacer, y, entre otras más, se garantiza a los prestadores de bienes y servicios de la administración, los deberes y derechos que nacen de dicha prestación”.

estos últimos podrían dar lugar al enriquecimiento sin causa. En el caso del enriquecimiento indirecto relacionado con la venta de abono, que hemos descrito antes, la Corte de Casación francesa desentraña las dos relaciones contractuales existentes, para identificar la ausencia de causa. Por un lado, existía un contrato de compra de abonos, entre el comerciante y el agricultor. Este, a su vez, estaba vinculado contractualmente con el propietario de la parcela, a través de un contrato de arrendamiento agrícola. El arrendatario incumplió los dos contratos, lo que hizo que su arrendador obtuviera la resolución del arrendamiento y se hiciera propietario de la cosecha, fruto del incumplimiento de su arrendatario. ¿Cómo podía entonces considerarse que no existía causa de su enriquecimiento por la plusvalía de la tierra abonada? La Corte consideró que no tenía pleno derecho a la cosecha sin pagar al vendedor del abono. Para la Corte, el arrendador no recibió la cosecha como consecuencia del contrato sino en dación en pago por la deuda de su arrendatario, lo que le imponía la deducción de los abonos que este debía al vendedor<sup>46</sup>.

La difícil apreciación de la ausencia de vínculo con un contrato también se ve en el caso de las divisas compradas al banco alemán, que resumimos antes. El cliente no podía exigir contractualmente al banco el cambio de las divisas, por cuanto él mismo había omitido retirarlas en el plazo fijo establecido contractualmente. Pero ello hacía injusto que el banco se enriqueciera con el depósito establecido para el cambio, y por ello la retención del depósito no tenía causa jurídica.

Existen situaciones en las que la relación con un contrato es más estrecha, de tal suerte que hace ambivalente el reconocimiento del enriquecimiento sin causa. De hecho,

---

46 GORÉ, ob. cit., p. 134.

en algunos casos, el reconocimiento de la *actio* en el pasado sería tratado hoy de manera distinta.

Un primer caso es el de los servicios domésticos prestados sin contrato a una persona, que también presentamos antes. La Corte Suprema explica que no es posible encontrar una explicación de la situación bajo las fuentes de las obligaciones establecidas en el Código Civil (art. 1494), con lo cual deja flotar una duda, frente al contrato verbal que alegó el recurrente. No obstante, la Corte se abstuvo de analizar este argumento en razón de la técnica de casación que centró su análisis en torno a la licitud de aplicar el principio de no enriquecimiento sin causa como fuente autónoma de obligaciones, respecto de las definidas por el artículo 1494 CC citado<sup>47</sup>. Además, el derecho laboral nos indica desde hace tiempo que, en una situación semejante, habría lugar a declarar el contrato realidad, solución ampliamente ratificada con la jurisprudencia de la Corte Constitucional, bajo el amparo reforzado que ha brindado al trabajo, como derecho fundamental (CN, art. 25)<sup>48</sup>.

Otro caso que tendría un tratamiento distinto hoy, se originó en una concesión para construcción de camino de herradura, suscrita en 1892, en la que se pactó el derecho del concesionario al cobro de impuesto de tránsito, una vez concluida la obra. Con posterioridad, la Ley 71 de 1916 prohibió el cobro de impuesto de peaje, razón por la cual la Corte consideró que “habría objeto ilícito de la obligación” pactada. No obstante, el enriquecimiento de la Nación, por la adquisición del camino de herradura, daba lugar al reconocimiento de su costo, soportado por el concesionario<sup>49</sup>. Este caso sería hoy analizado y juzgado desde la perspectiva del equilibrio financiero del contrato, en la medida en que

---

47 CSJ, cas. 06/09/40, cit.

48 Amparos particulares al contrato realidad. CC, sents. T-101/02; T-255/04; T-426/04; C-960/07; C-614/09; T-903/10.

49 CSJ, sent. 17/03/37, XLV, n.º 1927, pp. 579-591.

el hecho imprevisto e imprevisible de la nueva ley vino a alterar las condiciones de ejecución para el concesionario, generándole una carga extracontractual que no estaba jurídicamente obligado a soportar.

### c. Cuasicontrato

La jurisprudencia enuncia que algunos de los cuasicontratos, como el pago de lo no debido y la agencia oficiosa, son una especie del género de enriquecimiento sin causa. Pero su regulación por el Código Civil determina ciertas reglas particulares establecidas por la ley, que se imponen sobre la caracterización general del principio de no enriquecimiento sin causa<sup>50</sup>. Por esta razón, en el caso ya enunciado, la Corte realizó un análisis específico sobre el pago excesivo por tarifa de energía que hizo Cine Colombia al municipio de Medellín, para llegar a la conclusión de ausencia de pago de lo no debido, según las exigencias de los artículos 2313 y siguientes CC, que regulan la figura, lo que le permitió concluir que el pago no tenía causa jurídica<sup>51</sup>.

### d. Otras instituciones regidas por la ley

Como última fuente de las obligaciones, consignada en el artículo 1494 CC, encontramos que la obligación puede nacer por *disposición de la ley*. La Corte menciona en este sentido

---

50 CSJ, cas. 19/09/36, 14/04/37, XLV, n.º 1923, pp. 25-32: "El pago de lo no debido es una expresión del enriquecimiento sin causa, previsto en el Cod. Civ. A parte de los casos previstos, la doctrina 'no puede aplicarse sino con ciertas restricciones y limitaciones'" ; 06/10/1937, XLV, n.º 1930, pp. 802-805; 31/08/38, G.J. n.º 1940, 98; 28 de agosto de 1945, LIX, 431; 18/04/64, CV II, 65); Cas. 13/03/1990, CC, n.º 2439, I semestre 1990, pp. 93-102: en el caso, la Corte analiza el posible pago de lo no debido, regido por disposiciones particulares del Código, con ocasión de pagos realizados por una importación de camiones, lo que, por lo demás, no se encontró probado en el proceso.

51 CSJ, cas., 19/09/36, cit.



varias reglas particulares establecidas en el Código Civil, a saber, los artículos 1747 (restitución en nulidad de contrato con incapaz), 2243 (restitución al depositario incapaz), 739 (indemnización por siembra en terreno ajeno), 1000 (frutos que dan las ramas tendidas sobre terreno ajeno), 2309 (agencia oficiosa contra la voluntad del interesado), 2310 (agencia oficiosa involuntaria) y 2343 (restitución del que recibe provecho de dolo ajeno). En todos estos casos habrá aplicación preferente de las reglas especiales, y no de las reglas sobre el principio general de no enriquecimiento sin causa. Con la misma lógica, la Corte consideró que no hubo pago de lo no debido en el pago que hizo un particular al municipio de Amagá por degüello de ganado, puesto que lo hizo en virtud de un acuerdo municipal que establecía el impuesto. La fuente del pago era entonces normativa, el acuerdo municipal, causa legítima del pago<sup>52</sup>.

## *2. Inexistencia de acción para reclamar*

Este segundo requisito jurídico necesario para el reconocimiento del enriquecimiento sin causa se relaciona íntimamente con el anterior. El carácter excepcional de la institución, originado en la posibilidad de remediar los traslados entre patrimonios solo cuando no sea posible identificar una fuente de la obligación entre las institucionalizadas por el Código Civil (art. 1494) o leyes particulares, se refuerza con la ausencia de una acción vinculada, precisamente, a esas fuentes de las obligaciones, que permita al empobrecido reclamar la compensación. La ausencia de acción no se entiende sin la imposibilidad de vincularla a las distintas fuentes de las obligaciones, como lo hace la Corte en su enunciado de 1936:

---

52 CSJ, cas. 06/10/37, cit.

4.º Para que sea legitimada en la causa la acción de *in rem verso*, se requiere que el demandante, a fin de recuperar el bien, carezca de cualquiera otra acción originada por un contrato, un cuasi-contrato, un delito, un cuasi-delito, o de las que brotan de los derechos absolutos<sup>53</sup>.

La interdependencia (identidad) de las nociones se aprecia en el caso analizado del constructor en un contrato a precio global en el que la Corte también resaltó que la *actio in rem verso* era improcedente, precisamente porque el demandante debía haber demandado por la acción contractual<sup>54</sup>. También es pertinente el siguiente caso que refleja la interdependencia de la fuente jurídica y el contrato: el ganador de un premio de lotería reclamó a la empresa de lotería el reconocimiento de intereses durante el tiempo que el premio estuvo en una cuenta bancaria, mientras se esclarecía en proceso penal la propiedad del billete de lotería que le había sido hurtado. El actor puntualizó que no pretendía la declaratoria de un incumplimiento por parte de la lotería, ni una responsabilidad extracontractual, por cuanto no hubo culpa de la lotería, quien hizo el depósito en cumplimiento de la orden de la Fiscalía, sino la constatación del enriquecimiento injustificado de esta, que le abría la vía de la *actio in rem verso*. El Tribunal consideró, sin embargo, que el vínculo de la pretensión con el contrato permitía ventilar el litigio en acción contractual, razón por la cual no se cumplía con el carácter residual de la *actio*. La Corte se abstiene de valorar esta argumentación, limitándose a resaltar que ella no es absurda, razón por la cual no hay error de hecho, como causal de casación<sup>55</sup>.

La interdependencia con la causa también genera una carga en el empobrecido, por cuanto este no podrá acudir a

---

53 CSJ, cas. 19/11/36, cit.

54 CSJ, cas. 22/02/91, cit.

55 CSJ, cas. 16/06/06, exp. 13373.

la *actio* para substituir una acción que tenía a su disposición y dejó vencer<sup>56</sup>. La Corte rechazó el enriquecimiento sin causa reclamado por un deudor al haber sido ejecutado judicialmente por mayor valor del que debía, con fundamento en un contrato que erradamente consignó una deuda mayor a la que estaba obligado. La Corte explica que el pago de lo no debido constituye un error en el pago y no en la obligación, como ocurrió en este caso. El deudor debió atacar la validez del contrato en acción o en excepción al cobro ejecutivo. La caracterización del enriquecimiento sin causa y su carácter subsidiario hacen que el deudor no pueda acudir a la *actio in rem verso* cuando tenía un fundamento legal y una vía judicial para reclamar<sup>57</sup>. Por ello parece incorrecta la admisión de la *actio in rem verso* por el Consejo de Estado por el enriquecimiento de una entidad pública arrendataria al no pagar cánones al arrendatario después de haber concluido el plazo contractual. La sentencia se limita a observar que una vez obtenido el lanzamiento de la arrendataria, el arrendador no tenía una acción para reclamarle los cánones dejados de percibir hasta la fecha de ejecución del fallo de lanzamiento<sup>58</sup>, sin tener en cuenta el artículo 424 CPC, que contempla la posibilidad de pedir perjuicios en el proceso de restitución de inmueble arrendado, autorizando incluso la solicitud de embargo y secuestro de los bienes objeto del derecho de retención<sup>59</sup>.

---

56 CSJ, cas. 19/09/36, cit.; cas. 10/12/99, exp. 5294, en la que cita sent. 01/11/18: "carece igualmente de la acción el demandante que por su hecho o por su culpa perdió cualquiera de las otras vías de derecho".

57 CSJ, cas. 31/08/31, XLVII, n.º 1940, pp. 95-100.

58 CE, sec. III, sent. 30/01/98, exp. 11172.

59 De manera excepcional, el artículo 882 C.Co. permite la acción por enriquecimiento sin causa en la acción cambiaria cuando el acreedor empobrecido ha dejado prescribir la acción cartular de títulos valores. CSJ, cas. 30/07/01, exp. 6150. En el mismo sentido, cas. 18/08/89, *Jean Kaissar Feghali vs. Aseguradora Coleseguros S.A.*, no publicada; cfr. 21/05/02, exp. 7061; cas. 11/01/00, exp. 5208.

La jurisprudencia administrativa abordó el carácter subsidiario de la acción desde el punto de vista de las acciones contencioso administrativas, para concluir que la acción de reparación directa era pertinente, en la medida en que en los eventos de enriquecimiento sin causa existe “una relación contractual de hecho” y, por consiguiente, el actor “no [tiene] la acción contractual propiamente dicha”<sup>60</sup>. También consideró que “el fenómeno del enriquecimiento sin causa, como fuente de obligaciones y derechos, tiene la categoría de *hecho* y que como tal deber hacerse valer a través de la *acción de reparación directa*” (resaltado original)<sup>61</sup>. Este enfoque la llevó a concluir que en la institución administrativa, a diferencia de lo que ocurre en la civil, la acción no es subsidiaria, puesto que se tramita por la reparación directa<sup>62</sup>, aunque en algunas oportunidades consideró que, en realidad, la descripción de los hechos que dan lugar a la reparación directa (art. 86 CCA) no corresponde con la situación que se presenta en el enriquecimiento sin causa, en donde, como lo veremos más adelante, no existe una verdadera responsabilidad sino una restitución del patrimonio empobrecido<sup>63</sup>; razón por la cual era procedente acudir a la *actio* del Código Civil<sup>64</sup>, con la

---

60 CE, sec. III, sents. 15/11/91, exp. 5883, y 24/09/92, exp. 6788;

61 CE, sec. III, sent. 26/10/91, exp. 6103. En igual sentido sents. 11/12/84, exp. 4070; 11/10/91, exp. 5686; 06/09/91, exp. 6306.

62 CE, sec. III, sents. 11/12/84, exp. 4070; 22/02/91, exp. 5618; 03/07/92, exp. 5876; 04/07/97, exp. 10030; 06/04/00, exp. 1275; 19/07/00, exp. 12540.

63 CE, sec. III, sent. 31/03/2005, exp. 14450: “la fuente del daño, en este caso, no se identifica con ninguna de aquéllas que dan fundamento a la formulación de la acción de reparación directa, y en segundo lugar, si bien se trata de un evento específico de responsabilidad, la reparación del daño se encuentra limitada por la formulación misma de la regla general del derecho incorporada al ordenamiento, y ello se justifica por la excepcionalidad de la situación y la necesidad de garantizar la intervención del juez para restablecer el equilibrio”. En igual sentido, sents. 29/01/09, exp. 15662; 22/07/09, exp. 35026; sent. 22/07/09, exp. 35026.

64 Mientras que la acción de reparación directa tiene un término de caducidad de 2 años, contados a partir del momento en que la administración confirmó su decisión de no reconocimiento y pago al particular que ejecutó

trascendente consecuencia de la variación del término de caducidad de la acción.

La sentencia de unificación hace un detallado recuento de esta evolución y consigna con justeza el sentido de la ausencia de acción para reclamar, como requisito del enriquecimiento sin causa, así como la pertinencia de la acción de reparación directa, en razón de la pretensión restitutoria de un empobrecimiento que “constituye a no dudarlo un daño”, para el Consejo de Estado. La *actio de in rem verso* abre la vía para reclamar judicialmente una pretensión de compensación de un enriquecimiento que, al no tener causa jurídica, no tiene fundamento de pretensión. Por ello “su autonomía es más de carácter sustancial que procedimental”.

## II. PARTICULARIDADES DEL ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA ADMINISTRATIVO

El principio general de no enriquecimiento sin causa se fundamenta en la necesidad de justicia y equidad ante una situación de desequilibrio entre dos patrimonios que no encuentra una justificación jurídica. La regulación civil no es por completo satisfactoria, lo que hace que ya en 1925 afirmara un autor:

... con unanimidad admitimos hoy que “la ausencia de causa no es una noción unívoca; ella corresponde sobre todo, en cada caso particular, a la concepción diferente de un postulado de justicia material en conflicto con los efectos formales del derecho”<sup>65</sup>.

---

prestaciones sin contrato o fuera de él (CE, sec. III, sent. 10/09/92, exp. 6822; auto 23/05/02, exp. 21914).

65 GIERKE, *Deutsches Privatrecht*, Leipzig, 1917, p. 1006, citado por DÉMÈTRE D. GEROTA, *La théorie de l'enrichissement sans cause dans le Code civil allemand*, L'AM, París, 1925, p. 140. Trad. libre del francés.

La cita es más significativa si se tienen en cuenta que está hecha en un estudio sobre el enriquecimiento sin causa en derecho alemán, que consagró de manera positiva el principio de manera temprana. El autor da cuenta de las discusiones que precedieron la adopción del Código Civil alemán, en las que ventiló expresamente la conveniencia de establecer una definición de la ausencia de causa en la consagración positiva del principio, así como la decisión final de no hacerlo, por la conciencia de la imprecisión que tendría la definición y por la necesidad de caracterizar la ausencia de causa en cada caso. La definición del Código alemán contempla así solo la prestación o beneficio obtenido “sin causa jurídica” (art. 812).

Estas dificultades de la institución civil del enriquecimiento sin causa se ven amplificadas en el derecho administrativo debido a ciertas particularidades, cuyos elementos conceptuales exigen un análisis práctico, como veremos a continuación.

### **A. El negocio jurídico frustrado en el origen del enriquecimiento sin causa administrativo**

Las diversas situaciones que se presentan en la gestión administrativa que da lugar al enriquecimiento sin causa tienen en común el desconocimiento de requisitos sustanciales de la actividad contractual. Como vimos, en el derecho privado, el enriquecimiento sin causa puede plantearse en relaciones cercanas al contrato, pero no necesariamente. Por el contrario, la jurisprudencia administrativa concierne siempre a la gestión contractual, bien sea por un contrato cuya conclusión se frustró al no cumplir con todas sus formalidades sustanciales, o bien por la ejecución de prestaciones complementarias que tampoco fueron debidamente formalizadas.

El origen de la situación es entonces formal, y en esto hay una aproximación a las soluciones del derecho romano

que, como recordábamos al comienzo del presente estudio, obedecieron a la necesidad de limitar el rigor del formalismo sacramental<sup>66</sup>, aunque en la contratación pública existe una finalidad específica de protección del interés público, como lo ha puesto de presente nuestra jurisprudencia administrativa reciente<sup>67</sup>, y como lo recuerda la sentencia de unificación. Esta característica del formalismo en los contratos estatales marca una diferencia esencial frente a la institución del derecho privado.

La regla general del consensualismo contractual en derecho privado hace que los contratos solemnes sean la excepción, de tal suerte que la inexistencia del negocio jurídico sea rara. Por el contrario, en los contratos públicos los requisitos formales substanciales son trascendentes para proteger intereses públicos, y por ello hay reticencia a reconocer situaciones de hecho que los irrespeten. La doctrina administrativa francesa ha puesto de presente que las soluciones del Consejo de Estado buscan lograr una solución lo más justa posible, sin que la generalización del enriquecimiento se convierta en una burla a los procedimientos de contratación pública<sup>68</sup>. El juez administrativo francés se mueve así entre dos extremos: de un lado, evitar la burla de las formas establecidas para proteger los intereses públicos y, del otro, evitar la confiscación del patrimonio del particular que colabora efectivamente con la administración. En esta perspectiva, indican dos elementos esenciales que diferencian la figura administrativa de su homóloga privatista: la caracterización particular de la ausencia de causa y la caracterización particular del enriquecimiento de la administración.

---

66 GORÉ, ob. cit., p. 14.

67 CE, sec. III, auto 30/03/06, exp. 25662; sent. 07/06/07, exp. 14669.

68 BAYLE, ob. cit.

Frente a la primera observan que, a diferencia del derecho privado, en el enriquecimiento sin causa administrativo existe un acuerdo de voluntades. La situación que da origen al enriquecimiento sin causa no puede existir a espaldas de la administración. Más aún, no puede existir sin su aprobación, por lo menos implícita. Por el contrario, en el enriquecimiento sin causa privado la situación se da, mayoritariamente, a espaldas del enriquecido, como lo constatamos en los ejemplos de nuestra jurisprudencia civil. Esta característica de la institución administrativa llevó a la doctrina francesa a considerar que el enriquecimiento sin causa administrativo constituye un cuasicontrato<sup>69</sup>.

Nuestro Código Civil caracteriza los cuasicontratos como un *hecho voluntario lícito sin convención*, es decir, sin acuerdo de voluntades. Los cuasicontratos enunciados por el Código Civil expresan la ausencia de cualquier acuerdo, aun imperfecto, en el origen de la obligación: agencia oficiosa, pago de lo no debido y comunidad (art. 2303<sup>[70]</sup>). Por el contrario, en el derecho administrativo, más que de un cuasicontrato, las situaciones de enriquecimiento sin causa nacen de un *contrato frustrado*, al que solo le faltó la formalidad substancial, en la medida en que había acuerdo de voluntades y objeto. El contenido material del contrato existe, pero la falta de un elemento formal substancial hace que no logre materializarse jurídicamente.

La omisión del elemento formal substancial comporta, lógica y necesariamente, el desconocimiento de una disposición imperativa, de orden público, no disponible para las partes. Por consiguiente, no puede ser la constatación del desconocimiento de una norma imperativa lo que, en sí mismo y de manera exclusiva, cierre la vía al reconocimiento

---

69 Ibid., p. 121; FRANCK MODERNE, *Les quasi-contrats administratifs*, Sirey, París, 1995.

70 cc, art. 2303. Hay tres principales cuasicontratos: la agencia oficiosa, el pago de lo no debido, y la comunidad.



de un enriquecimiento sin causa. De lo contrario, nunca habría lugar a su admisión. Volveremos sobre este punto esencial de crítica a la sentencia de unificación.

El otro elemento particular del enriquecimiento sin causa administrativo, identificado por la doctrina francesa, es la caracterización particular del enriquecimiento de la administración, que exige el cumplimiento de fines públicos. A diferencia del homólogo privatista, en el enriquecimiento administrativo no es suficiente un traslado patrimonial injustificado a favor de la administración: es necesario que este traslado genere un enriquecimiento calificado, calificación marcada por la utilidad pública del enriquecimiento que percibe la administración, esto es, del bien o servicio que recibe, sin mediar un contrato o fuera de él.

En contraste con esta caracterización, la concepción de la sentencia de unificación consagra una solución extrema, que lleva a la negación de la existencia misma del principio en la gestión contractual de la administración. El Consejo de Estado recuerda en esta providencia que el contrato estatal es solemne y, por consiguiente, las reglas establecidas para su perfeccionamiento son de orden público. A partir de esta constatación indiscutible, el alto tribunal considera que el enriquecimiento sin causa no podrá ser invocado para reclamar el pago de prestaciones ejecutadas “sin la previa celebración de un contrato estatal que los justifique”, esto por cuanto la *actio in rem verso* exige “que con ella no se pretenda desconocer o contrariar una norma imperativa o cogente”. Pero, para la corporación, el carácter estrictamente vinculante de las reglas de orden público hace que el particular no pueda alegar la buena fe para justificar la omisión de las formalidades substanciales, en la medida en que la buena fe no se valora desde el punto de vista de la convicción íntima subjetiva de estar actuando conforme a derecho, sino sobre la base de “su efectivo y real comportamiento ajustado al ordenamiento y a los postulados de la lealtad y la corrección, en lo que se conoce como buena fe objetiva”.

En estas condiciones, el particular no tendrá argumento alguno para justificar la omisión de las reglas de perfeccionamiento del contrato, lo que le cierra la vía a la reclamación por enriquecimiento sin causa frente a las prestaciones que ejecute sin contrato o fuera de él. El Consejo de Estado otorga así características a la buena fe objetiva que desnaturalizan su esencia. En efecto, si bien esta no puede identificarse con el convencimiento o creencia subjetiva de un buen actuar por parte de quien la alega, el referente objetivo para poder valorar la licitud de su convicción no puede ser el estricto cumplimiento de las normas positivas de imperativo cumplimiento. Allí no hay análisis de buena fe, sino verificación del cumplimiento de reglas indisponibles, verificación para la cual es por completo indiferente la percepción de quien las infringe. Esta concepción de la buena fe objetiva despoja de su caracterización cualquier elemento subjetivo, lo que no corresponde con su noción. Nuestra jurisprudencia civil entendió de manera reiterada que la exigencia de un parámetro general de justificación de la convicción no niega el elemento subjetivo de la buena fe, sino que lo califica:

La concepción jurídica de la buena fe tiende a alejarse del criterio que la considera exclusivamente como la creencia de no hacer mal a nadie o de no hacer nada ilegítimo, esto es, como un simple hecho psicológico, de creencia, por un criterio jurídico más actuante y real que estima que la cuestión predominante consiste menos en la creencia misma que en cómo y por qué se cree. Esta concepción profunda, que puede llamarse ético-jurídica, *no desprecia la naturaleza psicológica del contenido de la buena fe*, especialmente en cuanto constituye una creencia, pero coloca en el mismo plano que corresponde a los elementos morales que permiten calificar la buena fe y constituyen su valor, las características, jurídicas que la elevan a la categoría de un verdadero principio de derecho<sup>71</sup>. (Se resalta.)

---

71 CSJ, cas. 01/12/38.

Por ello, la Corte subraya en la misma sentencia que “el rigor con que se exige o es exigible la buena fe en los negocios no es un concepto uniforme, rígido e invariable, sino una cuestión de hecho, conformada probatoriamente y adoptada en las situaciones de cada caso”, es una cuestión de experiencia de la vida y de sentido práctico, como exponía ANDREAS VON TUHR, aspectos que determinarán “la aprobación de una conducta o proceder, según el parecer unánime de personas razonables y honradas con base en los usos sociales imperantes en una determinada circunstancia”<sup>72</sup>. Los parámetros objetivos que justifican la convicción interior del sujeto que obra con buena fe no pueden consistir en el cumplimiento efectivo de las normas obligatorias, sin desvirtuar el sentido y función del principio de la buena fe que, como todo principio general de derecho, constituye un complemento del derecho positivo, y no una manifestación del mismo, tal y como lo explica la jurisprudencia antes referida tanto de nuestra Corte Suprema de Justicia como de la Corte Constitucional. Es esta la razón por la cual la buena fe no puede tener parámetros absolutos, previamente definidos, sino que ha de analizarse en cada caso específico. El análisis particular, la experiencia de vida y de sentido práctico, a la que se refiere VON TUHR, se oponen a la simple constatación de un supuesto de hecho contenido en una norma jurídica de obligatorio cumplimiento. La valoración de la conducta bajo los parámetros del hombre honesto y honrado exige definir lo que social y moralmente es aceptable, según las circunstancias específicas, en un tiempo y lugar igualmente particular, y no determinar si se cumplió o no una norma obligatoria, lo que es ajeno a cualquier valoración circunstancial. Por esta razón la buena fe tiene

---

72 MARTÍNEZ-CALCERRADA, “La buena fe y el abuso del derecho”, en *Revista de Derecho Privado*, 1979, 436, citado por MARTHA LUCÍA NEME, “Buena fe subjetiva y buena fe objetiva”, en *Revista de Derecho Privado*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2008, n.º 17, p. 51.

un contenido moral que va más allá de la constatación de legalidad estricta.

Por otra parte, la sentencia de unificación enuncia esta drástica concepción, dejando tan solo unas pocas rendijas, excepciones que, en realidad, no constituyen verdaderas excepciones.

En efecto, la primera de las excepciones admite el enriquecimiento cuando la entidad haya constreñido al particular para la ejecución de las prestaciones sin mediar contrato o por fuera de las condiciones contractuales pactadas. Pero, como se expone en la misma sentencia, un comportamiento así calificado de la administración constituye una evidente culpa o falla administrativa que da lugar a la responsabilidad precontractual, que se opone al enriquecimiento sin causa. Menos de dos meses después de la sentencia de unificación, el mismo Consejo de Estado profirió otra desconociéndola: después de vencido el plazo de ejecución de un contrato de prestación de servicios de vigilancia para un municipio, las autoridades locales requirieron al contratista su continuación mientras concretaban la disponibilidad de recursos para un nuevo contrato. El Consejo de Estado constató la necesidad y urgencia del servicio y dedujo artificialmente que “en virtud de su supremacía, de su autoridad o de su *imperium* [el municipio] *constrinó o impuso* al respectivo particular la ejecución de prestaciones” (se resalta). Dos semanas después, otro fallo ratificaba el desconocimiento de la sentencia de unificación. Aunque en él se afirma su aplicación, resulta difícil admitir que el caso se corresponde con el sentido de la excepción formulada. En él se juzgó un litigio sobre el servicio informal de fotocopiado, después de terminado el contrato, mientras se formalizaba uno nuevo, como era costumbre en la Cámara de Representantes contratante. Frente a esta situación, el Consejo de Estado admitió el enriquecimiento sin causa, dada la asimetría entre las partes contratantes, asimetría de la cual concluyó que “en virtud de su supremacía, de su autoridad y de su

*imperium*" la entidad impuso al contratista la ejecución de las prestaciones<sup>73</sup>.

La segunda excepción enunciada en la sentencia de unificación es la objetiva necesidad urgente de realizar prestaciones para evitar una amenaza o lesión inminente e irreversible al derecho a la salud, por su condición de derecho fundamental, en conexidad con los derechos a la vida y a la integridad personal. La excepción proviene de anteriores fallos del Consejo de Estado en los que había encontrado legítimo que en estos casos extremos se omitiera la suscripción del contrato para reconocer las prestaciones realizadas por motivos de significativa urgencia<sup>74</sup>. Pese a la entendible razón de la necesidad de atender una situación particularmente crítica, el Consejo de Estado no explica por qué tan solo sería legítimo este caso de urgencia y no otros en los que también estén concernidos derechos fundamentales, como catástrofes naturales, situaciones extremas de orden público, emergencias sanitarias no hospitalarias, etc.

Esta segunda excepción tiene el mismo fundamento de la tercera, referida a las situaciones en las que la administración solicita la ejecución de prestaciones urgentes, sin previamente haber declarado una urgencia manifiesta, ni suscrito el respectivo contrato, evento de difícil concreción. En efecto, la situación contemplada es más restrictiva que la contemplada por el artículo 41 del Estatuto contractual, prevista para situaciones tan urgentes que permite dejar de declarar la urgencia manifiesta por acto administrativo, suscribir contrato e incluso abstenerse de fijar el valor de la remuneración, que será establecida luego. Difícil identificar situaciones aún más excepcionales constitutivas del tercer

---

73 CE, sec. IIIA, sent. 13/02/13, exp. 24969.

74 CE, sec. III, autos 03/09/08, exp. 33924, y 03/12/08, exp. 34288 y 35722; sent. 22/07/09, exp. 35026.

evento en el que podría admitirse el enriquecimiento sin causa.

Las restricciones a la aplicación práctica de las excepciones permiten concluir que el Consejo de Estado asume una posición de extrema exigencia, en la que el desconocimiento de los requisitos legales para el perfeccionamiento de los contratos, sus adiciones o prórrogas cerrarán indefectiblemente la posibilidad de declarar un enriquecimiento sin causa. La solución puede ser demasiado rígida e injusta en más de un caso, pese a la comprensible preocupación de sancionar las prácticas abusivas de informalidad en la gestión contractual. Por el contrario, el análisis del conjunto de la jurisprudencia del Consejo de Estado sugiere soluciones más flexibles, atendiendo a las particularidades de los elementos constitutivos del enriquecimiento sin causa administrativo y a las particularidades de los casos específicos. En este sentido, las sentencias recientes, incluida la de unificación, reiteran la importancia fundamental de analizar cada caso en su particularidad, lo que concretaría la caracterización de las distintas particularidades de la institución en derecho administrativo.

## **B. Aplicación particular de los elementos del enriquecimiento sin causa administrativo**

### *1. Solicitud de la administración enriquecida*

Esta característica, no resaltada por nuestra jurisprudencia administrativa, está sin embargo presente en todos los casos objeto de decisiones jurisdiccionales del contencioso administrativo. De hecho, es uno de los aspectos que las sentencias constatan para la admisión de la institución, como la solicitud verbal de un comandante de estación de policía, referida al arriendo de cupos de su parqueadero para guardar 13 vehículos del Fondo Rotatoria de la Policía

Nacional por tres meses<sup>75</sup>, la solicitud a un taller para reparar vehículos de un ministerio<sup>76</sup>, las pautas publicitarias de una entidad durante un mundial de fútbol<sup>77</sup> o la reparación de un puente que amenazaba ruina por solicitud del director de un distrito de carreteras del Ministerio de Obras<sup>78</sup>. La solicitud de la entidad también se verifica sistemáticamente en las obras adicionales. Por supuesto, no existe un acuerdo previo en debida forma, pero el Consejo de Estado verifica sistemáticamente que exista una solicitud implícita por parte de los funcionarios de la respectiva entidad o del interventor.

... no sería justo que con el argumento de la fiscalía (la incompetencia de los funcionarios que ordenaron la adecuación del terreno para celebrar contratos) nada pudiera reclamar la contratista, la que no actuó *motu proprio* o por su propia iniciativa, sino por orden del ente demandado, a instancias de los funcionarios competentes para manejar la ejecución del contrato a nombre del municipio<sup>79</sup>.

En otros casos existe solicitud de continuación de los servicios después de terminado el contrato, en espera de uno nuevo, como la solicitud informal de un departamento a un asilo contratista para que prorrogara la atención a ancianos<sup>80</sup>, o la de un departamento al Instituto de Cancerología contratista<sup>81</sup>, la prórroga para el mantenimiento de máquinas de escribir<sup>82</sup> o del servicio de vigilancia de una entidad<sup>83</sup>, así como la ampliación informal de un contrato de obra,

---

75 CE, sec. III, auto 01/10/08, exp. 16849.

76 CE, sec. III, sent. 19/07/03, exp. 12540.

77 CE, sec. III, sent. 29/01/98, exp. 11099.

78 CE, sec. III, sent. 16/04/93, exp. 7356.

79 CE, sec. III, sent. 03/07/90, exp. 5579.

80 CE, sec. III, auto 03/09/08, exp. 33924.

81 CE, sec. III, auto 03/12/08, exp. 35722.

82 CE, sec. III, sent. 06/09/91, exp. 6306.

83 CE, sec. III, sent. 11/12/84, exp. 4070.

deducida de actas y de aprobación por el interventor<sup>84</sup>. La constatación de la orden de la administración puede constituir incluso el reproche mismo del comportamiento de la entidad: “el contrato adicional no se celebró por omisión de la misma entidad pública, la que ordenó la ejecución de nuevas obras y las recibió a satisfacción, sin preocuparse de la suscripción del contrato que las respaldaba”<sup>85</sup>.

La jurisprudencia también constata la aprobación implícita por la actitud permisiva de la entidad, al constatar que “el demandante ejecutó unas obras a ciencia y paciencia de la entidad”<sup>86</sup>, lo que, en otro caso, llevó al Consejo de Estado a concluir que “no tiene sentido patrocinar la conducta de la administración que niega el pago sin entrar a examinar su actitud permisiva, inspiradora de *confianza*, y señal inequívoca de asentimiento”<sup>87</sup> (resaltado original). Así mismo, es posible establecer la aprobación por el carácter necesario de la prestación adicional para la realización del objeto contractual, como de las obras indispensables para la readaptación de un parque municipal de las que el Consejo de Estado consideró que “resulta incuestionable que la administración consintió en la ejecución de las obras que llevó a cabo el contratista”<sup>88</sup>.

Por el contrario, la jurisprudencia rechaza el enriquecimiento sin causa cuando no está demostrada la aprobación, aun implícita, de la entidad, como en las obras adicionales frente a las que la entidad contratante no “había aceptado reconocer y pagar las erogaciones que por tales conceptos llegara a hacer la empresa contratista”<sup>89</sup>. Es significativo en este sentido un caso en el que se reconoce enriquecimiento

---

84 CE, sec. III, sent. 24/08/00, exp. 12082.

85 CE, sec. III, sent. 09/03/84, exp. 2850.

86 CE, sec. III, sent. 04/04/91, exp. 6031.

87 CE, sec. III, sent. 10/09/92, exp. 6822.

88 CE, sec. III, sent. 11/07/96, exp. 9409.

89 CE, sec. III, sent. 09/05/96, exp. 10151.



sin causa por el diseño de un desarenador para un acueducto municipal, previsto en los pliegos y ordenado por la administración, pero no por el diseño hidráulico del canal de aducción, por no haberse probado que la administración lo ordenó, aunque hubiese sido recibido por la administración, a través de su interventor<sup>90</sup>. En otro caso, el Consejo de Estado consideró como liberalidad del contratista, enteramente a su cargo, la ejecución de las prestaciones que este realizó en contra de la voluntad de la administración, cuando la entidad le había advertido que no podía realizar obras complementarias sin su formalización y legalización previa mediante contrato adicional<sup>91</sup>. El particular no puede forzar la mano de la administración para imponerle prestaciones<sup>92</sup>.

La exigencia de la aprobación o beneplácito de la entidad introduce en el enriquecimiento sin causa administrativo un factor de incertidumbre y ambigüedad por la cercanía a un verdadero contrato. Ella pone igualmente de presente la dificultad de valorar las consecuencias del desconocimiento de las formas substanciales de contrato, de su adición o prórroga. Es claro que, siendo requisitos esenciales, sin ellas, el contrato, adición o prórroga no existen y, por consiguiente, no pueden derivarse consecuencias del contrato, como la responsabilidad por no remunerar las prestaciones realizadas. Sin embargo, el requisito de aprobación de la prestación realizada para la configuración del enriquecimiento sin causa administrativo hace que esta sanción al desconocimiento de la formalidad substancial, en sí misma, no pueda conllevar el desconocimiento de un enriquecimiento sin casusa, sin pervertir el objetivo de justicia y equidad que inspira la institución.

---

90 CE, sec. III, sent. 14/02/02, exp. 13600.

91 CE, sec. III.C, sent. 19/10/11, exp. 18082.

92 BAYLE, ob. cit., p. 198.

## 2. Valoración específica de la buena fe

La solución extrema de la sentencia de unificación nos lleva a revisar las condiciones que permitirían aplicar el principio de no enriquecimiento sin causa en derecho administrativo. La Corte Constitucional ha explicado cómo se formulan los principios generales del derecho mediante la *analogia juris*: “a partir de diversas disposiciones del ordenamiento, se extraen los principios generales que las informan, por una suerte de inducción, y se aplican a casos o situaciones no previstas de modo expreso en una norma determinada”<sup>93</sup>; distinta de la *analogia legis*, en la que el juez “aplica la ley a una situación no contemplada explícitamente en ella, pero esencialmente igual, para los efectos de su regulación jurídica, a la que sí lo está”<sup>94</sup>. En el principio general de derecho “se abstrae una regla implícita en las disposiciones confrontadas, a partir de la cual se resuelve el caso sometido a evaluación” (subrayas original)<sup>95</sup>.

La caracterización de las reglas de aplicación del principio general de no enriquecimiento sin causa en el ámbito de la gestión contractual de la administración pública ha de nutrirse de las particularidades propias del derecho administrativo, determinadas por la protección del interés general y la preservación de una solución de equidad frente al particular que ejecuta prestaciones útiles para la administración, actuando de buena fe.

---

93 CC, sent. C-083/95.

94 *Ibíd.*

95 *Ibíd.*

### a. Orientaciones derivadas de la declaración de nulidad contractual

Una primera orientación de la aplicación del principio puede inspirarse de la regulación de los efectos de las nulidades contractuales, guiada por el principio de no enriquecimiento sin causa y restringida cuando existe mala fe del empobrecido. El Código Civil prescribe al respecto:

Artículo 1746. La nulidad pronunciada en sentencia que tiene la fuerza de cosa juzgada, da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo...

El efecto retroactivo de la declaratoria de la nulidad hace que la causa jurídica de las prestaciones ejecutadas en desarrollo del contrato se desvanezca. Desaparecido el contrato por virtud de la sentencia judicial, las prestaciones realizadas dejan de tener fundamento causal en él. En igual sentido, el artículo 1747 regula el caso particular del contrato celebrado con incapaz:

Artículo 1747. Si se declara nulo el contrato celebrado con una persona incapaz sin los requisitos que la ley exige, el que contrató con ella no puede pedir restitución o reembolso de lo que gastó o pagó en virtud del contrato, sino en cuanto probare haberse hecho más rica con ello la persona incapaz.

Se entenderá haberse hecho esta más rica, en cuanto las cosas pagadas o las adquiridas por medio de ellas le hubieren sido necesarias; o en cuanto las cosas pagadas o las adquiridas por medio de ellas, que no le hubieren sido necesarias, subsistan y se quisiere retenerlas.

Como puede apreciarse, la irregularidad se predica por la transgresión de un requisito substancial, en protección de una categoría especial de contratantes. La regulación

de la restitución se inspira con claridad en el principio de no enriquecimiento sin causa. La disposición establece además la modalidad de determinar el enriquecimiento y la limitación expresa del reembolso a que tiene derecho el incapaz empobrecido. El Consejo de Estado aplicó estas disposiciones al final de los años setenta al declarar la nulidad de un contrato verbal por urgencia de obras en la Vía al Llano que sobrepasaba el monto permitido por la ley, ordenando al mismo tiempo restituciones mutuas para evitar enriquecimiento sin causa<sup>96</sup>.

Por su parte, la Ley 80/93 ratificó estas consecuencias de la nulidad en su artículo 48:

Artículo 48. *De los Efectos de la Nulidad.* La declaración de nulidad de un contrato de ejecución sucesiva no impedirá el reconocimiento y pago de las prestaciones ejecutadas hasta el momento de la declaratoria.

Habrá lugar al reconocimiento y pago de las prestaciones ejecutadas del contrato nulo por objeto o causa ilícita, cuando se probare que la entidad estatal se ha beneficiado y únicamente hasta el monto del beneficio que ésta hubiere obtenido. Se entenderá que la entidad estatal se ha beneficiado en cuanto las prestaciones cumplidas le hubieren servido para satisfacer un interés público.

El artículo consagra una modalidad de aplicación particular en la medida en que establece, no la *restitución* o *reembolso de los gastos*, como en el Código Civil, sino el *pago* de las prestaciones ya ejecutadas. El estricto reembolso de los gastos útiles se reserva para las nulidades originadas en objeto o causa ilícitas, evento en el cual, con similitud a la regla del artículo 1747 CC transcrito, solo se reembolsa el beneficio realmente obtenido por la entidad, con una calificación administrativa

---

96 CE, sec. III, sent. 12/12/1979, exp. 2408.

particular de la noción de beneficio, sobre la que ha tenido ocasión de pronunciarse el Consejo de Estado<sup>97</sup>.

La concepción administrativa modifica así el efecto retroactivo de la nulidad contractual civil. El pago de las prestaciones ejecutadas hasta el momento del pronunciamiento judicial de la nulidad conlleva la intangibilidad jurídica del contrato y de sus efectos anteriores a la declaratoria de nulidad, lo que genera que esta solo tiene efectos futuros, como lo ha recordado recientemente la jurisprudencia<sup>98</sup>. Por el contrario, el efecto retroactivo de la nulidad civil y el consecuente reconocimiento de gastos útiles, inspirado en el principio de no enriquecimiento sin causa, se reserva a los eventos de nulidad por objeto o causa ilícitos.

Atendiendo a estas regulaciones específicas del derecho positivo que, por un lado, perpetúan los efectos de las prestaciones ejecutadas y, por otro, reconocen compensaciones frente a las muy graves nulidades originadas en objeto o causa ilícitas, ¿por qué sería pertinente cerrar sistemáticamente la puerta al reconocimiento de un enriquecimiento sin causa por la transgresión de una disposición imperativa, como lo hace la sentencia de unificación?

Conviene recordar, además, que las restituciones recíprocas derivadas de la declaración de nulidad del contrato tienen un límite importante en el mismo artículo 1746 CC cuando, luego de la transcripción que se ha hecho, prescribe que ellas se realizan, “sin perjuicio de lo prevenido sobre el objeto o causa ilícita”. En este sentido, el artículo 1525 *ibídem* establece: “No podrá repetirse lo que se haya dado o pagado por un objeto o causa ilícita a sabiendas”. El Consejo de Estado tuvo oportunidad de aplicar esta disposición al negar cualquier compensación en un contrato adicional

---

97 CE, sec. III, sent. 22/03/07, exp. 28010, sec. III.B, sent. 30/06/11, exp. 19782; sec. III.C, sent. 24/04/13, exp. 27315.

98 CE, sec. III.C, sent. 28/05/12, exp. 21489.

suscrito después de terminado el principal, mediante el que se ampliaba la compraventa de postes eléctricos por más de la mitad del valor del contrato inicial, en transgresión del límite legal (Ley 80/93, art. 40, par.). Para el alto Tribunal, el contrato estaba viciado de nulidad, al eludir el proceso de licitación que debió realizarse. En aplicación del artículo 1525 CC, la Sala rechazó cualquier compensación a la empresa contratista “por cuanto mal puede ésta pretender obtener provecho alguno, derivado de la celebración de un contrato que la misma parte demandante reconoce como ilícito”<sup>99</sup>. Por consiguiente, será posible la restitución del enriquecimiento, aun en contratos viciados por objeto y causa ilícitos, pero si las partes no han suscrito el contrato “a sabiendas” de esta ilicitud<sup>100</sup>. No obstante, el Consejo de Estado ha dado una interpretación literal al artículo 1525 del Código Civil, de tal suerte que solo aplica la restricción para limitar una “repetición de lo que se haya dado o pagado por un objeto o causa ilícita a sabiendas”. Por el contrario, como en el caso que juzgó, cuando la nulidad es declarada de oficio por el juez, la restricción no procedería. Contra esta aplicación literal, la jurisprudencia podría resaltar en el futuro las particularidades del orden público contractual administrativo<sup>101</sup>. Si la restricción del Código Civil se fundamenta en que sería inmoral que una parte pretenda la restitución de lo que pagó, de manera consciente, con objeto o causa lícita, la misma lógica no procede frente a los

---

99 CE, sec. III, sent. 10/12/98, exp. 11446. La sentencia cita además la de 15/11/91, exp. 6672, y los exps. 5860 y 9932. Aunque la jurisprudencia administrativa había considerado que la restricción a la compensación por nulidad derivada de objeto o causa ilícitos del Código Civil no debería aplicarse en la contratación pública, privilegiando la compensación contenida en el artículo 48 de la Ley 80 transcrito (CE, sec. III, sent. 22/03/07, exp. 28010), una sentencia de Sala Plena definió la aplicación de la restricción civil a los contratos estatales (sent. 09/12/03, exp. AP [IJ1204]).

100 CE, sec. III, sents. 06/07/95, exp. 12249, y 09/10/03, exp. 16657; sec. III.B, sent. 28/05/12, exp. 21489; sec. III.C, sent. 24/04/13, exp. 27315.

101 CE, sec. III.C, sent. 24/04/13, exp. 27315.

recursos públicos. El juez administrativo podría así resaltar que los pagos ilícitos con recursos públicos nunca pueden sanearse por el comportamiento o la intención de las partes.

Con este primer parámetro orientador del principio de no enriquecimiento sin causa administrativo se puede enunciar una regla de rechazo a su aplicación cuando existe una intención de fraude a la ley y, en particular, a los procedimientos de contratación<sup>102</sup>, como sucedió en el caso de servicios de publicidad suministrados a la Beneficencia de un departamento por varios años, mediante simples órdenes de servicios<sup>103</sup>. En este sentido, hemos visto cómo la Corte Suprema de Justicia rechaza la *actio in rem verso* “cuando con ella se pretende soslayar una dispisición imperativa de la ley”<sup>104</sup>, lo que implica una intención deliberada del empobrecido y no el simple desconocimiento de disposiciones imperativas, como lo ha considerado el Consejo de Estado, por el hecho de ejecutar un contrato sin la previa aprobación de garantías y de expedición del registro presupuestal<sup>105</sup>; y como lo sugiere la sentencia de unificación, al rechazar el enriquecimiento por el simple desconocimiento de las formas substanciales obligatorias, sin análisis de la intención de las partes de “*soslayarlas*”<sup>106</sup>.

102 Afirmado ya en las sentencias 11/10/91, exp. 5686, y 24/09/92, exp. 6788, sabemos que estos casos fueron determinantes para el segundo grupo de providencias que enumera la sentencia de unificación en su clasificación, iniciado con auto 30/03/06, exp. 25662.

103 CE, sec. III, sent. 11/10/91, exp. 5686.

104 CSJ, cas. 19/11/36.

105 CE, sec. III, sent. 07/06/07, exp. 14669.

106 La Corte Suprema de Justicia ha resaltado el sentido del conocimiento de la nulidad por objeto o causa ilícitos: “Es perfectamente explicable que si una persona a plena conciencia interviene en un acto contrario al ordenamiento jurídico, se le niegue [*sic*] toda acción y derecho, porque la ley no puede utilizarse para obtener ventajas que tienen como soporte la ilicitud. Sin embargo, como la sanción es grave en cuanto impide la restitución de lo entregado en razón del contrato nulo, el legislador sólo reprime al contratante que actúa ‘a sabiendas’ de la ilicitud. “En ese orden de ideas, el adverbio ‘a sabiendas’, según el Diccionario

En el otro extremo, resultan criticables sentencias que reconocieron enriquecimiento sin causa sobre la base de la constatación de sus elementos materiales, pese a que el Consejo de Estado había constatado en ellas graves violaciones del régimen de contratación, que incluso generaron oficiar a la Procuraduría para las respectivas investigaciones disciplinarias, como la realización de obras públicas con sistemático fraccionamiento de contratos, a través de simples órdenes de servicio e incluso sin ellas<sup>107</sup>.

b. Eventos en los que el negocio jurídico se habría podido concluir

En la apreciación de la buena fe como parámetro de conducta exigible a un empresario honesto, en situación similar, pueden exponerse diversas situaciones ilustrativas.

Un primer parámetro consiste en determinar si el contrato frustrado se habría podido perfeccionar. Naturalmente, ello no ocurre si las partes han querido *soslayar* un procedimiento de contratación, pero tampoco cuando buscan burlar otro tipo de reglas, como las limitaciones a la adición de los contratos (Ley 80/93, art. 40, par.). No obstante, la jurisprudencia ha destacado el reconocimiento de indemnizaciones por obras indispensables para la realización del objeto contractual, como en las necesarias para la adecuación de un parque recreacional<sup>108</sup>. Una vez más, el caso invita al análisis

---

de la Real Academia de la Lengua, significa 'de modo cierto', 'a ciencia segura', o, con otras palabras, a plena conciencia, a pleno conocimiento, con conocimiento inequívoco. Esto indica que se requiere un conocimiento objetivo o conocimiento realidad frente a determinado hecho. Y, a esta categoría de conocimiento se refiere el artículo 1525 del Código Civil cuando utiliza la locución 'a sabiendas', expresión ésta empleada en otros artículos del Código Civil" (Cas. Civ, sent. 22/01/71. Extracto transcrito en CE, sec. III, sent. 06/07/95, exp. 12249).

107 CE, sec. III, sent. 16/04/93, exp. 7356.

108 CE, sec. III, sent. 11/07/96, exp. 9409.



específico de las distintas circunstancias, sin poder hacer generalizaciones absolutas. No se trata de establecer si las partes omitieron una disposición de obligatorio cumplimiento, lo que, evidentemente, siempre ocurre, sino de determinar si resulta conforme a la ética y la justicia reembolsar los gastos (no pagar) por las prestaciones ejecutadas; de definir si un empresario honesto y diligente habría actuado de la misma manera, sin que el parámetro de este análisis sea el estricto cumplimiento de la normatividad obligatoria, que borraría cualquier posibilidad de análisis circunstancial. El ejercicio no es sencillo, y tal vez es el sugerido implícitamente en las excepciones 2 y 3 de la sentencia de unificación. Los casos podrían ilustrar esta valoración.

Así, la pauta publicitaria para una entidad pública en las fechas específicas de un mundial de fútbol imponía su realización bajo parámetros acordados informalmente<sup>109</sup>. La atención de pacientes en un hospital público imponía razonablemente al contratista no interrumpir la prestación de su servicio por el corto período en el que no hubo disponibilidad presupuestal para formalizar el contrato<sup>110</sup>. La inauguración y entrega inminente de 2.200 casas en una urbanización popular permitía calificar de razonables y honrados los trabajos complementarios puntuales de excavación, la limpieza y nivelación de calles, confiados a un empresario<sup>111</sup>. La reparación de un puente que amenazaba ruina, esencial para la comunicación con los Llanos Orientales, permitía calificar de profesional honesto al ingeniero que lo realizó por encargo informal de un jefe del distrito de carreteras del Ministerio de Obras, quien además supervisó las obras y las recibió<sup>112</sup>. La necesidad de asegurar la vigi-

---

109 CE, sec. III, sent. 29/01/98, exp. 11099.

110 CE, sec. III, auto 03/12/08, exp. 35722.

111 CE, sec. III, sent. 04/07/97, exp. 10030.

112 CE, sec. III, sent. 16/04/93, exp. 7356.

lancia de la administración postal<sup>113</sup> o de dependencias de un municipio<sup>114</sup> permitía calificar de leal al contratista que suministraba sus servicios en un período corto entre dos contratos. La apreciación particular de la urgencia en estos casos hace posible explicar por qué, en varios de ellos, el Consejo de Estado se abstiene, explícitamente, de establecer si hubo culpa de la administración.

### c. Culpa de las partes

En muchas ocasiones el Consejo de Estado caracterizó el enriquecimiento sin causa por el comportamiento reprochable de la administración, como el servicio de aseo suscrito por el Senado de la República en el que la institución prometió su renovación a su contratista, cuando veladamente se encontraba negociando un nuevo contrato con otro y solicitó al primero ejecutar prestaciones más allá del pazo pactado, para asegurar la prestación del servicio de manera ininterrumpida<sup>115</sup>. A partir de 2006 la jurisprudencia recalifica estas situaciones, al recordar que la caracterización clásica de la institución excluye las fuentes principales de las obligaciones, incluida la falla del servicio, evento en el cual, además, el particular tendrá derecho a una indemnización plena. En otras oportunidades, el comportamiento de la administración se caracteriza más por su negligencia que por su mala fe. La situación era más significativa antes de la Ley 80/93, cuando el perfeccionamiento del contrato estaba sujeto a diversos trámites internos después de su suscripción, que involucraban varias instancias. Los casos de avance de prestaciones mientras se realizaban estas formalidades internas fueron frecuentemente juzgados bajo el

---

113 CE, sec. III, sent. 11/12/84, exp. 4070.

114 CE, sec. III.C, sent. 19/10/11, exp. 18082.

115 CE, sec. III, 20/03/97, exp. 11933.

enriquecimiento sin causa<sup>116</sup>, aunque, en estricto sentido, los reproches por las fallas administrativas deberían calificarse como fuentes de responsabilidad<sup>117</sup>.

Con la simplificación del perfeccionamiento de los contratos, introducida por la Ley 80/93, la situación no se presenta, por cuanto las dos partes concurren para el cumplimiento de los requisitos de perfeccionamiento<sup>118</sup>. No obstante, el problema se traslada a la fase siguiente, de ejecución del contrato, para la cual las normas contractuales exigen el cumplimiento de requisitos como la disponibilidad y el registro presupuestal, y la aprobación de las garantías (Ley 80/93, art. 41, mod.; Dcto. 734/12, arts. 5.1.11 y 8.1.16). Con la misma lógica de la sentencia de unificación, el Consejo de Estado ha realizado una valoración específica del comportamiento de las partes, lo que le permitió concluir en un caso que las dos partes habían actuado con igual culpa al ejecutar el contrato sin haber cumplido con estas condiciones, lo que parece una carga excesiva atribuida al particular, a quien se atribuye así una función de garante de la legalidad, frente a obligaciones y deberes que no son suyos sino exclusivos de la administración y de su funcionamiento interno, como lo resaltó el salvamento de voto del consejero ENRIQUE GIL BOTERO<sup>119</sup>. Una vez más, el Consejo de Estado daría un sentido distorsionado a la buena fe del particular, identificándolo

---

116 CSJ, sent. 06/09/35, XLII, n.º 1901-1902, pp. 586-606 (falta de aprobación del Consejo de Ministros), CE, sec. III sents. 09/03/1984, exp. 2850 (obra adicional), 06/09/91, exp. 6306 (servicios posteriores al contrato), 10/03/97, exp. 10038 (falta de registro presupuestal y aprobación de pólizas), 29/01/98, exp. 11099 (falta de disponibilidad presupuestal), 08/05/05, exp. 8118 (prestaciones en obra suspendida).

117 CE, sec. III, sents. 10/09/92, exp. 6822; 28/01/94, exp. 9072; 29/01/98, exp. 11099.

118 El artículo 41 prescribe que el perfeccionamiento de los contratos estatales solo requiere suscribir el acuerdo de voluntades sobre su objeto.

119 CE, sec. III, sent. 07/06/07, exp. 14669. El fallo establece una reducción del 50% de la indemnización, de lo que se deduce que las culpas de las partes son equivalentes.

con la exigencia de cumplimiento de las reglas de orden público, contrario a la valoración de su comportamiento con relación al estándar del hombre honesto. No parece en efecto razonable ni realista exigir al contratista negarse a la más mínima ejecución del contrato hasta cuando la administración no le demuestre certeramente que ha cumplido con todas las exigencias y requisitos legales de su exclusivo resorte.

La dificultad de la apreciación de la culpa del empobrecido es una dificultad acentuada en el enriquecimiento sin causa administrativo pero que también existe en su homólogo civil, donde la jurisprudencia no es unánime. La Corte de Casación francesa admitió el enriquecimiento sin causa de un banco por el pago de un cheque de cuenta sobre la cual el cliente había retirado su firma autorizada. Pero luego cambió su posición en 1978<sup>[120]</sup>. Por el contrario, no reconoció enriquecimiento a un mecánico que realizó reparaciones no solicitadas por su cliente<sup>121</sup>. Igualmente, tampoco reconoció enriquecimiento de una abuela por los gastos en beneficio de sus nietos, cuando los retuvo, irrespetando una decisión judicial que le daba la guarda al padre<sup>122</sup>. La equidad y la justicia en la base de la institución del enriquecimiento sin causa auspician soluciones matizadas, en las que las condiciones particulares orienten los lineamientos generales, como incluso lo ha resaltado, de manera reiterada, nuestra jurisprudencia administrativa reciente.

Los casos en los que el Consejo de Estado había analizado específicamente el comportamiento de buena fe del particular frente a las fallas administrativas son variados, como el ya mencionado de la ejecución de un contrato de pauta publicitaria de una entidad distrital en el Mundial de fútbol Italia 90 que no pudo concluirse por diferencias internas de

---

120 BONET, ob. cit.

121 Cass. Com. 08/06/68: JCP 69, éd. G. II, 15274, nota PRIEUR.

122 Cass. Civ, I, 06/05/53: D, 1943, 609, nota GORÉ.

la entidad sobre quien debería redactar la minuta del contrato, pese a que contaba con autorización de suscripción, definición del contenido y disponibilidad presupuestal<sup>123</sup>. Así mismo, fue frecuente que las adiciones a contratos no se perfeccionaran por fallas administrativas, pese a las solicitudes de prestaciones y su definición entre las partes, como en el caso de obras complementarias a la construcción de una bodega<sup>124</sup>, la adición no formalizada por correcciones a la minuta respectiva<sup>125</sup>, las mayores cantidades de obra aprobadas y reconocidas por la interventoría y la División Financiera del Ministerio de Obras contratante<sup>126</sup>, la explicación de terrenos, prevista por el pliego de condiciones del contrato, cuya extensión y precio fueron definidos en memorando suscrito por el jefe de interventoría, la interventora de la obra y el secretario de obras del municipio contratante<sup>127</sup>, la prórroga de mantenimiento de máquinas de escribir luego de aprobación de la adición por la junta de contratos y existiendo disponibilidad presupuestal<sup>128</sup>, la interventoría de obra no perfeccionada por falta de aprobación de póliza del contratista, pese a que las prestaciones se recibieron a satisfacción<sup>129</sup>, el cambio de especificaciones de una planta de tratamiento de aguas, ordenadas por la administración y esenciales para lograr el objeto contractual<sup>130</sup>, las obras adicionales de un centro del ICBF, como consecuencia del rediseño del proyecto original, solicitado por la interventoría<sup>131</sup>, las obras ordenadas y supervisadas, realizadas en un terreno distinto al establecido en el contrato,

---

123 CE, sec. III, sent. 29/01/98, exp. 11099.

124 CE, sec. III, sent. 09/03/1984, exp. 2850.

125 CE, sec. III, sent. 09/03/84, exp. 2850.

126 CE, sec. III, sent. 06/08/87, exp. 3886.

127 CE, sec. III, sent. 03/07/1990, exp. 5579.

128 CE, sec. III, sent. 06/09/91, exp. 3606.

129 CE, sec. III, sent. 22/02/91, exp. 5618.

130 CE, sec. III, sent. 08/05/98, exp. 8118.

131 CE, sec. III, sent. 24/09/92, exp. 6788.

en razón de su indisponibilidad jurídica<sup>132</sup>, las excavaciones adicionales en roca, rellenos estructurales, instalación de material de filtros para pantalla colectora de la hidroeléctrica objeto del contrato, sobre las cuales no se suscribió el respectivo contrato adicional por falta de acuerdo entre las partes sobre su valor, pese a que las empresas públicas contratistas concedieron ampliación del plazo contractual para su realización<sup>133</sup>, los rediseños solicitados a un consultor, fruto de una modificación de contrato de obra<sup>134</sup>, o las obras complementarias de un tanque de acueducto, luego de que el contrato se suspendió mientras se realizaba su diseño<sup>135</sup>.

¿Podría afirmarse en estos eventos concretos que un empresario honesto y responsable, quien ha definido con la administración los detalles de las prestaciones complementarias que podría lícitamente realizar, suministrando las precisiones y la documentación técnica, económica y jurídica respectivas, tenga el deber moral y jurídico de interrumpir el proyecto hasta que la administración cumpla con sus deberes y formas de su exclusivo resorte, y que si ejecuta las respectivas prestaciones estas deben considerarse una liberalidad de su parte, una actuación a su costa y riesgo? Desconocerle el más mínimo derecho parece excesivo, si recordamos que la calificación de enriquecimiento sin causa solo le permitiría recuperar la inversión, esto es, los gastos específicos y probados que hubiesen enriquecido a la administración.

Por el contrario, la jurisprudencia reciente, ratificada por la sentencia de unificación, considera que estos particulares no han actuado con buena fe y no debieron tener derecho a ningún reconocimiento. Así lo juzgó el Consejo de Estado en una obra en la que consideró que el interventor había generado su propio empobrecimiento al haber ejecutado

---

132 CE, sec. III, sent. 04/04/91, exp. 6031.

133 CE, sec. III, sent. 16/05/91, exp. 5931.

134 CE, sec. III, sent. 31/08/99, exp. 12849.

135 CE, sec. III, sent. 08/05/05, exp. 8118.

prestaciones adicionales por dos meses, cuando sabía de la terminación de su contrato, al punto de haber solicitado su prórroga. La corporación no encontró probado en el proceso que el instituto contratante hubiese originado, motivado o desencadenado esta prestación, pese a que describe las pruebas de un contrato suscrito originalmente por dos años, prorrogado regularmente por un año más y cuya ampliación complementaria frustrada, que dio lugar al litigio, contaba con la disponibilidad presupuestal comunicada al contratista por la subdirectora de construcción del instituto contratante, y cuyas prestaciones fueron recibidas a satisfacción<sup>136</sup>.

Esta concepción había ya sido enunciada por el auto del 30 de marzo de 2006 en el que el Consejo de Estado asumió la posición exigente del segundo grupo enunciado por la sentencia de unificación, como vimos en su presentación inicial. La corporación rechazó en este auto una conciliación sobre un servicio adicional de aseo y jardinería que no se formalizó, pese a que el contratista sabía de la necesidad de hacerlo, por cuanto había ya suscrito regularmente el contrato principal y una adición<sup>137</sup>. En todos los casos citados sobre admisión del enriquecimiento sin causa por prestaciones adicionales es muy probable que los contratistas hayan conocido la exigencia normativa de un contrato adicional. Pero, un análisis más detallado sería esencial para la determinación de su buena fe. En el caso de 2006, el juez administrativo habría podido resaltar que el contrato ya se había adicionado por el valor máximo que podía adicionarse, de tal suerte que muy probablemente las partes, conscientes de esta situación, omitieron de manera voluntaria suscribir un contrato ilícito, propiciando con ello una relación de hecho, sin que hubiese una urgencia específicamente establecida. La intención de fraude a la ley

---

136 CE, sec. III, sent. 22/07/09, exp. 35026.

137 CE, sec. III, auto 30/03/06, exp. 25662.

que les cerraría así la posibilidad de la *actio in rem verso* sería muy distinta de la simple conciencia del desconocimiento de una formalidad substancial.

### C. Consecuencia: restitución de patrimonios

Finalmente, la particularidad de la consecuencia del enriquecimiento sin causa también fue puesta de presente por la sentencia de 1936 de la Corte Suprema de Justicia en los siguientes términos:

El objeto del enriquecimiento sin causa es el de reparar un daño pero no el de indemnizarlo. Sobre la base del empobrecimiento sufrido por el demandante, no se puede condenar sino hasta la porción en que efectivamente se enriqueció el demandado.

La expresión contiene sin embargo dos dificultades significativas, que se acentúan en la aplicación de la institución en derecho administrativo: por una parte, la acepción de *reparación*, distinta de la indemnización y, por otro, la calificación de *responsabilidad* que pueda darse a la *reparación* debida.

Con relación a la primera, la jurisprudencia civil reiteró de manera uniforme que mediante la *actio* no se declara una indemnización del empobrecido, por cuanto el objetivo de la acción es simplemente la restitución de su patrimonio. Por consiguiente, deberá existir una equivalencia entre el monto del empobrecimiento y el monto del enriquecimiento. Es la consecuencia lógica del requisito de un empobrecimiento *correlativo* al enriquecimiento generado, así como la causa común que los vincula. La doctrina civil establece la regla de una restitución de la suma menos significativa entre el enriquecimiento y el empobrecimiento<sup>138</sup>. Si se compensa

---

138 F. GORÉ, ob. cit., p. 42; BONET, ob. cit.; FRANÇOIS TERRIER, PHILIPPE SIMLER E YVES LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations*, 6.<sup>a</sup> ed., Dalloz, Paris, 1996, p. 794.



todo el enriquecimiento, aunque este sea mayor al empobrecimiento, el valor excedente carecerá de causa jurídica, por lo que constituirá un nuevo enriquecimiento sin causa, esta vez para el antiguo empobrecido. Si se restablece todo el valor del empobrecimiento, aunque este sea mayor al enriquecimiento, también se generará un nuevo enriquecimiento sin causa, por el excedente del enriquecimiento real original.

Con frecuencia, nuestra jurisprudencia administrativa no hizo este específico análisis y simplemente condenó al pago de las prestaciones no remuneradas, lo que, en principio, conllevaría la concepción de una indemnización integral, típica de la responsabilidad extracontractual o contractual<sup>139</sup>. En sentido contrario, la jurisprudencia reciente, ratificada por la sentencia de unificación, resalta que la compensación no tiene carácter de indemnización y, por consiguiente, ha de estar limitada por el enriquecimiento generado, lo que no da derecho al reconocimiento de intereses para el empobrecido<sup>140</sup>, aunque sí a la actualización del valor del empobrecimiento, que tiene por objeto tan solo conservar el valor real de la suma original<sup>141</sup>.

No obstante, cuando se analizan los casos específicos, no resulta evidente la distinción entre la simple compensación, limitada a los gastos, y la remuneración de la prestación, que comprende utilidades, propias de un contrato. En prestaciones de obra o consultoría sería factible identificar la distinción, lo que no sería posible en servicios. ¿Cómo valorar, por ejemplo, el costo neto de la obra artística para

---

139 CE, sec. III, sents. 06/08/87, exp. 3886; 15/11/91, exp. 5883; sent. 29/01/98, exp. 11099; 08/05/98, exp. 8118; sent. 22/02/91, exp. 5618.

140 CE, sec. III, sent. 11/12/84, exp. 4070; 12/04/87, exp. 4104; 06/09/91 exp. 6306; 11/07/96, exp. 9409; 31/03/05, exp. exp. 14450; sent. 07/06/07, exp. 14669; 29/01/09, exp. 15662; 22/07/09, exp. 35026.

141 CE, sec. III, auto 21/10/09, exp. 37243; sents. 22/07/09, exp. 35026, 29/01/09, exp. 15662; sent. 08/11/07, exp. 30327.

la decoración de la cúpula del Congreso de la República<sup>142</sup>? ¿Podría afirmarse que el enriquecimiento para la Nación se limita al valor de los materiales y andamios utilizados por el artista? En igual sentido, ¿cómo valorar el enriquecimiento y empobrecimiento correlativo por los servicios de vigilancia prestados a un municipio, la realización de una asesoría o los estudios útiles para una entidad pública? En realidad, la jurisprudencia nacional, como la foránea, civil o administrativa *remunera* en todos los casos la prestación realizada por el particular, sin detenerse en la compleja tarea de discriminación entre gastos netos y utilidades, lo que es patente en las prestaciones adicionales informales a contratos regularmente suscritos, cuya *remuneración* tiene en cuenta lo pactado en el contrato. En reciente fallo, posterior a la sentencia de unificación, el Consejo de Estado remuneró así un servicio adicional de vigilancia, sobre la base de las tarifas pactadas en el contrato ya terminado<sup>143</sup>.

Una vez más, no parece apropiado formular soluciones generales absolutas. Será necesario el análisis particular del caso y sus condiciones, y la inspiración en instituciones jurídicas que plantean problemas similares. Así, al regular las restituciones mutuas como consecuencia de la nulidad del contrato, el Código Civil (art. 1746) establece que cada una de las partes habrá de asumir la pérdida de las especies o su deterioro, así como los intereses y frutos, pero toma en consideración la buena o mala fe de las partes, remitiendo a las previsiones del mismo código sobre la tenencia, según las cuales el poseedor de buena fe no es responsable de los deterioros de la cosa sino en cuanto se hubiere aprovechado de ellos, mientras el poseedor de mala fe es responsable de los deterioros que por su hecho o culpa ha sufrido la cosa (art. 963). Mientras el poseedor de buena fe no está obligado

---

142 CE, sec. III, sent. 28/01/94, exp. 9072.

143 CE, sec. III.C, sent. 30/01/13, exp. 19045.

a la restitución de los frutos de la cosa, percibidos antes de la contestación de la demanda, el de mala fe debe restituir, no solo los frutos percibidos sino también los que el dueño hubiera podido percibir, de haber tenido la cosa (art. 964). Por su parte, el artículo 965 otorga al poseedor vencido en juicio el derecho a percibir las expensas necesarias que haya invertido en obras necesarias y permanentes para la conservación de la cosa, valoradas al tiempo de la restitución, mientras subordina el reconocimiento de los gastos transitorios a su verdadera utilidad para el propietario. El poseedor de buena fe tiene igualmente derecho a que se le abonen las mejoras útiles, generadoras de plusvalía del bien, hechas antes de la contestación de la demanda, mientras que el poseedor de mala fe tan solo podrá llevarse los materiales de las mejoras (art. 966), solución que también se aplica a las mejoras simplemente voluptuarias, con independencia de la buena fe (art. 967).

La jurisprudencia civil ha tenido ocasión de recordar estas reglas en el caso de las restituciones por nulidad del contrato<sup>144</sup>, y sin duda se inspira de ellas cuando considera que en el enriquecimiento sin causa el empobrecido tienen derecho a intereses de las sumas restituidas generados desde la contestación de la demanda<sup>145</sup>, así como a la reparación restringida al pago de lo no debido, salvo que haya dolo<sup>146</sup>. Las reglas también son remitidas por el Código al regular

---

144 CSJ, cas. civ., sent. 26/03/99, exp. S009.

145 CSJ, cas. 14/07/58: "Resta declarar que los referidos intereses deben ser abonados, no a partir de la fecha en que los trabajos adicionales fueron entregados a la Nación como lo pide el demandante, sino a partir de la fecha de la interposición de la demanda o requerimiento de pago con que se inició este juicio. Con lo anterior está acorde la doctrina de los tratadistas, tales como PLANIOL Y RIPERT que dicen:

"Si el enriquecimiento consiste en una suma de dinero pagada por cuenta del enriquecido, éste tendrá que abonar los intereses solamente desde el día de la interposición de la demanda o del requerimiento de 'pago' (Derecho Civil Francés. Traducción al español. Tomo 7.º, p. 69)".

146 CSJ, cas. 06/10/37, XLV, n.º 1930, pp. 802-805.

las restituciones por edificación o sembrado en terreno ajeno (art. 739).

La segunda dificultad evocada, con relación a la compensación del empobrecimiento, concierne a su calificación de responsabilidad. Si, como hemos visto, el objetivo de la *actio in rem verso* no es indemnizar el daño sino restablecer el equilibrio entre los patrimonios, podría concluirse lógicamente que no hay responsabilidad. En efecto, aun en los eventos de responsabilidad objetiva es necesario poder imputar el daño causado a la persona responsable, lo que no ocurre en el enriquecimiento sin causa, por cuanto la situación de desequilibrio entre los patrimonios no tiene explicación jurídica. No obstante, este planteamiento lógico y consecuente con la caracterización de la institución se encuentra perturbado en su aplicación práctica, más aún en la institución administrativa, en la que la necesaria aprobación de la administración acerca la situación al contrato. El Consejo de Estado consideró así que en la medida en que el empobrecimiento del particular constituye un daño imputable a la entidad pública, el enriquecimiento sin causa constituye uno de los títulos posibles de imputación de la responsabilidad de administración pública<sup>147</sup>. La concepción es rectificada en la sentencia de unificación, al adherirse a la concepción clásica de simple compensación de patrimonios. No obstante, el Consejo de Estado observa que la autono-

---

147 CE, sec. III, sent. 08/05/95, exp. 8118: “La Sala, de tiempo atrás, ha utilizado el principio del no enriquecimiento sin causa como fundamento de la responsabilidad patrimonial del Estado en casos como el que aquí se juzga [...] [En] cualquier clase o régimen de responsabilidad patrimonial del Estado o de las personas jurídicas de derecho público es menester que estén presentes estos elementos: la acción o la omisión de la entidad estatal; el daño antijurídico; el nexo de causalidad material y el título jurídico de imputación”. Otras providencias que califican de responsabilidad el enriquecimiento sin causa: sec. III, sents. 31/03/05, exp. 14450, 19/07/00, exp. 12540 (“el enriquecimiento sin causa a favor de la administración es una modalidad de imputación que permite aplicar las normas de responsabilidad patrimonial del Estado”) y 25/07/02, exp. 13893.

mía de la *actio in rem verso* se fundamenta en la ausencia de causa jurídica del enriquecimiento, lo que constituye un problema substancial y no procesal. Por consiguiente, la pretensión restitutoria se origina en un daño sufrido por el particular que proviene de un hecho de la administración y como tal es procedente darle trámite procesal mediante la reparación directa, prevista en el Código Contenciosos Administrativo.

\* \* \*

El panorama del enriquecimiento sin causa expuesto deja sinsabores significativos. La formulación de sus características se ve inmediatamente perturbada por su aplicación práctica, poco satisfactoria, lo que se acentúa en derecho administrativo, al incluir el elemento adicional de la solicitud de prestaciones por la entidad pública. La dificultad de establecer el sentido de la ausencia de causa jurídica se amplía con la ambivalencia de apreciar la conducta de las partes, que acerca la situación a la responsabilidad extracontractual. Pero la restricción del análisis a los elementos objetivos de la teoría desdibuja su caracterización esencial en torno a la ausencia de causa jurídica. El rigor en la apreciación de las formas substanciales de los contratos públicos puede dar al traste con la teoría misma en el campo del derecho administrativo en el que fue formulada, precisamente, para solucionar las situaciones injustas e inequitativas fruto del formalismo contractual. Pero desprestigiar por completo las formas substanciales lleva a la informalidad de la contratación pública, con gran riesgo de situaciones de corrupción.

Lejos de soluciones maniqueas, la jurisprudencia tendrá que reforzar aún más su análisis de las situaciones particulares de cada caso que permitan enunciar parámetros orientadores, más que reglas absolutas. Finalmente, el enriquecimiento sin causa administrativo refleja las dificultades

de aplicación de los principios generales del derecho que no pueden encasillarse en el derecho positivo sin perder su esencia de instrumentos de optimización del derecho para la formulación de soluciones justas y equitativas.

## 8. CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS. DIFÍCIL DELIMITACIÓN FRENTE AL CONTRATO REALIDAD\*

El contrato de prestación de servicios ha sido objeto de análisis por parte de la jurisprudencia desde distintos puntos de vista. El más significativo plantea sus particularidades frente al contrato laboral. La importancia dada por la Constitución de 1991 al contrato realidad (CN, art. 53) ha generado una protección particular de los individuos que trabajan para el Estado bajo el ropaje de un contrato de prestación de servicios. Pero la caracterización de los elementos distintivos del vínculo profesional de la prestación de servicios es objeto de posiciones disímiles en la jurisprudencia constitucional y administrativa, e incluso entre las propias subsecciones del Consejo de Estado. Decisiones en ocasiones formalistas, garantistas en otras, así como también progresistas, no permiten reconstruir claramente líneas jurisprudenciales fiables.

Por otra parte, la reglamentación de la prestación de servicios comprende una paleta normativa que busca limitar la tergiversación de este tipo de contratos en beneficio de las *nóminas paralelas*, como práctica de substitución de los empleos públicos por prestadores de servicios, y las san-

---

\* Actualización del prólogo al libro de ROQUE LUIS CONRADO IMITOLA y CARLOS ALBERTO BOHÓRQUEZ YEPES, *El contrato de prestación de servicios de la administración pública*, Universidad Católica de Colombia, Bogotá, 2009.

ciones disciplinarias por entregar a contratistas el ejercicio permanente de funciones administrativas, que implican ejercicio de prerrogativas de poder público, complementadas con la responsabilidad fiscal y personal de los funcionarios.

La jurisprudencia también ha puesto de presente otros aspectos de la esencia del contrato de prestación de servicios, en particular por sus particularidades frente al contrato de consultoría, ejercicio siempre difícil, en el que se ha acudido a una técnica residual para la identificación de esta última, dada la diversidad de ejemplos contenidos en la definición normativa (Ley 80/93, art. 32.2).

Sin embargo, pese a su frecuencia y generalizada utilización por las entidades públicas, esta modalidad contractual no ha sido objeto de muchos análisis sistemáticos, por lo que parecen pertinentes algunas reflexiones sobre una posible síntesis de la evolución conceptual de este tipo de contratos, así como la necesidad de pensarlo como instrumento de la gestión pública. Ello es particularmente necesario en una época como la presente, en la que el Estado tiende a substituir la actividad de sus agentes por el vínculo externo con particulares, convertidos contractualmente en colaboradores de la administración para el logro de fines públicos.

## I. UN OBJETO POLIVALENTE

### A. Amplitud de prestaciones posibles

La primera dificultad al aproximarse al contrato de prestación de servicios es determinar el objeto específico del contrato. Las definiciones legales han reiterado la misma finalidad desde 1976: “desarrollar actividades relacionadas con la atención de los negocios o el cumplimiento de las funciones que se hallen a cargo de la entidad contratante” (Dcto.-Ley 150/76, art. 138, y Dcto.-Ley 222/83, art. 163), fórmula retomada por la Ley 80/93, con la expresión “desarrollar actividades relacionadas con la administración o



funcionamiento de la entidad". No obstante, el objeto así definido es en extremo amplio y comprende tipologías de contratos muy disímiles. En estricto sentido, cualquier contrato estatal tiene por objeto genérico "actividades relacionadas con la administración o el funcionamiento de la entidad". Si el contratista siempre colabora con las entidades en el logro de sus fines (Ley 80/93, art. 3.º) y el contrato tiene como objetivo "el cumplimiento de los fines estatales", por lo que comprende todas las modalidades existentes y las imaginables que no sean contrarias a los fines determinados en el Estatuto contractual y a la buena administración (Ley 80/93, art. 40), se impone concluir que cualquier contrato estatal *desarrolla actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad*. El suministro de los bienes corrientes, así como la realización de una obra pública, son actividades que están íntimamente relacionadas con la administración. Ni qué decir de la concesión.

Y, sin embargo, a nadie se le ocurriría incluir un contrato de obra dentro de la prestación de servicios. Hemos ya resaltado la dificultad de la distinción entre el contrato de prestación de servicios y la consultoría. Se ha afirmado que, pese a las distintas posibilidades del contrato de consultoría, existe un común denominador, en torno al carácter técnico y especializado de sus posibles objetos, su marcado carácter intelectual o los vínculos con proyectos. Pero el Consejo de Estado ha resaltado que la prestación de servicios puede comprender actividades técnicas y no técnicas, profesionales o administrativas, por lo que se ha visto obligado a enunciar un criterio residual según el cual "todos los contratos que se encuadren en la descripción legal sobre lo que es una consultoría corresponderán a dicho tipo legal; los demás serán contratos de prestación de servicios"<sup>1</sup>. No obstante, la concepción así definida caería en la generalidad extrema

---

1 CE, sec. III, sent. 30/11/06, exp. 30.832.

de la prestación de servicios que enunciamos, por lo que resultan pertinentes las críticas del consejero Mauricio Fajardo Gómez, contenidas en el salvamento de voto a esta sentencia, referidas al error de sugerir una relación de género y especie entre los contratos de prestación de servicios y de consultoría, sin tener en cuenta que el mismo Consejo de Estado pone de presente características del “género” que no serían propias de la “especie” consultoría, como las posibilidades de contratación directa y de inclusión de cláusulas excepcionales.

Con todo, la Sección ha confirmado su concepción, al establecer como criterio diferenciador que “el contrato de consultoría está revestido de una cláusula de estricta tipicidad cerrada”, limitada a las actividades específicas definidas por el numeral 2.º del artículo 32 de la Ley 80/93<sup>2</sup>.

El contrato de consultoría no es el único ejemplo de la dificultad de concreción. La definición legal genérica del contrato de prestación de servicios podría aplicarse a los convenios interadministrativos. Aunque la ley no los distingue, es necesario separar conceptualmente los convenios (mecanismo de colaboración entre las partes para la realización de un fin común) de los contratos (instrumento de intercambio de bienes, servicios u obras a cambio de un precio). Por naturaleza, los primeros desarrollan siempre *actividades relacionadas con la administración*, por cuanto es esa su esencia fundamental, como herramienta de colaboración entre las administraciones. Aquí, las particularidades del contrato de prestación de servicios desarrolladas por la jurisprudencia no tienen los mismos alcances y no presentan las mismas dificultades. Por el contrario, cuando la *colaboración* esconde en realidad la gestión de una actividad administrativa confiada a otra entidad, realidad cada vez más frecuente en la gestión administrativa, nuevos problemas aparecen, que no

---

2 CE, sec. III, sent. 02/12/13, exp. 41719.

son propios de la aproximación tradicional del contrato de prestación de servicios. En virtud de la naturaleza distinta de las entidades o instituciones contratantes, así como de sus regímenes jurídicos, el régimen original de la actividad *confiada* a otra institución sufre una transformación gracias a una *alquimia* contractual. Es lo que sucede en la gestión de proyectos públicos confiados a entidades regidas por el derecho privado, como los organismos internacionales de cooperación (PNUD y SECAB), Fonade (antes de Ley 1150/07, art. 26<sup>3)</sup>) o las universidades públicas, procesos a través de los cuales el régimen jurídico público de una obra pública y de su procedimiento de contratación se transforman en régimen privado, en virtud del convenio de gestión del proyecto y de la naturaleza privada del organismo ejecutor del proyecto.

Esta dificultad, apenas puesta de presente en la actualidad, se desdobra en otro tipo de contratos, que podrían calificarse también como de prestación de servicios. Para el *desarrollo de actividades relacionadas con la administración*, esta puede confiar a su contratista la realización de tareas que le son propias, constitutivas de funciones administrativas, lo que plantea el interrogante del límite lícito del objeto contractual. ¿La prestación de servicios puede comprender funciones esenciales de las entidades públicas? Originalmente, el legislador lo había proscrito. El Decreto-Ley 150/76 prescribía claramente que “no podrán celebrarse esta clase de contratos para el ejercicio de funciones administrativas” (art. 138). El Decreto-Ley 222/83 introdujo cierta flexibilidad al consagrar la misma prohibición “salvo autorización expresa de la Secretaría de Administración Pública de la Presidencia o de la dependencia que haga sus veces” (art.

---

3 Aunque el artículo 276 de la Ley 1450/11 derogó el artículo 26 de la Ley 1150/07. Por consiguiente, la calidad de entidad financiera estatal de Fonade la excluye de la aplicación del Estatuto, en virtud de la nueva redacción del artículo 15 de la Ley 1150/07.

163). Pero el texto no concebía las funciones administrativas con el sentido estricto que les da hoy la jurisprudencia, esto es, de ejercicio de prerrogativas o potestades públicas<sup>4</sup>, sino de manera amplia. Así, el decreto prescribió que “se entiende por funciones administrativas aquellas que sean similares a las que estén asignadas, en todo o en parte, en uno o varios empleos de planta de la entidad contratante”, lo que excluiría cualquier tarea atribuida a cualquier empleo de la entidad, amplitud enorme que dejaría por fuera la mayoría de actividades *relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad*.

Derogada la disposición, el problema se plantea hoy en distintos niveles.

En principio, la definición de la planta de personal y sus distintos empleos determinaría específicamente las actividades que pueden ser objeto del contrato de prestación de servicios. La Ley 80/93 prescribe hoy que este *solo podrá celebrarse cuando dichas actividades no puedan realizarse con personal de planta* (art. 32.3). No obstante, la restricción tiene varios matices. En primer lugar, la jurisprudencia administrativa ha considerado que la previsión no genera imposibilidad de contratación de funciones atribuidas a funcionarios de planta, si bien la Corte Constitucional resalta que la función pública puede ser desarrollada por contratistas, y no por el personal de planta de la entidad<sup>5</sup>, solo en casos excepcionales, previstos en la ley. Pero el Consejo de Estado ha estimado que la restricción legal exige un análisis concreto de la posibilidad de realizar la actividad con el personal existente y no acudir a la definición de las funciones. Por consiguiente, puede celebrarse el contrato “en cualquier momento cuando, por ejemplo, el personal

---

4 Ver las distintas concepciones de la función administrativa más adelante, en el acápite B. Libertad contractual y funciones administrativas.

5 cc, sent. C-739/02.

de planta no alcance o sea insuficiente para realizar las funciones, bien sea por circunstancias coyunturales o por necesidad del servicio”<sup>6</sup>. En este sentido, la reglamentación de la restricción precisa:

... se entiende que no existe personal de planta en el respectivo organismo, entidad, ente público o persona jurídica, [cuando] es imposible atender la actividad con personal de planta, porque de acuerdo con los manuales específicos, no existe personal que pueda desarrollar la actividad para la cual se requiere contratar la prestación del servicio, o cuando el desarrollo de la actividad requiere un grado de especialización que implica la contratación del servicio, o cuando aun existiendo personal en la planta, éste no sea suficiente, la inexistencia de personal suficiente deberá acreditarse por el jefe del respectivo organismo<sup>7</sup>.

Desde el punto de vista de las funciones confiadas al contratista, la concepción implica una gran amplitud. Las restricciones no solo estarán determinadas por el tipo de tarea que puede confiarse al contratista, sino también por el hecho de estar superpuesta a la función confiada ya a un servidor público que, sin embargo, no puede ser cumplida por este último.

En esta misma perspectiva, la restricción legal no excluye la justificación del contrato en razón de las particularidades de la prestación ofrecida por el contratista. El artículo 32.3 comentado complementa así la insuficiencia de la planta de personal con las actividades que *requieran conocimientos especializados*. El Consejo de Estado destaca que aun cuando haya funcionarios de planta suficientes, es lícito “contratar

---

6 CE, sec. II.C, sent. 03/10/06, exp. 11001-03-15-000-2004-01667-00(S).

7 Dcto. 2209/98, art. 1.º, modificadorio del art. 3.º del Dcto. 1737/98.

con terceros en eventos particulares que supongan un *trabajo específico*<sup>8</sup>.

## **B. Libertad contractual y funciones administrativas**

En un plano distinto, la restricción legal debe limitarse a los contratos suscritos con personas naturales, como lo establece el artículo. ¿Quiere ello decir que frente a las personas jurídicas sería posible contratar actividades que pueden realizarse con personal del planta? El Consejo de Estado lo consideró lícito cuando negó las pretensiones de la asociación de empleados de una empresa de servicios públicos municipal, tendientes a la anulación de la licitación que tenía por objeto contratar la lectura de contadores domiciliarios de los servicios públicos, por cuanto la función era desarrollada específicamente por empleados de la empresa. La corporación consideró que la decisión de externalizar la actividad constituía una decisión de política de la empresa, en aras del buen servicio, extendiendo así la frontera de la autonomía de contratar bajo linderos poco definibles, como se aprecia en su conclusión:

En ese aspecto el cometido es el de facilitar la prestación de los servicios públicos dentro de cierta autonomía que solo conoce lindero en el campo de lo ilícito o de lo inmoral, o dentro de un orden público que a veces resulta vago e inasible<sup>9</sup>.

La libertad contractual para decidir la contratación de tareas es entonces muy significativa, tanto más en la dinámica contemporánea de buscar la colaboración del sector privado en la realización de tareas públicas. Las políticas públicas en este campo tienden al refuerzo creciente de la

---

8 CE, sec. III, sent. 31/07/08, exp. 25000-23-26-000-2005-00240-01(AP).

9 CE, sec. III, sent. 22/07/96, exp. 10.780.

participación del sector privado. Hoy vemos así natural el que las entidades públicas contraten sus servicios de aseo y vigilancia, así como mantenimientos varios, que van desde las instalaciones locativas hasta el de sus instrumentos de trabajo y oficina. Y sin embargo, hace tan solo algunas décadas eran, todas, funciones asumidas directamente por las entidades, con sus propios agentes.

No obstante, la dinámica de la contratación en la actualidad va más lejos, al admitir la contratación de actividades inherentes a la esencia de las entidades públicas. Volviendo a nuestra pregunta original, la tendencia es entonces expansiva, en dirección al cumplimiento de funciones administrativas. El Consejo de Estado las ha admitido como naturales, por cuanto “no resulta contrario a la ley el cumplimiento de funciones administrativas mediante la celebración y ejecución de contratos de prestación de servicios”<sup>10</sup>. Más aún, en otras ocasiones ha considerado que las disposiciones de la Ley 80/93 forjan nuevos derroteros que refuerzan la libertad contractual de la administración.

El objeto del contrato de prestación de servicios descrito en el art. 32.3 es desarrollar actividades relacionadas con la ‘administración o funcionamiento de la entidad’. La generalidad de la relación, así como las finalidades generales de la contratación pública del art. 3.º, comprenden las actividades cotidianas y permanentes de la entidad así como las excepcionales, lo que derogó la antigua restricción de los arts. 2.º del dto. 2400 de 1968 y 7.º del dto. 1950 de 1973 que excluía de estos contratos el desarrollo de funciones públicas de carácter permanente, estableciendo para este evento la obligación de crear los empleos correspondientes<sup>11</sup>.

Por su parte, la Corte Constitucional expresó:

---

10 CE, sec. II, sent. 19/12/95, exp. 9140.

11 CE, sec. II.B, 31/10/02, exp. 1420-01.

... el contrato de prestación de servicios [podrá] tener también por objeto funciones administrativas en los términos que se establezcan por la ley, de acuerdo con el mandato constitucional contenido en el inciso segundo del artículo 210 de la Constitución Política, según el cual “... *los particulares pueden cumplir funciones administrativas en las condiciones que señale la ley*”<sup>12</sup>.

Sin embargo, la rápida afirmación de la Corte ha sido objeto de precisión, a propósito de un tema particularmente sensible: la prestación de servicios relacionada con el recaudo de impuestos. Utilizada por muchos municipios<sup>13</sup>, la práctica de la contratación con particulares del recaudo de impuestos se estructura a partir de una remuneración básica y un porcentaje sobre las sumas recaudadas. La Procuraduría General de la Nación consideró inicialmente que los contratos de prestación de servicios correspondientes eran lícitos, siempre y cuando no existiera personal suficiente en la planta de personal del ente territorial que lo suscribe, según la restricción establecida por el artículo 32.3 de la Ley 80/93<sup>14</sup>. Hemos visto sin embargo que la jurisprudencia administrativa considera que la restricción debe analizarse concretamente frente a las limitaciones particulares del servicio y no objetivamente por el hecho de existir cargos con dichas funciones, lo que, en materia de recaudo de impuestos territoriales, naturalmente siempre existe. En realidad, los reproches a la base de las sanciones impuestas por la Procuraduría se estructuran en torno a variadas irregularidades, como el haber suscrito el contrato de largo plazo (20 años) ocho días antes de retirarse del cargo el alcalde municipal, o el suscribirlo sin la reserva presupuestal suficiente ni los

---

12 cc, sent. C-154/97.

13 Han sido objeto de críticas, e incluso de sanciones, como veremos adelante, los contratos suscritos por los municipios de Pereira, Dos Quebradas, Cali, Barranquilla, Montería y Santa Marta.

14 Procurador General de la Nación, directiva 016 del 06/09/04.



estudios previos fundamentados para determinar factores de selección objetiva, o bien el omitir la justificación sobre el porcentaje de remuneración del contratista o no tener en cuenta la ausencia de capacidad financiera, técnica y administrativa del contratista para desarrollar el objeto del contrato<sup>15</sup>, decisiones que incluso han generado sentencias de tribunal, anulatorias de los contratos<sup>16</sup>.

Por su parte, el Consejo de Estado recalificó un contrato de consultoría en uno de prestación de servicios, al considerar que las *actividades* confiadas al contratista consistieron en “asesoría profesional para obtener el pago de deudas en favor de la entidad, lo que constituye la realización de una actividad que, por su naturaleza, usualmente se ejecuta con el personal de planta y con ocasión de la administración y funcionamiento de la misma”. La sección III de la corporación consideró lícito este contrato, cuyo objeto consistió en la

... prestación de servicios profesionales para asesorar y coordinar todas las acciones de carácter administrativo que el MUNICIPIO desarrolle dentro de los procesos de jurisdicción coactiva, contra las entidades generadoras de energía eléctrica, para la consecución del pago del impuesto de industria y comercio y avisos y tableros, con que estas empresas estén gravadas dentro de la jurisdicción municipal<sup>17</sup>.

No obstante, la jurisprudencia ha tenido una evolución significativa, limitando la amplitud de las posibilidades del contrato de prestación de servicios. De manera general, la Corte Constitucional estableció principios que debían res-

---

15 Ver <http://www.procuraduria.gov.co>, sección noticias, n.º 059 de 2005, 434 de 2006 y 178 de 2007.

16 Trib. Valle del Cauca, anulación del contrato entre alcaldía de Cali y Sicali, disponible en: <http://www.procuraduria.gov.co>, sección noticias, n.º 013 de 2009; Trib. Atlántico, anulación del contrato entre la alcaldía de Barranquilla y Métodos y Sistemas, *ibíd.*, boletín n.º 637 de 2008.

17 CE, sec. III, sent. 30/11/06, exp. 30.832.

petarse para el desarrollo de la habilitación constitucional a los particulares para “cumplir funciones administrativas en las condiciones que señale la ley” (CN, art. 110). Con ocasión del análisis de la constitucionalidad del artículo 110 de la Ley 489/98, la Corte constata la tendencia, en la concepción del Estado, a la asunción de funciones administrativas por particulares, esto a través de la posibilidad de participar en la gestión de asuntos administrativos y en virtud de la remisión que hace el constituyente al desarrollo de la figura por parte del legislador<sup>18</sup>. No obstante, este último debe tener en cuenta ciertos límites constitucionales, inherentes a la participación de los particulares. Así, no será posible que las entidades entreguen facultades distintas a las que les son propias, en virtud del principio de legalidad (CN, art. 6.º), y la atribución no puede ser tan general que “reemplace totalmente a la autoridad pública en el ejercicio de las funciones que le son propias”. Además, las funciones administrativas no incluyen las gubernamentales y políticas, que no son atribuibles a los particulares, como tampoco las de contenido legislativo o jurisdiccional, o aquellas exclusivas de la autoridad pública, como las relacionadas con la fuerza pública<sup>19</sup>. Por su parte, la ley también impone restricciones, como la responsabilidad permanente de las entidades sobre la orientación, vigilancia y control de las funciones confiadas a los particulares, o la determinación concreta y precisa de las funciones atribuidas (Ley 489/98, arts. 110 y 111). Estos límites a las funciones transferibles a los particulares llevaron a la Corte a declarar la inexecutable de la habilitación genérica, según la cual sería necesaria una

---

18 La Corte cita otras sentencias que han consignado el desarrollo constitucional contemporáneo que auspicia la participación de particulares en las funciones administrativas a través de diferentes modalidades, en particular contractuales: sents. C-166/95 y C-316/95.

19 cc, sent. C-020/96.

ley expresa que limitara la función confiada al particular<sup>20</sup>, así como las prórrogas automáticas de los contratos por los que se confieren las funciones<sup>21</sup>.

Con todo, el desarrollo concreto de esta concepción deja un muy significativo campo de atribución de funciones administrativas a los particulares. Las restricciones establecidas por la Corte, desde el punto de vista material, se limitan a aquellas de la esencia de la autoridad del Estado, expresadas en ejemplos extremos (fuerza pública, determinación de políticas públicas, funciones gubernamentales...), sin que ello signifique una prohibición de toda función que implique autoridad.

En el tema sensible de impuestos, las sanciones reseñadas auspiciaron el trámite de la Ley 1386/10, “por la cual se prohíbe que las entidades territoriales deleguen a cualquier título la administración de los diferentes tributos a particulares”, con fundamento en una sentencia de la sección IV del Consejo de Estado, según la cual “la legislación tributaria no prevé la posibilidad de delegar en particulares la facultad de fiscalización y determinación de los tributos, y como se sabe, el funcionario público solo puede hacer aquello que

---

20 cc, sent. C-866/99, inexecutable del aparte tachado: Ley 489/98, art. 110: “*Condiciones para el ejercicio de funciones administrativas por particulares*. Las personas naturales y jurídicas privadas podrán ejercer funciones administrativas, salvo disposición legal en contrario, bajo las siguientes condiciones: ...”.

21 cc, sent. C-702/99, inexecutable de la expresión tachada: Ley 489/98, art. 111: “*Requisitos y procedimientos de los actos administrativos y convenios para conferir funciones administrativas a particulares*. Las entidades o autoridades administrativas podrán conferir el ejercicio de funciones administrativas a particulares, bajo las condiciones de que trata el artículo anterior, cumpliendo los requisitos y observando el procedimiento que se describe a continuación:

[...]

2. La celebración de convenio, si fuere el caso, cuyo plazo de ejecución será de cinco (5) años prorrogables y para cuya celebración la entidad o autoridad deberá: ...”.

la Constitución y la ley le autoricen”<sup>22</sup>. Pero, en realidad, la restricción establecida por la jurisprudencia es menos general. En efecto, el alto Tribunal reprochó en este caso el que un municipio hubiese determinado el impuesto de industria y comercio de un contribuyente sobre la base de la información suministrada por una firma auditora contratada para este efecto. La sentencia pone de presente que los artículos 560 y 688 del Estatuto Tributario establecen la competencia del jefe de la unidad de fiscalización de la administración tributaria para proferir los actos de trámite en los procesos de determinación de impuestos, sin prever disposición alguna que autorice la delegación en particulares.

Por consiguiente, lo que el Consejo de Estado considera irregular no es contratar cualquier actividad relacionada con la gestión de impuestos, sino la de fiscalización y determinación de los mismos. En el mismo sentido, y citando esta sentencia, la sección III de la corporación consideró “que la determinación y la fiscalización tributaria atañen al fuero exclusivo del Estado, y no pueden ser atribuidas a particulares en tanto las disposiciones legales, en concordancia con las constitucionales, no lo autoricen”<sup>23</sup>. No obstante, el mismo fallo admite que sería posible la contratación de otras actividades administrativas relacionadas con la gestión:

La atribución de las labores relacionadas con el cobro coactivo no está autorizada por ninguna norma tributaria consultada, no obstante, esta constatación no es suficiente para que la Sala concluya que una contratación con este objeto es ilegal.

Los distintos pasos del cobro coactivo comprenden actividades de preparación o de proyección de documentos que podrían ser contratados, lo que no sucede con los actos

---

22 CE, sec. IV, sent. 22/09/04, exp. 13.255.

23 CE, sec. III, sent. 17/05/07, exp. 41001-23-31-000-2004-00369-01(AP).

propriadamente dichos, como la expedición del mandamiento de pago, el decreto de embargo, la notificación, la decisión sobre excepciones, etc., frente a los cuales el Consejo de Estado “considera que constituyen una función exclusiva de la administración en ejercicio de sus poderes soberanos de cobro coactivo, y como tal no puede ser atribuida a particulares”<sup>24</sup>.

En el fondo, esta decisión estaría limitando de manera significativa las restricciones establecidas por la sentencia de la sección IV por cuanto, en realidad, en el caso juzgado, las actividades confiadas al contratista no fueron las de *determinación y fiscalización tributaria*, sino la de suministro de la información necesaria para adoptar estas decisiones administrativas, tarea que podría calificarse de *instrumental* y no de ejercicio de la competencia que se considera reservada. Más aún, las consideraciones del Consejo de Estado permiten preguntarse por qué considera intransferible la función de *determinación y fiscalización tributaria*. En realidad, el fallo de la sección IV se fundamenta tan solo en que ellas fueron atribuidas por la legislación tributaria a la unidad de fiscalización de la entidad. Pero ello, por sí solo, no se traduce en la prohibición de confiarla a los particulares. Naturalmente, toda función delegada a los particulares debe estar atribuida a la entidad delegante, como nos explicaba la Corte Constitucional.

Por último, el texto de la Ley 1386/10 excluye las actividades que implican ejercicio de potestades públicas pero,

---

24 El Consejo de Estado cita la sentencia C-776/03 en la que la Corte declaró la exequibilidad de la facultad dada a los particulares por el artículo 8.º de la Ley 788 de 2002 (modificatorio del art. 840 del Estatuto Tributario) de efectuar el remate de los bienes sujetos al proceso de cobro coactivo, considerando que la función de los particulares en este caso es meramente instrumental y se limita a ejecutar las actuaciones ordenadas por el órgano público competente.

aunque la lista es significativa, ello no excluye una colaboración restringida de los particulares en esta materia<sup>25</sup>.

Estas observaciones ponen de presente que el límite concreto de las funciones contratables no surgirá, en la mayoría de casos, de restricciones legales expresas, sino de la evolución jurisprudencial que vaya definiendo aquellas que, por su naturaleza, constituyen competencias esenciales e indelegables del Estado. La tarea, sin duda, no será fácil.

Por una parte, debido a la dificultad de establecer la frontera entre lo instrumental contratable y lo esencial intransferible de la competencia. ¿Hasta qué punto es meramente instrumental la *instrucción de un procedimiento* cuando comprende la base fundamental de la decisión administrativa? En este sentido, ¿hasta dónde cabe que vaya el objeto de los

---

25 Ley 1386/10: “Artículo 1.º *Prohibición de entregar a terceros la administración de tributos.* No se podrá celebrar contrato o convenio alguno, en donde las entidades territoriales, o sus entidades descentralizadas, deleguen en terceros la administración, fiscalización, liquidación, cobro coactivo, discusión, devoluciones, e imposición de sanciones de los tributos por ellos administrados. La recepción de las declaraciones así como el recaudo de impuestos y demás pagos originados en obligaciones tributarias podrá realizarse a través de las entidades autorizadas en los términos del Estatuto Tributario Nacional, sin perjuicio de la utilización de medios de pago no bancarizados.

“Las entidades territoriales que a la fecha de expedición de esta ley hayan suscrito algún contrato en estas materias, deberán revisar de manera detallada la suscripción del mismo, de tal forma que si se presenta algún vicio que implique nulidad, se adelanten las acciones legales que correspondan para dar por terminados los contratos, prevaleciendo de esta forma el interés general y la vigilancia del orden jurídico. Igualmente deberán poner en conocimiento de las autoridades competentes y a los organismos de control cualquier irregularidad que en la suscripción de los mismos o en su ejecución se hubiese causado y en ningún caso podrá ser renovado.

“Las entidades de control correspondientes a la fecha de expedición de esta ley, deberán de oficio revisar los contratos de esta naturaleza que se hayan suscrito por las entidades territoriales”.

Demandada ante la Corte Constitucional por vicios de procedimiento para su adopción, la Corte la declaró exequible, por estos cargos: sent. C-370/11. La Procuraduría General de la Nación y la Contraloría General de la República deberán de oficio revisar los contratos de esta naturaleza que se hayan suscrito por las entidades territoriales.

contratos que pueden suscribir los organismos de tránsito “con el fin de dar aplicación a los principios de celeridad y eficiencia en el cobro de las multas” (Cod. Trans., Ley 769/02, art 135, par. 2.º) o incluso para el recaudo mismo de las multas (ibíd., art. 136)? El Código incluso prevé:

... las autoridades de tránsito podrán delegar en entidades privadas el aporte de pruebas de infracciones de tránsito, el recaudo de las multas correspondientes, la tramitación de especies venales y todos los trámites previstos en las normas legales y reglamentarias, salvo la valoración de dichas pruebas (art. 7).

Por otra parte, el estado actual de nuestra jurisprudencia no permite tener una caracterización suficientemente segura de lo que es una función administrativa. Esta noción, objeto de las más grandes controversias del derecho administrativo, ha sido objeto de variadas acepciones jurisprudenciales en los últimos tiempos. La Corte Constitucional la ha asimilado implícitamente a un género en el que cabrían múltiples manifestaciones. En este sentido, la sentencia C-866/99 citada es particularmente significativa por referirse al desarrollo legal del precepto constitucional que permite a los particulares *cumplir funciones administrativas*. Para la determinación del alcance de estas funciones la Corte acude indistintamente a las previsiones constitucionales sobre función administrativa, función pública y servicios públicos. Pero en otras ocasiones, la Corte otorga un sentido amplio no a la función administrativa, sino a la función pública, explicando que ella “atañe al conjunto de las actividades que realiza el Estado, a través de los órganos de las ramas del poder público, de los órganos autónomos e independientes (art. 113) y de las demás entidades o agencias públicas, en orden a alcanzar sus diferentes fines”<sup>26</sup>.

---

26 CC, sent. C-563/98.

Por su parte, el Consejo de Estado ha utilizado la función administrativa como criterio de atracción para asumir la competencia de contratos sujetos al derecho privado, al considerar que son suscritos por entidades públicas que cumplen *misiones públicas*, como las universidades públicas<sup>27</sup> o las empresas sociales del Estado<sup>28</sup>. No obstante, en muchos casos la jurisprudencia ha tenido una visión restrictiva de la función administrativa, al calificarla como especie del género función pública, que identifica con el “ejercicio de potestades inherentes al Estado”, por lo que concluye que tan solo algunas actividades de la prestación de servicios públicos constituyen función pública<sup>29</sup>. Esta decisión fue precedida de la muy conocida sentencia C-037/03, en la que la Corte analiza la posibilidad de imponer sanciones disciplinarias a los contratistas. Citando numerosas decisiones previas referidas indistintamente a funciones administrativas como a funciones públicas, la Corte observa “que el artículo 209 se refiere a la ‘función administrativa’ (art. 209 CP), especie dentro del género ‘función pública’”, para concluir que “la noción de ‘función pública’ atañe al conjunto de las funciones que cumple el Estado, a través de los órganos de las ramas del poder público, de los órganos autónomos e independientes (art. 113) y de las demás entidades o agencias públicas, en orden a alcanzar sus diferentes fines”.

Esta consideración genérica de la función pública es sin embargo restringida luego por la Corte, al distinguirla de los servicios públicos. “El servicio público se manifiesta esencialmente en prestaciones a los particulares. La función pública se manifiesta, a través de otros mecanismos que

---

27 CE, sec. III, sents. 20/08/98, exp. 14202; 08/02/01, exp. 16.661, y 07/10/99, exp. 12387.

28 CE, Sala de Consulta y Servicio Civil, conc. 20/08/98, exp. 1127; sec. III, auto 05/0401, exp. 17784; sents. 26/02/04, exp. 25240, y 14/04/05, exp. 24901.

29 CE, sec. III, auto 17/02/05, exp. 27673.



requieren de las potestades públicas y que significan, en general, ejercicio de la autoridad inherente del Estado"<sup>30</sup>.

Independientemente de la crítica que pueda realizarse a esta argumentación por saltos, que lleva a conclusiones sorprendidas, lo cierto es que la jurisprudencia, tanto de la Corte como del Consejo de Estado, considera hoy que la función administrativa, especie de la función pública, lleva consigo el ejercicio de poderes o prerrogativas públicas. En cuanto a los contratos que confieren a los particulares el ejercicio de funciones administrativas, la concepción impone concluir que el particular contratista estará siempre investido del ejercicio de poderes públicos. Por consiguiente, la definición del límite de las tareas transferibles a los particulares no podrá ser *el ejercicio de autoridad inherente al Estado*, por cuanto ello será de la esencia de estos contratos. La jurisprudencia tendrá entonces que desarrollar la difícil tarea de establecer cuáles de esas *potestades públicas* son intransferibles a los particulares.

Mientras tanto, frente al contrato de prestación de servicios, el Consejo de Estado ha realizado precisiones significativas, con ocasión de los contratos para la gestión de impuestos. Citando un concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil<sup>31</sup>, la sección III de la corporación resalta que el ejercicio de funciones públicas por los particulares, regulado por la Ley 489/98 (arts. 110 ss.), se realiza a través de un contrato que debe entenderse como tipo especial de concesión y que "se caracteriza porque tiene efectos hacia terceros, que son los destinatarios de la función pública atribuida al contratista particular". Sobre esta base, el alto Tribunal considera que la atribución de funciones administrativas al contratista debe pasar por este contrato y no por el de prestación de servicios, restringido a las *actividades*

---

30 CC, sent. C-037/03.

31 CE, Sala de Consulta y Servicio Civil, conc. 04/11/04, exp. 1592.

*relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad* como las define la Ley 80, artículo 32.3, pero no para el cumplimiento propiamente dicho de funciones administrativas por particulares<sup>32</sup>. El Consejo de Estado concluye:

... la naturaleza del contrato de prestación de servicios, vista desde la óptica de la contratación estatal y de los orígenes e historia de la figura contractual, no permite una interpretación e integración de contenido y efectos que llegue hasta la asunción de funciones administrativas propias de la entidad estatal por parte del contratista, ni a la representación de la misma frente a terceros, sin haberse dado cumplimiento a las prescripciones legales de índole imperativo, en este caso la ley 489 de 1998<sup>33</sup>.

Esta ley reglamenta el contenido del acto administrativo previo, de viabilidad de la delegación, el contenido del pliego de condiciones y la convocatoria pública bajo los principios del Estatuto de contratación, el contenido del contrato, incluidas las cláusulas excepcionales y los mecanismos de control (arts. 110 y 111).

La caracterización del objeto polivalente del contrato de prestación de servicios por los distintos factores expuestos se complementa con las restricciones importantes de carácter personal, referidas al contratista mismo.

## II. CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS Y CONTRATO REALIDAD

Cuando el contrato de prestación de servicios es ejecutado por una persona natural y no por una jurídica, su delimitación contiene particularidades importantes referidas tanto

---

32 CE, sec. III, sent. 17/05/07, cit. En igual sentido, CE, Sala de Consulta y Servicio Civil, conc. 04/11/04, cit.

33 CE, sec. III, sent. 17/05/07, cit.

a las tareas confiadas al contratista como a la naturaleza de la relación que se crea con la administración contratante.

Las diferencias entre el contrato de prestación de servicios y el vínculo laboral han sido caracterizadas de manera reiterada por la jurisprudencia. De los tres elementos que caracterizan el contrato de trabajo, esto es: la prestación personal del servicio, la remuneración como contraprestación del mismo y la subordinación del trabajador al empleador, los dos primeros son comunes al contrato de prestación de servicios, cuando el contratista es una persona natural. Por el contrario, el tercer elemento, la subordinación, constituye la diferencia esencial entre los dos tipos de relación. El contratista de prestación de servicios ejecuta las tareas a él confiadas con la autonomía propia de un empresario o de un profesional independiente. Una amplia y unánime jurisprudencia confirma la importancia esencial del elemento característico, encabezada por la sentencia de la Corte Constitucional que declaró la exequibilidad de la definición del contrato de prestación de servicios, contenida en la Ley 80/93 (art. 32.3)<sup>34</sup>, secundada por numerosas providencias del Consejo de Estado<sup>35</sup>.

A este elemento distintivo esencial podría agregarse otro igualmente resaltado de manera reiterada por la jurisprudencia: la temporalidad. Estos contratos se celebran, como lo prescribe el artículo 32.3 de la Ley 80/93, “por el tiempo estrictamente necesario”. “Por regla general la función pública se presta por parte del personal de planta perteneciente a una entidad estatal, nos recuerda la Corte Constitucional, y sólo de manera excepcional y en los casos previstos en la ley, aquélla puede ser desarrollada por personas que se

---

34 cc, sent. C-154/97.

35 Ver algunos ejemplos: CE, sec. III, sents. 03/12/07, exp. 24.715; 25.206; 25.409; 24.524; 27.834; 25.410; 26.105; 28.244; 31.447; sec. II.A, sents. 19/01/06, exp. 2.579-05, y 07/07/06, exp. 9.358-05; sec. II.B, sents. 31/10/02, exp. 1.420-01; 30/03/06, exp. 4.669-04, y 23/02/06, exp. 3.648-05.

vinculan a través de la modalidad del contrato de prestación de servicios”<sup>36</sup>.

Este par de condiciones evidentes contienen en realidad dificultades muy significativas para su concreción, no solo por la identificación de los eventos excepcionales que permiten recurrir al contrato, sino también por la calificación específica de la relación subordinada.

### A. Carácter excepcional del contrato

Como vimos anteriormente, la ley restringe la posibilidad del contrato con personas naturales exigiendo que las actividades confiadas al contratista *no puedan realizarse con personal de planta*. Al análisis concreto de la deficiencia de personal interno de la entidad, expuesto en ese momento, se superpone el que la administración no puede crear la necesidad de acudir a contratistas externos, a través de la reducción artificial de su planta de personal. Las políticas públicas de reducción del tamaño del Estado, implementadas con fuerza a partir de los años noventa, se vieron acompañadas de disposiciones que prohíben expresamente reemplazar los servidores públicos por contratistas, creando lo que se conoce popularmente como las nóminas paralelas.

Así, el artículo 17 de la Ley 790/02 ordena a las entidades nacionales tener “los cargos necesarios para su funcionamiento”, lo que significa no promover la necesidad de acudir a contratistas para cumplir con sus fines. La previsión es reforzada con la prohibición expresa de “celebrar contratos de prestación de servicios para cumplir de forma permanente las funciones propias de los cargos existentes de conformidad con los decretos de planta respectivos”, reiteración de la restricción elemental de los contratos de prestación de servicios, consagrada en todas sus definiciones legales. En

---

36 cc, sent. C-739/02.

fin, el párrafo del artículo recalca la lógica de suficiencia del personal administrativo al prohibir “celebrar contratos de prestación de servicios con personas naturales, con la finalidad de reemplazar cargos que se supriman dentro del programa de renovación de la administración pública”. El Consejo de Estado recuerda esta ley, así como la previsión del Decreto 2400/68, según el cual “para el ejercicio de funciones de carácter permanente se crearán los empleos correspondientes, y, en ningún caso, podrán celebrarse contratos de prestación de servicios para el desempeño de tales funciones” (art. 2.º)<sup>37</sup>. “Es, por tanto, el Estado el que infringe el ordenamiento jurídico al contratar por ese medio los servicios de personal, concluye el alto Tribunal, precaviendo los requisitos de la existencia del cargo en la planta de personal, del presupuesto, el acto administrativo de nombramiento y la posesión, convirtiendo todo ello en una simple práctica”<sup>38</sup>. Práctica drásticamente sancionada, por cuanto el Código Único Disciplinario eleva a falta gravísima la celebración de contratos de prestación de servicios cuyo objeto sea el cumplimiento de funciones públicas o administrativas que requieran dedicación de tiempo completo e impliquen subordinación y ausencia de autonomía

---

37 CE, sec. II, sent. 19/03/99, exp. 17080: “Es claro para la Sala que la actora fue vinculada mediante contratos sucesivos de prestación de servicios, pero para desempeñar funciones del giro de la administración; en otras palabras, para desempeñar funciones de carácter permanente. [...] Para el ejercicio de funciones públicas de carácter permanente deberán crearse los empleos correspondientes”.

38 CE, sec. II.A, sent. 17/04/08, exp. 2776-05. Ante esta expresa normatividad y consideraciones, parece injustificada la siguiente apreciación aislada de la misma corporación: “El contrato de prestación de servicio puede reemplazar los cargos suprimidos o desarrollar funciones nuevas de la entidad, no atribuidas a la planta de personal, siempre y cuando no se den los elementos del contrato de trabajo: subordinación, habitualidad de la labor, prestación personal del servicio, facultad de subordinar (ejercicio de autoridad administrativa o facultad de decidir)”: CE sec. II.B, 31/10/02, exp. 1420-01.

respecto del contratista, salvo las excepciones legales (Ley 734/02, art. 48.29).

Pero el carácter excepcional del contrato de prestación de servicios tiene otro sentido, al establecerse que ciertas funciones, inherentes a las misiones esenciales de las entidades públicas, no pueden ser confiadas individualmente<sup>39</sup> a personas externas, por cuanto su desarrollo específico impone una labor estructuralmente subordinada, indispensable para el buen funcionamiento del servicio. Es así como el Consejo de Estado ha encontrado irregulares los contratos de médicos de hospitales públicos:

Aunque no existe la prueba de la existencia del empleo, cuyas funciones debió cumplir la contratista, no es menos cierto que éste debía estar previsto en la planta de la entidad dada la permanencia de esa labor y la confianza y seguridad con que se debía realizar tal cometido. [...] La labor de "Médico" es de la esencia de la entidad para cumplir el cometido de la misma, además esa labor se cumple con personal de confianza dada la naturaleza de esa labor<sup>40</sup>.

En sentido similar, la corporación encuentra que ciertas tareas deben necesariamente ser adelantadas por empleados públicos:

El Instituto Colombiano de la Reforma Agraria puede vincular personas mediante la modalidad de contratos de prestación de servicios, sólo para adelantar actividades relacionadas con los procedimientos administrativos de adjudicación de tierras baldías de la Nación, reglamentados por el Decreto 2664 de

---

39 Hemos visto que la situación es distinta cuando se quiere externalizar la tarea misma a través de empresas: cfr. *supra*, caso de la contratación de la lectura de contadores domiciliarios de servicios públicos.

40 CE, sec. II.B, sent. /02/05, exp. 3130-04. En igual sentido, sent. 18/05/06, exp. 1553-2005, referido al caso de una jefe de enfermería y coordinadora asistencial y de control de calidad de los servicios, contratada repetidamente por el centro docente e investigativo en salud de un hospital universitario.

1994, modificado por el Decreto 982 de 1996, pero no para adelantar el procedimiento en sí mismo, porque éste debe ser atendido por empleados públicos del mencionado Instituto<sup>41</sup>.

Con la misma lógica, el Consejo de Estado consideró irregular la contratación de un jefe de presupuesto en un municipio, por desempeñar funciones propias de la administración<sup>42</sup>. En el caso de los maestros, la Corte Constitucional declaró la inexecutable del artículo 73 de la Ley 30/92 que permitía a las instituciones públicas de educación superior vincular por contrato de prestación de servicios a los profesores por hora cátedra, por cuanto, al igual que los docentes de tiempo completo o medio tiempo, cumplen su misión con continua y notoria subordinación, lo que hace inexplicable un trato desigual<sup>43</sup>.

El análisis más significativo en los contratos de maestros es el realizado con ocasión de la declaratoria de inexecutable del parágrafo 1.º del artículo 6.º de la Ley 60/93 que previó la incorporación progresiva (en un plazo menor a 6 años) de los docentes temporales vinculados por contrato de prestación de servicios a los municipios y departamentos. La Corte consideró que el derecho al trabajo y el derecho a la igualdad no permitían un tratamiento discriminatorio para los docentes contractuales, frente a sus homólogos vinculados laboralmente, y desechó tajantemente los argumentos presupuestales justificativos del régimen de transición<sup>44</sup>, aunque la medida buscara remediar una situación dramática originada en la congelación de nominaciones por parte del Ministerio de Educación en los años noventa. En efecto, el

---

41 CE, Sala de Consulta y Servicio Civil, sent. 02/12/96, exp. 921.

42 CE sec. II.B, sent. 23/06/05, exp. 245-03.

43 CC, sent. C-006/96. Posteriormente, la Corte también declaró inexecutable el artículo 107 de la misma ley que autorizaba los contratos de prestación de servicios en establecimientos privados: sent. C-517/99.

44 CC, sent. C-555/94.

primer censo del sector educativo de 1991 mostraba que de un total de 243.393 empleados, 21.920 eran contratistas. Por su parte, el Consejo de Estado ha puesto de presente el régimen legal de la “prestación de servicios” de los maestros, que impone un desempeño estrictamente subordinado, lo que ha generalizado las sentencias que descalifican los contratos de prestación de servicios<sup>45</sup>.

En fin, el carácter excepcional se ha visto reforzado con la expedición de la Ley 909/04 sobre el empleo público, la carrera administrativa y la gerencia pública, por cuanto previó en su artículo 21 la figura de los empleos temporales con el fin de atender necesidades habitualmente cubiertas por contratistas de prestación de servicios. Resultan procedentes los empleos de carácter temporal o transitorio en las plantas de personal, cuando quiera que se presenten las siguientes necesidades:

a. Cumplir funciones que no realiza el personal de planta *por no formar parte de las actividades permanentes de la administración;*

b. Desarrollar programas o proyectos de *duración determinada;*

c. Suplir necesidades de personal por sobrecarga de trabajo, determinada *por hechos excepcionales;*

d. Desarrollar labores de *consultoría y asesoría* institucional de duración total, no superior a doce (12) meses y que guarde relación directa con el objeto y la naturaleza de la

---

45 CE, sec. II. Sala Plena, sents. 15/06/06, exp. 4286-05; 22.08/02, exp. 2972-01; 15/06/06, exp. 0249-05; sec. II.A, sents. 14/09/00, exp. 475-00; 19/01/06, exp. 2579-05; 06/03/08, exp. 2152-06; 26/06/07, exp. 4198-03; 07/09/06, exp. 9358-05; 28/02/08, exp. 0868-07; 14/08/08, exp. 0157-08; sec. II.B, sents. 22/04/99, exp. 3068-98; 07/02/06, exp. 3648-05; 02/03/06, exp. 4055-05; 30/03/06, exp. 4669-04; 25/05/06, exp. 2625-05; 15/06/06, exp. 2603-05; 19/10/06, exp. 2826-04; 19/07/07, exp. 1713-06; 27/03/08, exp. 3675-02 y sec. III, sent. 01/11/94, exp. 7960.



institución<sup>46</sup>. (Resaltados fuera del texto original, hechos por el Consejo de Estado.)

El mismo artículo prevé motivar técnicamente la creación de estos empleos y adoptar las medidas presupuestales necesarias para cubrir el pago de salarios y prestaciones sociales correspondientes, así como la utilización de las listas de elegibles destinadas a la provisión de empleos permanentes.

Las entidades podrían abstenerse de contemplar estos empleos para justificar el acudir a la contratación de servicios, pero esta burla al propósito de la ley deberá ser controlada por la jurisprudencia administrativa, que ya ha mencionado en varias ocasiones el texto<sup>47</sup>, apoyándose en indicios de desviación de poder al suscribir contratos de prestación de servicios cuando las sobrecargas de trabajo sean reiteradas y regulares en ciertos períodos del año, o cuando la atención de proyectos, normalmente previsible, permita anticipar la necesidad de crear empleos transitorios.

## **B. La subordinación del contratista**

La subordinación a la administración, que desnaturaliza el contrato de prestación de servicios, revela una relación de tipo laboral. Una vez más, la constatación elemental contiene sin embargo dificultades significativas en sus consecuencias jurídicas. La prueba de la realidad se establece a partir de indicios, cuyo análisis integral brilla por su ausencia en muchas decisiones de la jurisprudencia administrativa. El peso del contrato realidad, elevado hoy a rango constitucional, debería tener consecuencias sobre la prueba de la relación,

---

46 CE, sec. II.B, sent. 29/07/05, exp. 5212-03; 16/02/05, exp. 3130-04 y 06/10/05, exp. 1981-05.

47 CE, sec. II.B, sent. 16/02/05, exp. 3130-04; 28/07/05, exp. 5213-03 y 06/10/05, exp. 1981-05.

así como sobre el alcance de la responsabilidad, e incluso sobre la acción para reclamarla.

### C. Prueba de la subordinación

En muchas ocasiones la jurisdicción administrativa encuentra probada la subordinación que deslegitima el contrato de prestación de servicios, acudiendo a variados indicios, como por ejemplo la existencia de horario de trabajo, la asignación de turnos en planillas, las labores supervisadas por un superior, los memorandos de amonestación, el trato similar al dado a los funcionarios que cumplen las mismas tareas, la obligación de reportar a superiores el desarrollo de la actividad o el reconocimiento de viáticos<sup>48</sup>. Cada factor, individualmente considerado, no es suficiente, pero la presencia de varios refuerza los indicios. En cuanto al tiempo de servicio, este tampoco es determinante de manera

---

48 En este sentido, la recomendación sobre la relación de trabajo 2006 de la OIT, establece la determinación de la existencia de una relación de trabajo, mediante indicios de común ocurrencia (num. 11):

“13. Los Miembros deberían considerar la posibilidad de definir en su legislación, o por otros medios, indicios específicos que permitan determinar la existencia de una relación de trabajo. Entre esos indicios podrían figurar los siguientes:

“a) el hecho de que el trabajo: se realiza según las instrucciones y bajo el control de otra persona; que el mismo implica la integración del trabajador en la organización de la empresa; que es efectuado única o principalmente en beneficio de otra persona; que debe ser ejecutado personalmente por el trabajador, dentro de un horario determinado, o en el lugar indicado o aceptado por quien solicita el trabajo; que el trabajo es de cierta duración y tiene cierta continuidad, o requiere la disponibilidad del trabajador, que implica el suministro de herramientas, materiales y maquinarias por parte de la persona que requiere el trabajo, y

“b) el hecho de que se paga una remuneración periódica al trabajador; de que dicha remuneración constituye la única o la principal fuente de ingresos del trabajador; de que incluye pagos en especie tales como alimentación, vivienda, transporte, u otros; de que se reconocen derechos como el descanso semanal y las vacaciones anuales; de que la parte que solicita el trabajo paga los viajes que ha de emprender el trabajador para ejecutar su trabajo; el hecho de que no existen riesgos financieros para el trabajador”.

individual, pero sí es significativo cuando se prueba junto con otros factores. Así, el Consejo de Estado ha encontrado que hay subordinación en los contratos de un regulador de tránsito vinculado a una secretaría de transporte y tránsito municipal por 2 años y 9 meses<sup>49</sup>, de conductores de ambulancia con 4 contratos durante algo más de un año de servicio<sup>50</sup>, de un celador que laboró por 2 años, mediando 6 contratos<sup>51</sup>, o de la jefe de presupuesto de un municipio<sup>52</sup>.

Por el contrario, en otras ocasiones, el material probatorio no revela indicios de subordinación, y el tipo de actividad sugiere autonomía, como en las labores de capacitación y estudios para una entidad<sup>53</sup>. El Consejo de Estado ha considerado que la existencia de un horario puede no ser determinante, por cuanto en ocasiones tan solo constituyen *una concertación entre las partes para desarrollar el objeto del contrato*<sup>54</sup>. Pero lo más significativo, aun en la jurisprudencia reciente de la corporación, es el peso de una drástica sentencia de Sala Plena de 2003 referida a la relación contractual prolongada por varios años, entre una señora y una dirección seccional de administración judicial, cuyo objeto fue la prestación de los servicios de aseo y cafetería en las oficinas de los juzgados municipales. El Consejo de Estado calificó el vínculo de prestación de servicios, al considerar que el contrato era lícito, por estar previsto en la Ley 80/93 (art. 32.3) y comprender labores que no estaban desarrolladas en los cargos previstos por la planta de personal de la entidad. Además, las labores de aseo y cafetería no estaban

---

49 CE sec. II, sent. 14/08/03, exp. 4470-01.

50 CE, sec. II.B, sents. 10/11/05, exp. 2035-05 y 07/04/05, exp. 1199-04.

51 CE, sec. II.A, sent. 07/09/06, exp. 7979-05: "Advierte la Sala que si una persona, presta servicios como vigilante por varios años resulta inadmisibles afirmar que realiza actividades temporales e independientes".

52 CE sec. II.B, sent. 23/06/05, exp. 245-03.

53 CE, sec. II.A, sent. 21/03/02, exp. 2201-01.

54 CE, sec. II.B, sent. 19/02/04, exp.0099-03. En el mismo sentido, sec. II.A, sent. 30/11/06, exp. 6507-05.

cumplidas bajo órdenes subordinantes de la entidad, sino de conformidad con las estipulaciones contractuales, cuyo cumplimiento era objeto de *coordinación* y de *interventoría*, tareas inherentes a cualquier contrato estatal. En fin, la contratista no podía pretender la calificación de su situación como funcionaria pública, por cuanto esta condición se deriva de una relación legal y reglamentaria, lo que impone el cumplimiento de requisitos previos, como son la existencia del cargo, calidades particulares, nombramiento y previsión presupuestal<sup>55</sup>.

El insólito tratamiento de la modesta señora, elevada por la sentencia a la condición de *empresaria del aseo*, generó 10 salvamentos de voto y una aclaración, pero la Sala adoptó la ponencia, y el peso de la sentencia de Sala Plena se siente desde entonces, pese a las recientes evoluciones de las subsecciones laborales de la corporación. En ocasiones la sección II se limita a recordar la jurisprudencia de Sala Plena, realizando un análisis formal de la situación.

Frente a 11 contratos sucesivos durante cuatro años, para el desarrollo de funciones de abogado en el departamento de ejecuciones fiscales de la tesorería de rentas municipales, cumpliendo funciones y bajo modalidades iguales a las de otros abogados, empleados públicos, la Sala se limitó a observar que “como no resulta contrario a la ley el cumplimiento de funciones administrativas mediante la celebración y ejecución de contratos de prestación de servicios, es elemental que no existe motivo de nulidad respecto del acto acusado”<sup>56</sup>. En un caso de servicios prestados por un instructor de educación física y deportes, entrenador, monitor de una escuela de formación deportiva de fútbol durante diez años y cinco meses, mediante sucesivos contratos y órdenes verbales o escritas de trabajo, con un

---

55 CE Sala Plena, sent. 18/11/03, exp. IJ-039.

56 CE, sec. II, sent. 19/12/95, exp. 9140.

horario establecido de 8 horas diarias, el Consejo de Estado ratificó la calificación de prestación de servicios porque así lo expresó el texto del contrato:

No hay duda para la Sala [de] que la vinculación que tuvo el actor con la entidad municipal se halle por fuera de los lineamientos propios de la relación laboral, pues los términos en que quedó pactada expresamente por ambas partes en los respectivos contratos, excluyen cualquier tipo de vinculación laboral<sup>57</sup>.

En otra oportunidad, la corporación consideró que el cargo de celador era constitutivo de prestación de servicios, por cuanto no obraba en el proceso “prueba sobre la *existencia del empleo de celador* en la Planta de Personal de la entidad demandada”<sup>58</sup>. En la misma línea, estimó que la corporación autónoma regional contratante tan solo ejerció funciones de coordinación frente a su contratista, encargado de la promoción ambiental, el control de contaminación hídrica y apoyo a la subdirección de normalización, calidad ambiental y atención al público, ejercidos durante cuatro años y medio<sup>59</sup>. Un auxiliar de servicios generales vinculado por seis años y medio, cuyas tareas eran la limpieza de vidrios de la entidad, labores de mantenimiento varias, aseo y electricidad, con horario, uniforme y vínculo laboral precedente para las mismas funciones, fue considerado contratista de servicios, por cuanto la sentencia de la Sala Plena “indicó que el trabajo desempeñado por los contratistas de aseo no se podría considerar como generador de una relación laboral por cuanto en el mismo se presentaban relaciones de coordinación, no de subordinación”<sup>60</sup>. Incluso los contratos

---

57 CE, sec. II.A, sent. 27/11/03, exp. 5719-02.

58 CE, sec. II.A, sent. 06/10/05, exp. 1981-05.

59 CE, sec. II, sent. 19/05/05, exp. 4495-2002.

60 CE, sec. II.B, sent. 05/05/05, exp. 3731-03.

de docentes, particularmente protegidos por las consideraciones de la Corte Constitucional que hemos recordado, han visto ratificada su calificación de prestación de servicios<sup>61</sup>.

La sección II tiende a banalizar los períodos significativos de vínculo contractual, descartando la subordinación, que encuentra reemplazada por relaciones de *coordinación* para el logro del contrato, coordinación poco verosímil, en consideración del tipo de tareas, como sucede en los casos de un docente de dibujo técnico, vinculado a un instituto distrital por varios contratos durante 14 meses<sup>62</sup>, un celador, contratista municipal mediante 6 contratos en un lapso de 15 meses<sup>63</sup>, una terapeuta de lenguaje vinculada por 10 años de contratos<sup>64</sup>, un auxiliar de archivo y correspondencia, vinculado por 6 órdenes de trabajo durante 5 años y medio a Caprecom<sup>65</sup>, un operador de equipos de fotocopiado y servicios generales de correspondencia, según tareas asignadas por el director de Foncolpuertos (15 contratos en 4 años)<sup>66</sup>, una odontóloga rural vinculada laboralmente a un municipio por 4 años y luego por 24 órdenes de trabajo por un período de 4 años<sup>67</sup>, o una auxiliar de enfermería vinculada por 7 contratos durante 3 años y 6 meses<sup>68</sup>.

La jurisprudencia exige así una actividad probatoria determinante, por parte del contratista demandante, quien tiene la carga de la prueba para establecer la subordinación. El Consejo de Estado expresa esta esencial carga como la

61 CEsec. II.A, sent. 13/05/04, exp. 2969-02; 13/05/04, exp. 2903-02; 29/04/04, exp. 3541-03; 12/02/04, exp. 3082-02.

62 CE, sec. II.B, sent. 19/10/06, exp. 2826-04.

63 CE sec. II.B, sent. 04/05/06, exp. 5297-05.

64 CE, sec. II.B, sent. 22/06/06, exp. 1022-05.

65 CE, sec. II.B, sent. 05/10/06, exp. 1505-04.

66 CE, sec. II.B, sent. 19/04/07, exp. 4309-04.

67 CE, sec. II.B, sent. 20/09/97, exp. 4107-04.

68 CE, sec. II.B, sent. 19/07/07, exp. 0085-04. En situación similar, sent. 28/07/05, exp. 5212-03.

obligación de probar *fehacientemente*, en forma *incontrovertible* e *inocultable*, las situaciones alegadas<sup>69</sup>.

Sin embargo, cabe preguntarse sobre el peso real de esta carga, ante los valores constitucionales que ha expuesto la Corte, en especial la protección particular al trabajo y el principio del contrato realidad.

#### D. Constitucionalización del contrato realidad

La Carta Política de 1991 elevó a rango constitucional la regla tradicional de derecho laboral, al calificar como principio fundamental la “primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales” (CN, art. 53). Entre los múltiples pronunciamientos de la Corte Constitucional sobre el principio, tiene particular relevancia en el tema que tratamos la sentencia C-555/94, que ya hemos referido con ocasión de la inexequibilidad de la norma que estableció la posibilidad transitoria de los contratos de prestación de servicios con docentes temporales. La Corte explica que el principio constitucional de primacía de la realidad impone calificar la calidad de trabajador al servicio del Estado, cuando quiera que se den las tres condiciones esenciales de la relación laboral. No obstante, el juez constitucional resalta que esta realidad no puede otorgarle al contratista “el *status* de empleado público, sujeto a un específico régimen legal y reglamentario”, por cuanto ello violaría otros principios constitucionales esenciales sobre la organización de la función pública, en particular la necesidad de atribución previa, constitucional y legal, de funciones ejercidas por las autoridades (art. 121), las funcio-

---

69 CE, sec. II.S.P., sent. 15/06/06, exp. 4286-05; sec. II.A, sent. 19/0106, exp. 2579-05; 15/06/06, exp. 0249-05; sent. 07/09/06, exp. 9358-05; sent. 14/08/08, exp. 0157-08; sent. 22/06/06, exp. 1022-05; sec. II.B, sent. 19/04/07, exp. 4309-04; sent. 19/08/04, exp. 3673-02; 28/11/02, exp. 0804-02; 19/0505, exp. 4495-2002.

nes detalladas en ley o reglamento de todo empleo público (art. 124), la necesidad de contemplar los empleos en las plantas de personal y sus emolumentos en el presupuesto correspondiente (arts. 122, 189.14, 305,7 y 315,7), además de la particular relación de los empleados públicos con el Estado, surgida no del acuerdo entre las partes sino del régimen legal y reglamentario que se impone a ellas (arts. 150.19-e, 300.7 y 313.6). Con todo, la Corte encuentra una solución de equilibrio, ponderando los distintos principios constitucionales. La obligación constitucional de reconocer la efectividad de la relación de trabajo impone declarar la existencia de los derechos del *trabajador* que de ella se derivan, sin que ello signifique declarar jurídicamente la existencia de la calidad de *empleado público*. La flexibilidad de la solución responde a la observación señalada en otra sentencia, en la que la Corte recuerda que “la vigencia efectiva de estos derechos exige la eliminación de mecanismos y procedimientos que en la práctica tiendan a convertirlos en teorías abstractas e inaplicables”<sup>70</sup>.

La consagración constitucional del principio permite preguntarse sobre la calificación de la actividad probatoria de las partes y de los poderes / deberes del juez de la causa. Hemos resaltado que la jurisprudencia del Consejo de Estado es particularmente rigurosa frente a la actividad probatoria del contratista demandante, quien debe mostrar *fehacientemente, sin sombra de duda*, la relación de subordinación, esencial para establecer la realidad de la relación laboral. Pero, tal vez, la exigencia es injustificada.

El artículo 24 del Código de trabajo materializa el principio constitucional de realidad, a partir de la presunción según la cual “toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo”. De ella se desprende la actividad probatoria necesaria de los empleadores para poder

---

70 CC, sent. T-286/94.



desvirtuarla, estableciendo el carácter autónomo de la labor realizada por quien desarrolla un trabajo personal, lo que estructura un contrato de prestación de servicios.

No obstante, [establece el segundo inciso del artículo] quien habitualmente preste sus servicios personales remunerados en ejercicio de una profesión liberal o en desarrollo de un contrato civil o comercial, pretenda alegar el carácter laboral de su relación, deberá probar que la subordinación jurídica fue la prevista en el literal b) del artículo 1.º de esta ley [esto es, la continuada subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador] y no la propia para el cumplimiento de la labor o actividad contratada”.

La Corte Constitucional declaró la inexecutable de este inciso, en atención a la particular protección que la Carta de 1991 dio al trabajo, al definir que “es un derecho y una obligación social y goza, en todas sus modalidades, de la especial protección del Estado. Toda persona tiene derecho a un trabajo en condiciones dignas y justas” (art. 25). Además, la Carta consagró “la igualdad de oportunidades para los trabajadores” y “la primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales” (art. 53). Estas particulares protecciones, sumadas al principio de igualdad ante la ley (art. 13), hacen inconstitucional el tratamiento diferenciado a las personas que habitualmente presten sus servicios de manera autónoma:

Advierte la Corte que la presunción acerca de que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de esa naturaleza (inciso 1 de la norma demandada) implica un traslado de la carga de la prueba al empresario.

El empleador, para desvirtuar la presunción, debe acreditar ante el juez que en verdad lo que existe es un contrato civil o comercial y la prestación de servicios no regidos por las normas de trabajo, sin que para ese efecto probatorio sea suficiente la

sola exhibición del contrato correspondiente. Será el juez, con fundamento en el principio constitucional de la primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales (art. 53 C.P.), quien examine el conjunto de los hechos, por los diferentes medios probatorios, para verificar que ello es así y que, en consecuencia, queda desvirtuada la presunción.

La Corte no reprocha entonces al artículo el dar un tratamiento de contratista a estos trabajadores, lo que no establece la norma, sino el que tenga que ser el trabajador quien deba demostrar la relación de subordinación. La inversión de la presunción general crea una situación *inequitativa y discriminatoria* frente a otras relaciones de trabajo personal, concluye el alto Tribunal.

La jurisdicción administrativa no parece tener en cuenta las implicaciones significativas de esta sentencia de la Corte. La presunción a favor de quienes desarrollan un trabajo personal debería generar una actitud menos estricta del juez administrativo, frente a la carga de la prueba en cabeza del contratista. Más aún, el valor constitucional del principio de primacía de la realidad en las relaciones laborales y la particular protección del trabajo deberían flexibilizar el carácter estrictamente rogado de la jurisdicción administrativa, imponiendo al juez actividades oficiosas para determinar la verdad. Los numerosos casos que hemos citado en los que el juez desecha la relación de subordinación del contratista permiten por lo menos sospecharla, en razón de los períodos significativos de las prestaciones de servicios y la naturaleza de los mismos, lo que, siguiendo el razonamiento de la Corte Constitucional, debería jugar a favor del contratista, trabajador. Por lo demás, el conjunto de reglamentación sobre la prohibición de plantas paralelas, la obligación de crear cargos frente a necesidades recurrentes y la nueva legislación sobre los empleos temporales de la función pública refuerzan aún más la presunción y la reubicación

de la carga de la prueba en la administración contratante, quien debería probar en el proceso que el específico trabajo realizado por el contratista que la demanda es autónomo, en atención a las condiciones particulares del caso.

## E. Reparación del contratista trabajador

Por otra parte, la consagración del contrato realidad tiene significativas consecuencias a favor del contratista. La Corte estima que si bien no se le puede considerar empleado público por las exigencias constitucionales del reconocimiento de esta calidad, el principio constitucional conlleva el reconocimiento de una relación laboral que genera la condena al pago de sumas equivalentes a las prestaciones sociales que habría tenido el contratista, si hubiese sido empleado público. El Consejo de Estado sigue esta línea cada vez que encuentra establecida la realidad de una relación laboral, recordando que ello no significa una calificación de empleado público<sup>71</sup>. Es así como tiene en cuenta el tipo de prestaciones sociales que reciben los funcionarios que ejercen funciones similares y calcula la condena sobre la base de los *honorarios* pactados en el contrato de prestación de servicios. En cuanto a las prestaciones reconocidas, ellas incluyen “vacaciones, prima de navidad, cesantías, intereses a las cesantías y demás emolumentos que correspondan a la relación laboral”<sup>72</sup>.

No obstante, para el cálculo de las sumas reconocidas al contratista, la jurisprudencia administrativa ha realizado

---

71 CE, sec. II.B, sent. 05/0505, exp. 3731-03; 23/06/05, exp. 245-03; 10/11/05, exp. 2035-05 y sec. II.A, sent. 02/02/06, exp. 3612-2005; sec. II. sent. 19/02/09, exp. 3074-05; sec. II.B, sent. 01/08/09, exp. 1106-08.

72 CE sec. II, sent. 14/08/03, exp. 4470-01. En igual sentido, sec. II.B, sents. 18/03/99, exp. 16357; 23/03/05, exp. 245-03; 15/06/06, exp. 2603-05; 15/06/06, exp. 0249-05; 18/05/06, exp. 1553-2005; 15/06/06, exp. 2603-05; 16/11/06, exp. 9776-05; 19/07/07, exp. 1713-06; 26/07/07, exp. 4198-03; 27/03/08, exp. 3675-02.

análisis particulares. Así, en una ocasión consideró que “la exigibilidad del pago de las cesantías en eventos en los cuales se reconoce la relación laboral encubierta en los contratos de prestación de servicios, surge desde la ejecutoria de la sentencia y no antes”<sup>73</sup>. También consideró que el tiempo laborado debía computarse para efectos pensionales, por lo cual condenó a la entidad a hacer las correspondientes cotizaciones<sup>74</sup>. De manera recurrente niega la sanción de mora, al establecer que “la declaración efectuada en la sentencia [...] tiene efectos declarativos de la relación laboral y el deber de pagar los salarios y prestaciones surge a partir de la ejecutoria de esta providencia, pues antes tenía una connotación contractual de la cual aparentemente no emanaban obligaciones de índole laboral”<sup>75</sup>. En fin, la sección II había considerado tradicionalmente el momento de la reclamación, para establecer los periodos sobre los que había ocurrido la prescripción trienal de las prestaciones sociales. Pero a partir de 2008 ha considerado la inexistencia de la prescripción por las siguientes consideraciones:

... el término de prescripción de tres años se cuenta desde que la obligación se hace exigible, pero debe tenerse en cuenta que en el contrato de prestación de servicios, el derecho surge desde el momento en que la sentencia lo constituye a favor del contratista junto al restablecimiento traducido en el pago de la suma indemnizatoria, porque previo a la expedición de la sentencia que declara la primacía de la realidad laboral sobre la contractual, no existe ningún derecho a favor del contratista de prestación de servicios emanado de un vínculo laboral, con lo que resulta, que es imposible que se pueda predicar la prescripción de un derecho que no ha nacido a la vida jurídica [...]

---

73 CE, sec. II.B, sent. 25/05/06, exp. 2625-05.

74 CE, sec. II.A, sent. 17/04/08, exp. 2776-05 y sec. II, sent. 19/02/09, exp. 3074-05.

75 CE sec. II, sent. 14/08/03, exp. 4470-01. En igual sentido, sec. II.B, sent. 25/05/06, exp. 2625-05; 15/06/06, exp. 2603-05.

[...]

En otros términos, para los contratistas existía un obstáculo de orden legal que no permitía exigir el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales; por ende, se puede afirmar que el derecho a devengarlas sólo surge con certeza, a partir de la expedición de la sentencia.

Con lo anterior, la prescripción trienal no será aplicable en los procesos en los que se demuestre la existencia de la primacía de la realidad sobre la forma<sup>76</sup>.

Estas distintas consecuencias del establecimiento de la realidad laboral no siempre reflejan criterios homogéneos, por lo que sería importante una definición clara del alcance del contrato realidad, para lo cual es importante volver sobre la norma constitucional.

Si el artículo 53 de la Carta consagra *la primacía de la realidad laboral*, independientemente de la forma que las partes otorguen a la relación, quiere decir que la relación laboral existe desde el momento en que se presta el servicio de forma subordinada a cambio de una remuneración. Es entonces la materialización de los tres elementos constitutivos de la relación laboral la que determina la existencia de la relación laboral. Por consiguiente, la sentencia de la jurisdicción no hace sino poner a la luz esta realidad, lo que debería darle carácter eminentemente declarativo y no constitutivo. La relación laboral no existe por la sentencia. Esta *declara* que aquella existió desde su origen, pese a las formas equívocas que le dieron las partes. En este sentido, tendría razón el Consejo de Estado cuando rectificó la jurisprudencia que otorgaba carácter indemnizatorio al reconocimiento de los

---

76 CE, sec. II.A, sent. 06/03/08, exp. 2152-06. En igual sentido, sec. II.A, sent. 17/04/08, exp. 2776-05.

equivalentes de prestaciones sociales. Los derechos que se reconocen por el fallo, afirmó la corporación, se ordenan,

... no a título de indemnización, como ha venido otorgándose de tiempo atrás, sino como lo que son: el conjunto de prestaciones generadas con ocasión de la prestación del servicio y el consecuente cómputo de ese tiempo para efectos pensionales, junto con el pago de las cotizaciones correspondientes<sup>77</sup>.

Más aún, la sentencia considera que estos aspectos no requieren de petición específica, pues constituyen una consecuencia obligada de la declaración de existencia de tal relación, lo que sugiere que el juez tiene la capacidad de declarar la relación objetiva y sus consecuencias, con flexibilidad frente a lo que le solicite el demandante. En otro caso, 3 años de servicios desvirtuaban la temporalidad y las labores realizadas no correspondían a las técnicas o científicas propias del contrato de prestación de servicios, lo que permitió al Consejo de Estado condenar al pago de prestaciones y las cotizaciones laborales por el período trabajado tomando como base de indemnización de un funcionario equivalente. En esta ocasión el juez administrativo consideró que el contrato realidad constituye una declaración de relación laboral de derecho público por realizar las mismas funciones y en las mismas condiciones de un empleado público<sup>78</sup>. Dando prelación al principio de realidad de la relación sobre las formas, otra sentencia condenó al pago de prestaciones tomando como base los honorarios pactados en el caso de una trabajadora social de un hospital, vinculada por contrato de prestación de servicios durante 5 años y 10 meses<sup>79</sup>.

---

77 CE, sec. II.A, sent. 17/04/08, exp. 2776-05, cit.

78 CE, sec. II.A, sent. 11/03/10, exp. 0233-08.

79 CE, sec. II.B, sent. 11/03/10, exp. 1562-08. La condena al pago de prestaciones se ha visto ratificada en sec. II.B, sent. 26/01/12, exp. 1094-10; 15/03/12, exp. 1395-11; 22/03/12, exp. 1909-11.

También en el sector hospitalario el Consejo de Estado reconoció la primacía de la realidad condenando al pago de prestaciones, bajo el principio de la irrenunciabilidad de los derechos laborales en un contrato de servicios médicos<sup>80</sup>.

En estas soluciones subsistirá siempre un grado de incoherencia conceptual. En estricto sentido, las modalidades de *restablecimiento del derecho* contenidas en estos fallos implicarían declarar una relación laboral. Pero sabemos que una declaración en este sentido no es viable, por cuanto implicaría calificar de funcionario público al contratista, lo que sería contrario a preceptos constitucionales, como nos ha explicado la Corte Constitucional. No obstante, el principio de la supremacía de la realidad y la protección del trabajo imponen aceptar esta flexibilidad conceptual<sup>81</sup>. Por el contrario, no será posible, como nunca lo hace el Consejo de Estado, ordenar un *reintegro* del contratista, en virtud de la calificación de la realidad de la relación laboral<sup>82</sup>.

Siguiendo esta línea lógica, sería necesario aceptar que, surgido el derecho desde el nacimiento de la relación, es posible la ocurrencia de la prescripción de derechos a las prestaciones. O bien, sería necesario entender que las consideraciones recientes del Consejo de Estado para afirmar lo contrario no obedecen a la lógica jurídica sino al propósito de proteger al *trabajador* frente a una situación injusta. El Consejo de Estado estima en efecto que la sentencia *decla-*

---

80 CE, sec. II.A, sent. 10/02/11, exp. 1618-09. Igual primacía de la realidad por apreciación de la continuidad del servicio prestado, en sec. II.B, sent. 23/02/11, exp. 0260-09.

81 CE, sec. II.B, sent. 01/07/09, exp. 1106-08: "Recientemente, esta Sección modificó la tesis que reconocía al contratista que lograba demostrar los elementos de la relación laboral las prestaciones sociales dejadas de percibir a 'título de indemnización', considerando que las mismas se otorgan a título de 'reparación del daño', sin que por ello se convierta automáticamente en un empleado público".

82 CE, sec. II.B, sent. 19/04/12, exp. 0179-10.

*rativa* de la realidad laboral es *constitutiva* del derecho. En las situaciones

... en las cuales no hay fecha a partir de la cual se pueda predicar la exigibilidad del derecho, no es procedente sancionar al beneficiario con la prescripción o extinción del derecho que reclama; en efecto, en estos asuntos en los cuales se reclaman derechos laborales no obstante mediar un contrato de prestación de servicios, no hay un referente para afirmar la exigibilidad de salarios o prestaciones distintos al valor pactado en el contrato.

Es a partir de la decisión judicial que desestima los elementos de la esencia del contrato de prestación de servicios que se hace exigible la reclamación de derechos laborales tanto salariales como prestacionales, porque conforme a la doctrina esta es de las denominadas sentencias constitutivas, ya que el derecho surge a partir de ella, y por ende la morosidad empieza a contarse a partir de la ejecutoria de esta sentencia<sup>83</sup>.

Por otra parte, la realidad del surgimiento concomitante del derecho y la existencia de la realidad laboral tampoco harían jurídicamente justificable el rechazo a la pretensión de intereses sobre las sumas correspondientes de las prestaciones sociales. Si estos derechos nacieron por la realidad de la relación laboral, parece lógico que sean exigibles a la fecha en que esta se materializó, y no a partir de la sentencia ejecutoriada, como lo ha considerado el Consejo de Estado.

Así mismo sería criticable la jurisprudencia que ha exigido la necesidad de promover una decisión administrativa de rechazo al reconocimiento de prestaciones sociales. Si bien es posible que el contratista demande la nulidad del contrato de prestación de servicios, por cuanto la realidad del carácter subordinado de la relación desnaturaliza los

---

83 CE, sec. II, sent. 19/02/09, exp. 3074-05. Reiterada por sec. II.B, sent. 01/07/09, exp. 1106-08.



elementos esenciales de este contrato, ello no le permite obtener una indemnización equivalente a las prestaciones sociales. En efecto, el artículo 48 de la Ley 80/93 establece las reglas indemnizatorias de la declaración de nulidad del contrato estatal, que se restringen al reembolso de los gastos soportados por el contratista, que hayan sido útiles para la administración, con el objeto de evitar el enriquecimiento sin causa. Pero cuando se dan conflictos por el contrato realidad, no es este el factor reclamado por el contratista. Por ello, la jurisprudencia ha exigido que el contratista solicite a la administración contratante el reconocimiento del equivalente de las prestaciones sociales, sobre la base de la realidad de la relación laboral, lo que le permite luego demandar la respuesta negativa explícita o presunta, a través de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho (CCA, art. 85).

No puede llegar en la demanda a reclamar presuntos derechos de orden laboral administrativos (v. gr. salarios y prestaciones sociales, etc.) si no se tiene una relación laboral pública o, por lo menos, desde la VÍA ADMINISTRATIVA (petición) se haya planteado su discusión, sin que sea viable solo venir a hacerlo en la VÍA JURISDICCIONAL porque en ese caso se impide a la administración su discusión y pronunciamiento oportuno, para aquí ejercer el “control de legalidad” sobre el mismo y sus consecuencias (negación de los presuntos derechos derivados de dicho *status*)<sup>84</sup>.

Sin embargo, la exigencia de esta decisión es contraria a nuestro derecho administrativo. A diferencia del derecho francés, nuestro sistema no consagra el privilegio de la

---

84 CE, sec. II.B, sent. 16/02/05, exp. 3130-04. En el mismo sentido, sec. II, sent. 18/03/99, exp. 16357; sent. 19/03/99, exp. 17080; 14/08/03, exp. 4470-01; 12/06/03, exp. 3703-02; sec. II.A, sent. 14/09/00, exp. 475-00; 26/02/04, exp. 0792/02; sec. II.B, sent. 22/04/99, exp. 3068-98; 31/10/02, exp. 1420-01; 05/05/05, exp. 3731-03; 23/06/05, exp. 245-03; 28/07/05, exp. 5212-03; 19/10/06, exp. 2826-04; 19/07/07, exp. 6813-05.

decisión previa, que impone al actor obtener siempre una decisión administrativa que atacar ante el juez administrativo. Una vez más, el principio constitucional de la realidad de la relación laboral orientaría una solución más acorde con nuestro ordenamiento jurídico administrativo. La realidad del vínculo laboral es un hecho que genera obligaciones para la administración. La ausencia de reconocimiento por parte de esta constituye un hecho administrativo generador de perjuicios que abre la puerta de la pretensión de reparación directa consagrada en el artículo 140 CPACA.

En fin, el cálculo de la condena al equivalente de todas las prestaciones, sobre la base de los honorarios pactados, como se consigna en muchas sentencias, parece en extremo simplificado. Todo contratista de prestación de servicios tiene la obligación legal de cotizar al sistema de salud y pensiones, por lo que la sentencia debería tener en cuenta esta carga, condenando a la entidad contratante a restituir al contratista tan solo el porcentaje de los que ella debía haber pagado, como lo estableció el Consejo de Estado<sup>85</sup>. Por el contrario,

---

85 CE, sec. II. sent. 19/02/09, exp. 3074-05: “En lo relativo a las prestaciones sociales comunes u ordinarias, esta Sala no advierte dificultad para su condena y liquidación, pues están establecidas en las normas especiales que rigen dicha situación y su pago está a cargo del empleador, sin embargo, tratándose de las prestaciones compartidas y aquellas que cumplen un fin social, la situación debe ser analizada con otros criterios dependiendo del sujeto activo que efectúa la cotización. En efecto, en nuestro ordenamiento jurídico las prestaciones sociales referentes a pensión y salud son cubiertas por las partes que integran la relación laboral, así por ejemplo, en materia pensional durante la ejecución del último contrato de la actora, se destinaba el equivalente al 10% de la tasa de cotización, monto cubierto por el empleador con un 75% y el trabajador con un 25% (artículo 20 de Ley 100 1993 sin sus modificaciones posteriores), y en materia de salud la base de cotización de las personas vinculadas mediante contrato de trabajo o como servidores públicos, afiliados obligatorios al Sistema General de Seguridad Social en Salud, es la misma contemplada en el sistema general de pensiones previsto en la Ley 100 de 1993 (parágrafo primero art. 204 de la Ley 100 de 1993). Por tanto, la reparación del daño en el sub-lite no podrá ser la totalidad de dichos montos, sino la cuota parte que la entidad demandada no trasladó al respectivo Fondo de Pensiones o Empresa Prestadora de

en aplicación del principio de indemnización integral del daño (Ley 446/98, art. 16), la corporación reconoció como perjuicio indemnizable el no haber podido disfrutar de los beneficios de la caja de compensación familiar a la que hubiese estado afiliado el trabajador vinculado laboralmente, por lo que condenó a la entidad a pagarle los dineros que esta hubiese debido cancelar a la caja por su trabajador<sup>86</sup>.

\* \* \*

Los distintos interrogantes aquí planteados ponen de presente algunas dificultades del contrato administrativo de prestación de servicios y sus perspectivas contemporáneas. El objeto específico del contrato de prestación de servicios sigue siendo un terreno incierto y materializa una de las dificultades mayores del derecho administrativo: la definición de la esencia misma de esta disciplina jurídica, en torno a la función administrativa.

El contrato de prestación de servicios vincula al contratista con la función administrativa, pero esta noción está en crisis, una vez más. Concebirla como sinónimo de prerrogativas de poder público, como lo hace la jurisprudencia reciente, tiende a restringir el campo del contrato de prestación de servicios, por cuanto el vínculo del objeto de este con la función administrativa tan solo podrá ser indirecto. La jurisprudencia no ve con buenos ojos que el prestador de servicios a la administración asuma directamente actos de autoridad. No obstante, los numerosos ejemplos de contratos de prestación de servicios ponen de presente que la noción jurisprudencial es reduccionista, al revivir la

---

Salud, debiéndose pagar a la actora quien finalmente tenía la obligación de efectuar dichos aportes como contratista o trabajadora independiente (artículos 15 y 157 de la Ley 100 de 1993)". En igual sentido, sec. II.B, sent. 01/07/09, exp. 1106-08.

86 CE, sec. II, sent. 19/02/09, exp. 3074-05, cit.

antigua distinción entre actos de poder y actos de gestión, abandonada hace tiempo por la evolución de la disciplina administrativa.

Y, desde otro punto de vista, la subordinación del contratista, que reduce también el campo del contrato de prestación de servicios, así como el carácter excepcional, frente a servicios prestados o que deben ser prestados por servidores públicos, comprenden sin embargo una gran tensión: de un lado, la lucha por restringir y sancionar las nóminas paralelas para dar primacía al principio constitucional del contrato realidad y, de otro lado, la práctica generalizada de la contratación de servicios, que constituye una realidad y tendencia del modelo contemporáneo de gestión. Frente a la tensión, la jurisprudencia administrativa se muestra ambivalente, pese a tendencias progresistas que se vislumbran recientemente, en protección de las relaciones laborales.

## 9. ADICIÓN DE CONTRATOS PÚBLICOS

La caracterización general de las adiciones a los contratos estatales no es tarea fácil. Por una parte, el Estatuto contractual actual tan solo contiene la expresión general del texto transcrito, lo que contrasta con la caracterización de los contratos adicionales que habían realizado los antiguos estatutos contractuales, esto es, los decretos 222/83 y 150/76. Por otra parte, la jurisprudencia y la doctrina oficial del Consejo de Estado no han sido uniformes y nítidas en la caracterización de las figuras jurídicas vinculadas.

Estas dificultades superpuestas hacen necesario realizar el alcance de distintas nociones cercanas a la luz de la jurisprudencia y la doctrina oficial administrativas. Aunque estas nociones estuvieron vinculadas de manera indisoluble al régimen de contratación de los estatutos de 1983 y 1976, hoy derogados por la Ley 80/93, ellas permiten dilucidar la caracterización y las líneas directrices esenciales que orientan el sentido y alcance de la *adición de contratos*, contenida en el párrafo del artículo 40 del Estatuto contractual vigente.

### I. ADICIONES EN LOS DECRETOS 150/76 Y 222/83

Referirse a regímenes derogados de contratación podría parecer impertinente en la actualidad, frente a contratos que no se rigen por estos decretos-ley. Sin embargo, ello se justifica plenamente por cuanto el Consejo de Estado ha enunciado la caracterización de las adiciones de contratos

con referencia a nociones existentes y definidas en los regímenes derogados, utilizando esta caracterización incluso después de la vigencia de la Ley 80/93, cuyo texto contiene tan solo la noción genérica de *adición* de contratos: “Los contratos no podrán adicionarse en más del cincuenta por ciento (50%) de su valor inicial, expresado éste en salarios mínimos legales mensuales”.

Las adiciones de los contratos administrativos en los decretos derogados permitieron identificar diferentes modalidades que se podrían catalogar de especies, dentro del género de las modificaciones que las partes podían introducir a los contratos suscritos. Los textos de los estatutos contractuales introdujeron, además, restricciones importantes para su aplicación.

## A. Modalidades

Los estatutos contractuales permiten identificar modalidades de modificación de los contratos. Pero los textos legales no bastan para entender su caracterización, en la medida en que la jurisprudencia y, sobre todo, la doctrina oficial de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado se encargaron de fijar el contenido de estas normas introduciendo incluso modificaciones, con relación a lo previsto por el legislador extraordinario (dctos. 150/76 y 222/83).

### 1. *Los textos legales*

El artículo 4.º de la Ley 36/66 permitía ya la modificación de los contratos bajo la modalidad de adición de los mismos, referida tanto a su plazo como a su valor, en los siguientes términos:

Artículo 4.º En todo contrato deberán precisarse el objeto, la cuantía o valor, y el plazo para la ejecución completa de la obra o estudio. Cuando por reajuste de precios, cambio de

especificaciones y otras causas imprevistas, haya necesidad de modificar el valor o el plazo, el Gobierno y las demás entidades de que trata la Ley 4.<sup>a</sup> de 1964, celebrarán el contrato adicional, que quedará perfeccionado con la firma del Gobierno y de la entidad contratante, y para su ejecución no requerirá más formalidades que el pago de impuestos de timbre y el certificado de Reserva de Fondos de la Contraloría Nacional, si su cuantía lo exigiere. Las adiciones no excederán de una mitad de la cuantía primitiva del contrato.

Parágrafo. Este precepto se aplicará a los contratos vigentes en el momento en que empiece a regir la presente Ley.

Más tarde, el artículo 45 del Decreto 150/76 contempló una regulación específica para los contratos adicionales:

Artículo 45. *De los contratos adicionales.* Cuando por circunstancias especiales haya necesidad de modificar el plazo o el valor convenidos, y no se trate del reajuste de precios previsto en este estatuto, la entidad interesada suscribirá un contrato adicional que no podrá exceder la mitad de la cuantía originalmente pactada más los reajustes que se hubieren efectuado. Las adiciones relacionadas con el valor quedarán perfeccionadas con la firma del jefe de la entidad contratante, previo registro presupuestal, adición y prórroga de las garantías otorgadas y pago de los impuestos correspondientes. Las relacionadas con el plazo sólo requerirán firma del jefe de la entidad contratante y prórroga de las garantías.

Los contratos de estudio e interventoría previstos en los numerales 1.<sup>o</sup>) y 3.<sup>o</sup>) del artículo 68 de este decreto podrán adicionarse sin el límite fijado en el presente artículo, sin que en ningún caso pueda de esta manera cambiarse su objeto.

Todas las adiciones deberán ser publicadas en el Diario Oficial.

Finalmente, el artículo 58 del Decreto 222/83 consignó una regulación más significativa de los contratos adicionales:

Artículo 58. *De los contratos adicionales.* Salvo lo dispuesto en el título IV, cuando haya necesidad de modificar el plazo o el valor convenido y no se tratare de la revisión de precios prevista en este estatuto, se suscribirá un contrato adicional que no podrá exceder la cifra resultante de sumar la mitad de la cuantía originalmente pactada más el valor de los reajustes que se hubieren efectuado a la fecha de acordarse la suscripción del contrato adicional.

Las adiciones relacionadas con el valor quedarán perfeccionadas una vez suscrito el contrato y efectuado el registro presupuestal. Las relacionadas con el plazo sólo requerirán la firma del jefe de la entidad contratante y prórroga de las garantías.

Serán requisitos para que pueda iniciarse la ejecución del contrato, la adición, y prórroga de las garantías y el pago de los impuestos correspondientes.

Los contratos de interventoría, administración delegada, y consultoría previstos en este estatuto, podrán adicionarse sin el límite fijado en el presente artículo 90.

Las adiciones deberán publicarse en el Diario Oficial.

En ningún caso podrá modificarse el objeto de los contratos, ni prorrogarse su plazo si estuviera vencido, so pretexto de la celebración de contratos adicionales, ni pactarse prórrogas automáticas.

Parágrafo. Los contratos de empréstito distintos a los créditos de proveedores, no se someterán a lo dispuesto en este artículo.

Estos textos son indicativos de una evolución en la normatividad, que se ocupó de precisar, de manera creciente, el alcance de los contratos adicionales. Como puede apreciarse, ninguno define, concretamente, lo que ha de entenderse por los contratos adicionales. No obstante, desde la Ley 36 / 66 se establece el origen de los contratos adicionales y su objeto,



esto es, que ellos se suscriben cuando haya necesidad de modificar el plazo o el valor inicialmente previstos.

Se puede así afirmar que un primer elemento común de los contratos adicionales, surgido de la regulación legal, es su objeto particular, restringido a la alteración del plazo de los contratos o de su valor.

Como se ha transcrito, la Ley 36/66 contemplaba la justificación de estos cambios en la necesidad de hacer *reajustes de precios* o bien en la necesidad de introducir *cambios a las especificaciones*, lo que sugiere cambios técnicos de las prestaciones contempladas. El artículo previó además una causa amplia general, por cuanto también contempló la posibilidad de los contratos adicionales por diversas causas, a condición de que ellas fueran imprevistas.

Esta concreción del objeto de los contratos adicionales circunscrita a la modificación del plazo o del valor de los mismos fue conservada por los estatutos de los decretos 150/76 y 222/83, como se puede apreciar en las transcripciones realizadas.

Por otra parte, también es elemento común de los distintos regímenes el que todos ellos previeron la suscripción de negocios jurídicos. Los textos indican que se trata de *contratos*. Aunque estos contratos sean adicionales, son verdaderos negocios jurídicos. La jurisprudencia precisamente se ocupó luego de resaltar esta característica, aunque no ha sido uniforme a la hora de establecer el grado de autonomía del contrato adicional frente al contrato principal y las consecuencias que se derivan.

No obstante, es importante resaltar que, en cualquier caso, se trata de un negocio jurídico, un acuerdo de voluntades entre las partes, que introduce novedades al contrato original. El punto es significativo frente a algunas modificaciones del contrato que no fueron consideradas contratos adicionales por los textos o por Consejo de Estado por constituir una consecuencia inherente a las condiciones previstas por las partes, como sucede con los reajustes de precios o las obras

adicionales, sobre las que volveremos más adelante. Desde el punto de vista normativo, esta condición dio origen a clarificaciones por parte del legislador extraordinario, tanto en 1976 como en 1983.

En efecto, el artículo 45 del Decreto 150/76 restringió el alcance posible de los contratos adicionales al excluir de ellos *el reajuste de precios*, en la medida en que el mismo estatuto previó la posibilidad de pactar fórmulas de reajuste del valor original del contrato para compensar la variación de los productos comerciales (art. 106). El artículo 133 del Decreto 222/83 conservó esta previsión, que se vio ratificada por el artículo 4.8 de la Ley 80/93, cuando consagra como deber de las entidades estatales el utilizar *mecanismos de ajuste y revisión de precios para mantener durante el desarrollo del contrato las condiciones económicas al momento de proponer*. Esta disposición se complementa con el artículo 5.º de la misma ley, el que prescribe en su numeral 1.º el derecho del contratista a que el *valor intrínseco de la remuneración pactada no se altere durante la vigencia del contrato*. Estos mecanismos no buscan una modificación del contrato, como es propio de los contratos adicionales, sino su preservación en las condiciones iniciales, frente a las fluctuaciones que pueden tener los valores de los insumos del objeto contractual. El advenimiento de estas fluctuaciones no produce así modificaciones del pacto inicial sino la aplicación de los mecanismos contractuales que las compensan.

Por otra parte, el Decreto 222/83 también excluyó de los contratos adicionales la alteración de las condiciones iniciales pactadas por medios distintos del acuerdo entre las partes. La alusión al título IV, que hace el artículo 58, comporta excluir de los contratos adicionales el ejercicio de los distintos poderes exorbitantes de la administración, a través de los cuales puede introducir modificaciones, interpretaciones e incluso la terminación unilateral del contrato. La Ley 80/93 también preservaría esta concepción, al prescribir que la entidad estatal, luego de intentar un

acuerdo con el contratista (que sí daría lugar a un contrato adicional), puede imponer la modificación del contrato, su interpretación o terminación a través de acto administrativo unilateral (arts. 14 y 16). Por contraste, esta exclusión de los actos unilaterales ratifica que los contratos adicionales comportan, necesariamente, la suscripción de un negocio jurídico acordado por las partes.

Finalmente, la evolución legislativa también excluyó los eventos ajenos a las partes, que alteran el equilibrio financiero del contrato. Como se puede ver en la transcripción del artículo 4.º de la Ley 36/66, realizada antes, originalmente se previó la posibilidad de contratos adicionales, de manera general, para contrarrestar *otras causas imprevistas*, distintas del reajuste de precios y del cambio de las especificaciones contractuales. En este sentido, la jurisprudencia había ratificado la pertinencia del contrato adicional en casos de imprevisión<sup>1</sup>, pero la necesidad de suscribir un acuerdo de voluntades y el respeto de las reglas presupuestales fueron diferenciando el contrato adicional de las soluciones a la imprevisión. En efecto, desde la Ley 36/66 el legislador exigió la *reserva de fondos* para la ejecución del contrato adicional. Por su parte, los decretos 150/76 y 222/83 subordinaron el perfeccionamiento de los contratos adicionales a su *registro presupuestal*, y exigieron para su ejecución la ampliación de garantías y el pago de los impuestos correspondientes.

Estas exigencias de perfeccionamiento y ejecución ratifican, por una parte, que se estaba frente a un negocio jurídico cuyo nacimiento estaba condicionado al cumplimiento de formalidades y, por otra parte, que el contrato adicional es, como la mayoría de contratos, un instrumento de previsión y regulación de una relación futura. Por consiguiente, si el perfeccionamiento de estos acuerdos exige la existencia de disponibilidades presupuestales y la realización del registro

---

1 CE, sec. III, sent. 18/06/79, sin número.

presupuestal, se impone concluir que los gastos sufragados con el contrato adicional serán futuros, lo que restringe la pertinencia de los contratos adicionales para solucionar situaciones de imprevisión que generan una mayor onerosidad del contrato sin que las partes hayan convenido previamente asumirla.

En este sentido, la Ley 80/93 prevé que las partes deben *restablecer* la ecuación original del contrato mediante la *adopción de las medidas necesarias*, para lo cual han de *suscribir los acuerdos y pactos necesarios sobre cuantías, condiciones y forma de pago de gastos adicionales* (art. 27). A diferencia de los contratos adicionales que, como hemos visto, exigían las previsiones presupuestales para su perfeccionamiento, en estos eventos de alteración sobreviniente de la ecuación contractual inicial el mismo artículo prevé utilizar las *apropiaciones presupuestales globales* que deben incluir las entidades en sus presupuestos anuales para hacer frente a los costos contractuales imprevistos (art. 25.14) y, si ello no es suficiente, las entidades deben *adoptar las medidas necesarias para asegurar la efectividad de los pagos en la misma vigencia fiscal o la siguiente*. En esta misma línea, el Estatuto contractual de 1993 también contempló que en el acuerdo para la liquidación final del contrato las partes deben *incluir los ajustes, revisiones y reconocimientos a que haya lugar, y, en general, los acuerdos, conciliaciones y transacciones a que llegaren las partes para poner fin a las divergencias presentadas y poder declararse a paz y salvo* (art. 60). Por ello, el Consejo de Estado ha considerado que la liquidación final del contrato no constituye una adición a este, aun cuando reconozca mayores prestaciones realizadas y, por consiguiente, no requiere disponibilidad presupuestal<sup>2</sup>. Así mismo, esta

---

2 CE, sec. III, sent. 11/12/03, exp. 24342.

no es necesaria para sufragar gastos imprevistos<sup>3</sup> y no constituye requisito previo de las conciliaciones<sup>4</sup>.

## 2. La interpretación del Consejo de Estado

La evolución normativa frente al contrato adicional anterior a la Ley 80/93 permitía establecer su caracterización como instrumento jurídico pertinente para introducir cambios a las condiciones originales del contrato que, acordados por las partes, exigían la realización previa de las adiciones presupuestales correspondientes.

No obstante, la ausencia de definición explícita de los contratos adicionales auspició que el Consejo de Estado realizara restricciones a su caracterización hasta el punto de *corregir* las disposiciones del legislador. La Sala de Consulta y Servicio Civil consideró en 1990 que solo era pertinente denominar contratos adicionales a los que implicaban un cambio radical a las disposiciones originalmente previstas por las partes. Por el contrario, las reformas menores no constituían verdaderos contratos adicionales:

De la lectura de esta norma se deduce claramente que el legislador extraordinario denominó equivocadamente contratos adicionales a las modificaciones del plazo y del valor de los contratos administrativos, pues estas son simples reformas que no implican cambio radical en el contrato.

Sólo cuando se hace necesario reformar el objeto del contrato se está frente a la celebración de verdaderos contratos adicionales, porque ello implica una modificación fundamental del convenio inicial. Por lo mismo, debe entenderse que cuando la norma se refiere a la celebración de un contrato adicional por

---

3 CE, sec. III, sent. 26/09/02, exp. AP. 537.

4 CE, sec. III, auto 18/07/02, exp. 22178.

modificación del plazo o del valor se está frente a una mera reforma del contrato<sup>5</sup>.

Esta doctrina administrativa resultaba particular y extralimitaba las competencias de interpretación de la Sala de Consulta, por cuanto conllevaba la modificación de la previsión legal que prescribía, de manera expresa, lo que el Consejo de Estado criticaba. En efecto, como se ha visto, el Decreto 222/83 no solo preveía que los contratos adicionales eran pertinentes para la modificación del plazo y el valor sino, además, que a través de ellos “en ningún caso podr[ía] modificarse el objeto de los contratos”, lo que, precisamente, sería la característica distintiva de los contratos adicionales, según la doctrina transcrita del Consejo de Estado. No obstante, la doctrina oficial ratificó esta concepción en varias oportunidades<sup>6</sup>, lo que tendría consecuencias significativas. La concepción introducía una clasificación no prevista por el legislador entre *contrato adicional* y *adición de contrato*. Aquel fue concebido como un nuevo contrato, mientras esta es una modificación de un contrato en ejecución<sup>7</sup>.

La concepción de la Sala de Consulta y Servicio Civil introducía una característica complementaria al contrato adicional al afirmar un elemento *cualitativo* de la modificación del objeto contractual, que lo distinguiría de la simple adición. Esta condición tendría relevancia importante sobre la concepción de las restricciones normativas previstas para los contratos adicionales, como veremos en el acápite siguiente.

---

5 CE, Sala de Consulta y Servicio Civil, conc. 15/03/90, exp. 350.

6 CE, Sala de Consulta y Servicio Civil, conc. 17/05/94, exp. 601; conc. 26/08/98, exp. 1121; conc. 18/07/02, exp. 1439; conc. 17/05/94, exp. 601.

7 CE, Sala de Consulta y Servicio Civil, conc. 17/05/94, exp. 601.

## B. Restricciones normativas

Como hemos resaltado, los decretos 150/76 y 222/83 previeron expresamente que mediante los contratos adicionales no podría cambiarse el objeto contractual. A esta restricción se sumaba la ya prevista en la Ley 36/66, referida al límite cuantitativo de las posibles modificaciones: los contratos adicionales no podrían superar el 50% de su valor inicial. La distinción entre contrato adicional y adición de contrato, introducida por la doctrina oficial del Consejo de Estado, tendría consecuencias significativas sobre la caracterización de estas dos restricciones legislativas.

### 1. Prohibición de modificar el objeto contractual

La caracterización normativa de los contratos adicionales en los decretos 150/76 y 222/83 tenía una ambivalencia significativa. Como hemos visto, los contratos estaban previstos frente a la necesidad de modificar el plazo o el valor originalmente establecidos. Pero, al mismo tiempo, se prohibía la modificación del objeto contractual. ¿Podría concebirse que las modificaciones referidas al valor del contrato o al plazo establecido no afectaran el objeto contractual original?

La caracterización cualitativa formulada por el Consejo de Estado comportó, por el contrario, que los contratos adicionales debían, necesariamente, modificar el objeto contractual, en la medida en que los cambios menores se consideraron simples *adiciones*, como hemos visto. La doctrina y la jurisprudencia posteriores a la Ley 80/93 haría una fusión entre la *adición de contratos* a los *contratos adicionales*, con las características de estos últimos, que la misma doctrina oficial había enunciado.

Es preciso, entonces, entender que solamente habrá verdadera '*adición*' a un contrato cuando se agrega al alcance físico inicial del contrato algo nuevo [...] [E] concepto legal de 'contrato

adicional' [...] está reservado a aquellos eventos en que se introducen modificaciones o *adiciones* al contrato mismo, a su objeto, y de allí resulta un mayor valor de ejecución<sup>8</sup>. (Resaltados fuera de texto.)

Por su parte, la sección III asimiló la *adición del contrato* a los contratos adicionales:

... no puede confundirse como lo ha sostenido en varias oportunidades la Sala, la *adición del contrato* a través de la añadidura de obras que no forman parte del objeto contractual inicialmente convenido, de las *simples modificaciones a las cantidades de obra ejecutadas en un contrato pactado a precios unitarios* las cuales fueron contratadas pero su estimativo inicial sobrepasó los cálculos efectuados inicialmente durante la ejecución del contrato<sup>9</sup>. (Resaltado fuera de texto.)

Bajo esta concepción, el Consejo de Estado concibió de manera amplia la intangibilidad del objeto contractual. La prohibición de modificar el objeto contractual significaba así no cambiar la esencia general del contrato. Teniendo siempre como telón de fondo el Concepto n.º 350 de 1990 relacionado, según el cual el verdadero contrato adicional exigía "reformular el objeto del contrato", la prohibición de *modificarlo*, contenida en los estatutos contractuales, se entendió como una prohibición de cambiarlo por completo, sin analizar, de manera concreta, las implicaciones de cambios substanciales. Así, el Consejo de Estado observó que en los contratos de obra "no puede olvidarse que la obligación del contratista es de resultado, con una finalidad comprensiva: '*Las obras necesarias para la construcción de la carretera X*'"<sup>10</sup>.

---

8 CE, Sala de Consulta y Servicio Civil, conc. 18/07/02, exp. 1439.

9 CE, sec. III, sent. 15/07/04, exp. 1164 (AP). En igual sentido, sec. III, auto 18/07/02, exp. 22178.

10 CE sec. III, sent. 06/08/87, exp. 3886.



## 2. Límite del 50% del valor original del contrato

La concepción genérica de la conservación del objeto contractual establecida por la jurisprudencia fue particularmente significativa en los contratos a precios unitarios. Hemos expuesto ya cómo todos los estatutos contractuales, comenzando por la Ley 36/66 y hasta la Ley 80/93, establecen como límite cuantitativo de los contratos adicionales el 50% del valor del contrato inicial. Haciendo la distinción entre contrato adicional y adición a contratos, y resaltando las características del contrato a precios unitarios, como forma de pago de los contratos, en particular de las obras públicas, el Consejo de Estado consideró que esta limitación no se aplicaba a las simples adiciones de las unidades previstas originalmente. En este sentido, la sección III de la corporación explicó:

La mayor cantidad de obra que resulte por encima del estimativo inicial en los contratos de obras celebrados a precios unitarios, no implica, en principio, en forma alguna cambio de objeto ni cambio en su valor, porque en este tipo de contrato sólo podrá hablarse de este último cambio, cuando la modificación se hace en alguno o algunos de los precios unitarios convenidos. Sucede en esto algo diferente a lo que se observa en los contratos a precio alzado, en los que la variación en su valor tiene en cuenta el valor global del mismo<sup>11</sup>.

El Consejo de Estado recordaba en esta sentencia la noción de esta forma de pago en el Decreto 150/76 al prescribir en su artículo 78:

... En estos contratos se pacta el precio por unidades o cantidades de obra y su valor total es la suma de los productos que resulten de multiplicar las cantidades de obra ejecutadas

---

11 Ibid.

por el precio de cada una de ellas, dentro de los límites que el mismo convenio fije...

Por consiguiente, continuaba la corporación,

La norma merece una reflexión adicional. Existen eventos en los que pueden determinarse con una gran precisión las unidades o cantidades de obra que se van a ejecutar; pero existen otros, como sucedió en el caso *sub judice*, en los que el estimativo hecho de los distintos ítems apenas es aproximado y para fines más que todo fiscales, y donde es fácil que se queden ítems sin indicar y obviamente sin valorar.

Más recientemente, ya bajo la vigencia de la Ley 80/93, el Consejo de Estado explicó cómo en la adición de unidades no había modificación alguna del contrato por cuanto esta eventualidad está contemplada desde el inicio del contrato y es inherente a esta modalidad de forma de pago.

... en los contratos de obra suscritos a precios unitarios, la mayor cantidad de obra ejecutada supone que ésta fue contratada pero que su estimativo inicial fue sobrepasado durante la ejecución del contrato, surgiendo así una “prolongación de la prestación debida”<sup>12</sup>, “sin que ello implique modificación alguna al objeto contractual”<sup>13</sup>.

[...]

En cambio, la realización de obras adicionales supone que éstas no fueron parte del objeto del contrato principal, y por lo tanto implican una variación del mismo; se trata entonces de obras nuevas, distintas de las contratadas, o de ítems no previstos, pero que su ejecución, en determinadas circunstancias resulta necesaria<sup>14</sup>.

---

12 La nota original de la providencia cita la sent. 31/08/99, exp. 12849.

13 El auto también cita sent. 06/08/87, exp. 3886.

14 CE, sec. III, auto 18/07/02, exp. 22178.

Más aún, la doctrina de la Sala de Consulta y Servicio Civil de la corporación consideró que los contratos a precios unitarios tenían un precio indeterminado, aunque determinable al final del contrato:

Por el contrario, en los contratos a precio indeterminado pero determinable por el procedimiento establecido en el mismo contrato (precios unitarios, administración delegada o reembolso de gastos), la cláusula del valor en el mismo, apenas sirve como indicativo de un monto estimado hecho por las partes, pero no tiene valor vinculante u obligacional, pues el verdadero valor del contrato se establecerá una vez se concluya su objeto. En estos eventos, tal cláusula sólo cumple la función de realizar un cálculo estimado del costo probable, esto es, ese estimativo necesario para elaborar presupuesto o para efectos fiscales; pero el valor real del contrato que genera obligaciones mutuas sólo se determinará cuando se ejecute la obra y, aplicando el procedimiento establecido, se establezca tal costo<sup>15</sup>.

Incluso en alguna ocasión la sección III afirmó que los nuevos ítems no necesitaban un contrato adicional:

Ante ítems no contemplados en 'la relación de ítems, cantidades y precios del contrato' (423-491), la solución no estaba en celebrar otro convenio sino en acordar, con la aprobación del Director del Fondo Nacional de Caminos Vecinales los precios unitarios de los nuevos ítems y levantar un acto suscrito por el interventor de la obra y el contratante inicial<sup>16</sup>.

Aunque esta fue una posición aislada, en la medida en que la jurisprudencia y la doctrina oficial afirmaron reiteradamente que los nuevos ítems, así como la modificación de los precios unitarios, sí necesitaban contrato adicional por cuanto cambian las condiciones originales previstas en el

---

15 CE, Sala de Consulta y Servicio Civil, conc. 18/07/02, exp. 1439.

16 CE, sec. III, sent. 18/06/79, sin número.

contrato inicial, se consolidó la idea según la cual en los contratos a precios unitarios la valoración inicial del costo del contrato era formal y accesoria. El objeto del contrato era la realización total de la obra, sin importar su valor final y sin que fuera determinante o relevante el valor inicialmente previsto. Así, el concepto referido de 2002 hacía la siguiente reflexión:

Entender que la obligación contractual sólo existe hasta concurrencia del valor indicado en la cláusula de valor (estimado) en contratos a precios unitarios o por administración delegada o de reembolso de gastos y pretender que la ejecución de obras por mayor valor requiera de la suscripción de contratos adicionales, implicaría, necesariamente, que habiéndose agotado el monto señalado como valor del contrato en ejecutar las cantidades de obra para las cuales alcanzaba, ambas partes habrían cumplido con el contrato y que no podría ser obligado el contratista a terminar la obra faltante, puesto que estaría sujeto a que se firmara un nuevo contrato adicional, esto es, a que haya un acuerdo de voluntades para suscribirlo.

[...]

En estas condiciones es lógico concluir que las obligaciones nacidas del contrato son todas y que la obligación recíproca es hasta la conclusión del *objeto contractual*, sin que puedan entenderse limitadas o disminuidas esas obligaciones en razón de una cláusula de valor que no hace cosa distinta de señalar un “*estimativo*” del mismo, pero en la cual, por el mismo sistema de contratación, lo que se está advirtiendo es que puede cambiar<sup>17</sup>. (Resaltados originales.)

---

17 CE, Sala de Consulta y Servicio Civil, conc. 18/07/02, exp. 1439.

## II. ORIENTACIONES ACTUALES SOBRE LA ADICIÓN DE CONTRATOS

La anterior caracterización del contrato adicional condensa la posición de la jurisprudencia con referentes anteriores a la Ley 80/93. Aunque no podamos afirmarla como línea jurisprudencial completamente definida, lo que es común en materia contractual, la tendencia mayoritaria del Consejo de Estado permite enunciar la delimitación realizada sobre el contrato adicional con fundamento en sus elementos establecidos en los estatutos contractuales de 1976 y 1983, sabiendo, como lo hemos expuesto, que ninguno de estos definió su noción. De hecho, el Consejo de Estado admitía en el año 2010 que no había unanimidad sobre la noción, en la medida en que el contrato adicional no está legalmente definido<sup>18</sup>.

Esta concepción, fundada en los textos hoy derogados, ha sufrido una modificación importante en la decantación de la jurisprudencia sobre el texto de la Ley 80/93 que, como sabemos, tan solo se refiere genéricamente a la *adición de contratos* (art. 40, par.).

Es cierto que algunos conceptos y sentencias continúan haciendo la distinción entre contrato adicional y la simple adición de mayores cantidades de obra, para las cuales es suficiente realizar los respectivos traslados presupuestales y consignarlas en simples actas de obra, fundándose en las concepciones descritas, en particular por el concepto de 2002, antes referenciado<sup>19</sup>. Sin embargo, hay una clara tendencia a la caracterización particular de la figura de la adición de contrato a partir del texto general de la Ley 80/93, como se puede apreciar en el siguiente concepto de 1998, que parte

---

18 CE, sec. III, sent. 04/02/10, exp. 16022.

19 CE, Sala de Consulta y Servicio Civil, conc. 18/07/02, exp. 1439; conc. 09/09/08, exp. 1920; sec. III, sent. 04/02/10, exp. 16022 y sent. 25/08/11, exp. 14461.

del emblemático de 1990, resaltado antes, para marcar la situación distinta después de la Ley 80/93:

De lo expuesto se colige que son diferentes el contrato adicional y la adición de contratos. Aquel es un nuevo contrato, mientras ésta es una modificación de un contrato en ejecución.

La ley 80 de 1993 abandonó el concepto de contrato adicional e introdujo el de “adición de los contratos”, sin especificar los elementos sobre los cuales puede hacerse la adición, mantuvo sí un límite: no más del cincuenta por ciento (50%) de su valor inicial, expresado éste en salarios mínimos legales mensuales.

[....]

Por tanto, la adición del contrato debe entenderse como un agregado a las cláusulas del mismo. Es un instrumento apropiado para resolver las situaciones que se presentan cuando en desarrollo de un contrato se establece la necesidad de incluir elementos no previstos expresamente en el pliego de la licitación y por ende excluidos del contrato celebrado, pero que están ligados a éste y resultan indispensables para cumplir la finalidad que con él se pretende satisfacer. En estos casos, puede acudirse a una adición del contrato inicial con las limitaciones previstas en la ley<sup>20</sup>.

Esta noción parece más acorde con la previsión general del Estatuto de contratación actual. De ella se pueden deducir algunos aspectos que han sido ratificados por la jurisprudencia que revisó, aunque no de manera explícita, la división esencial entre contrato adicional y adición de contrato, considerando que en todo caso hay límites cuantitativos y cualitativos que finalmente determinan el sentido de la prohibición general de modificar el objeto contractual.

---

20 CE, Sala de Consulta y Servicio Civil, conc. 26/08/98, exp. 1121.

## **A. Revisión de la concepción sobre las mayores cantidades de obra**

La concepción de las mayores cantidades de obra, como expresión del contrato original sin valor determinado, aunque determinable, dio lugar a la ampliación ilimitada de estos contratos. El análisis de los casos en los que el Consejo de Estado aplicó esta noción permite constatar el aval jurisprudencial de situaciones chocantes. Así, una de las sentencias más citadas (sent. 06/08/87, exp. 3886) legitimó la ampliación del valor del contrato en un 154,5% respecto de su valor original. Pese al substancial aumento de cantidades de obra el Consejo de Estado consideró que en este caso no había modificación ni de su valor ni de su objeto:

No se varió su objeto por cuanto éste siguió siendo el mismo [las obras necesarias para el resellamiento de 20 kms en la vía Bucaramanga-Barrancabermeja y la reconstrucción de otros 19], ya que solo se aumentó la cantidad de obra a ejecutar estimada fiscalmente en el contrato principal y se indicaron otras para su necesaria ejecución con sus precios unitarios correspondientes.

No obstante, cabe preguntarse si una obra que cuesta un 154.5% más de lo originalmente calculado es realmente la misma obra contratada inicialmente.

En sentido similar, el Consejo de Estado consideró normal doblar el objeto contractual de una consultoría contratada para diseñar 8.500 mts<sup>2</sup> para una obra futura, que finalmente se extendió al diseño de 16.635 mts<sup>2</sup>, lo que significó más del doble del valor original del contrato. La sentencia se limita a observar:

... el incremento relacionado con mayor cantidad de obra, según jurisprudencia de esta Corporación no requiere celebración de contrato adicional [...]

[...]

[...] el área de 8.500 m<sup>2</sup> proyectados inicialmente era aproximada y el valor de \$11'132.138,79 consecucionalmente era estimado, habiendo quedado establecido que el valor definitivo se liquidaría de acuerdo con las áreas definitivas y no se señaló un límite para la aproximación y se trata de un contrato de consultaría en que se pactaron honorarios por metro cuadrado de construcción<sup>21</sup>.

[El contrato realmente ejecutado costó \$24.128.094,73.]

En otra ocasión el Consejo de Estado consideró que la variación del sitio de una subestación eléctrica no constituía modificación del objeto contractual (sec. III, sent. 14/02/02, exp. 12924).

Aun cuando estas decisiones validaban jurídicamente las importantes adiciones, no dejaban de señalar las falencias de planeación implícitas. La emblemática sentencia de 1987, varias veces referida<sup>22</sup>, advertía que “el manejo de este tipo de contrato [a precios unitarios] debe ser especialmente cuidadoso para la administración, porque el valor final no tiene las limitaciones cuantitativas que se contemplan para los adicionales”. Igualmente, el concepto de 2002, que también hemos analizado<sup>23</sup>, indicaba que la ampliación sin límite de las cantidades de obra para lograr el objeto previsto no dejaba de cuestionar disciplinariamente los errores de planeación en la concepción del contrato.

En el año 2003, la sección III del Consejo de Estado fue más allá, al recoger estas concepciones tradicionales. Con ocasión de la aplicación de la Ley 104/93, que estableció el llamado impuesto de guerra por la suscripción de contra-

---

21 CE, sec. III, sent. 11/10/90, exp. 5753.

22 CE, sec. III, sent. 06/08/87, exp. 3886.

23 CE, Sala de Consulta y Servicio Civil, conc. 18/07/02, exp. 1439.



tos “para adicionar el valor de los existentes” (art. 123), los contratistas demandaron a la entidad contratante, fundados en la indebida aplicación retroactiva de la ley, por cuanto afectaba los contratos suscritos, cuyas cantidades de obra habían sido aumentadas con posterioridad a su vigencia. No siendo contratos adicionales sino simples adiciones contractuales, según la nutrida jurisprudencia y doctrina que hemos visto, las mayores cantidades de obra adicionadas a los contratos debían regirse por la ley vigente al momento de su suscripción y, por consiguiente, el nuevo impuesto no podía gravarlos.

El Consejo de Estado no les dio razón, al estimar que las mayores cantidades de obra comportaban verdaderos contratos adicionales, por cuanto modificaban el valor del contrato. Después de transcribir el artículo 58 del Decreto 222/83 sobre el contrato adicional, que hemos visto, consideró:

De acuerdo con los términos de la anterior estipulación, los contratos adicionales contemplados en el Decreto Ley 222 de 1983, procedían siempre que hubiera necesidad de prorrogar el plazo o modificar el valor convenido, sin que la norma se hubiera ocupado de determinar las razones de tal modificación y exceptuando tan solo los casos en los cuales se realizara una revisión de los precios pactados, estableciendo la prohibición tajante de modificar el objeto del contrato, lo cual desvirtúa lo afirmado por el apelante en el sentido de que los contratos adicionales están reservados “... a aquellos eventos en que se introducen modificaciones o adiciones al contrato mismo, a su objeto...”.

El anterior Estatuto contractual de las entidades estatales, Decreto Ley 222 de 1983, no se ocupó de definir qué debía entenderse por contrato adicional, lo que dio lugar a múltiples interpretaciones sobre su naturaleza y procedencia, a pesar de la claridad de la norma que en el anterior régimen hablaba de su celebración, cuando fuera necesario el aumento del plazo o

del valor del principal; así, se ha sostenido por ejemplo, que cuando se trata de contratos de obra a precios unitarios, la mayor cantidad de obra que resulte respecto de la calculada inicialmente para la correcta ejecución del objeto contractual –y que en consecuencia requiere de mayores recursos para pagar el valor real de la obra–, no hace necesaria la celebración de un contrato adicional por cuanto ello no implica modificar el valor, sino que la entidad contratante debe hacer los movimientos presupuestales necesarios para el reconocimiento de esos costos.

Sin embargo, se observa que una cosa es el valor del contrato y otra cosa su forma de pago, la cual puede pactarse por precio global, por el sistema de administración delegada, por el de reembolso de gastos, por otorgamiento de concesión o por precios unitarios determinando el monto de la inversión, tal como lo disponía el artículo 82 del Decreto Ley 222 de 1983<sup>[24]</sup>.

El Consejo de Estado rechazó así el carácter formal y simplemente indicativo del presupuesto inicial de los contratos. Siendo oneroso, el contrato estatal siempre tiene valor inicial, aunque después se varíe por nuevas cantidades de obra. Aun la revisión de precios prevista por el Decreto 222/83 preveía un límite de reajustes del 100% del valor original del contrato (art. 86). Además, no podría considerarse que los contratos regidos por el Estatuto de 1983 estaban exentos del respeto de los mínimos lineamientos de planeación. Por consiguiente, pese a la variación de las cantidades de obra, los contratos a precios unitarios sí tienen un valor inicial que obedece a la estructuración y planificación que los precede. Luego, las cantidades adicionadas no pueden desvirtuar estos estudios. En fin, el Consejo de Estado recordó que la Corte Constitucional declaró exequible la expresión de “contratos de adición al valor de los existentes”, lo que

---

24 CE, sec. III, sent. 28/08/03, exp. 17554.

ratifica que se trata de verdaderos contratos adicionales, que, “si bien es cierto que se refiere[n] a un objeto predefinido entre la Administración y el contratista, tiene[n] autonomía en cuanto a la determinación de ‘plazos’ y al ‘valor’ del pago”<sup>25</sup>.

La sección III ratificaría esta concepción frente a un contrato que costó cuatro veces más de lo originalmente previsto y en el que los dos años previstos inicialmente para su ejecución se habían ampliado a once al momento de presentar la demanda ante la jurisdicción contencioso administrativa<sup>26</sup>.

La concepción de la sentencia del 28 de marzo de 2003 sería también ratificada en múltiples ocasiones posteriores (sents. 30/10/03, exp. 17213; 02/09/04, exp. 14578; 23/04/08, exp. 16591; 19/02/09, exp. 19055; 04/02/10, exp. 15400; 04/02/10, exp. 16022; 08/02/12, exp. 20344; 28/06/12, exp. 21990 y Sala Plena, sent. 04/10/05, exp. 071-01 (S)).

Aunque después de estas sentencias la sección III haya vuelto a afirmar esporádicamente la concepción antigua sobre las particularidades de las mayores cantidades de obra<sup>27</sup>, la nueva línea jurisprudencial se consolida, lo que, además, parece coherente, no solo con la concepción general de la adición de los contratos, contemplada en la Ley 80/93, sino también con el reforzamiento cada vez más enfático del principio de planeación, frente al cual parecen aberrantes las consideraciones de indefinición del objeto contractual, la designación formal de los presupuestos iniciales y la ampliación ilimitada del costo de los contratos, independientemente de la denominación técnica que se dé a su valor.

---

25 CC, sent. C-1153/08.

26 CE, sec. III, sent. 18/09/03, exp. 15119.

27 CE, sec. III, sent. 22/04/04, exp. 14292.

## B. Necesaria justificación de toda adición

Estas consideraciones llevan a concluir que toda modificación del contrato cuenta para el cómputo cuantitativo del límite tradicional de adición, ratificado hoy por el artículo 40 de la Ley 80/93. Las explicaciones que ha venido reforzando el Consejo de Estado también permiten apreciar que todas las adiciones a los contratos afectan su objeto. Así, la ambivalencia resaltada, contenida en los textos de los estatutos contractuales de 1976 y 1983, se diluye con la concepción reciente de la jurisprudencia, aunque en ocasiones saltan los fantasmas del pasado, como se aprecia en esta afirmación de 2006:

Con todo, la posición del Consejo de Estado, tanto antes como después de la entrada en vigencia de la Ley 80 de 1993, ha sido la de que cualquier modificación del objeto del contrato implica la celebración de un nuevo contrato, no de uno adicional, que opera solamente cuando la modificación se refiere al valor y al plazo del contrato originalmente celebrado. En otras palabras, solamente habrá contrato adicional cuando se agrega algo nuevo al alcance físico inicial del contrato, cuando existe una verdadera ampliación del objeto contractual y no cuando simplemente se realiza un ajuste del valor o del plazo inicial del contrato<sup>28-29</sup>.

El extracto, difícil de comprender, no refleja una posición constante de la jurisprudencia, por fortuna, como lo afirma

---

28 Nota original de la sentencia: “Esta ha sido la posición del Consejo de Estado según se desprende de lo considerado en las consultas números 1812 del 2 de diciembre de 1982, 1563 del 30 de julio de 1981, 350 del 15 de marzo de 1990, 601 del 17 de mayo de 1994 y 1439 del 18 de julio de 2002 de la Sala de Consulta y Servicio Civil. Y en las sentencias del 6 de agosto de 1987, expediente 3886, Sección Tercera; del 31 de octubre de 1995, expediente 1438, Sección Quinta y del 20 de mayo de 2004, expediente 3314, también de la Sección Quinta”.

29 CE, sec. v, sent. 26/01/06, exp. 3761.

su nota que relaciona concepciones muy diversas frente al tema, contenidas en fallos y conceptos que hemos visto. Afirmar la necesaria celebración de un nuevo contrato por *cualquier modificación* de su objeto excluiría, necesariamente, la posibilidad de adicionar su valor o su plazo, en la medida en que son dos elementos del contrato cuya modificación ineludiblemente afecta su objeto. La contradicción es por lo demás flagrante cuando el fallo explica que solo hay *contrato adicional* cuando se *amplía el objeto contractual*, siempre y cuando no se modifique ni el valor ni el plazo iniciales, pese que uno y otro son, justamente, los factores que caracterizan al contrato adicional, según los textos legales.

En realidad, no es necesario desgastarse en la discusión de estas nociones, atadas a las definiciones de los estatutos hoy derogados. Toda *adición* introducida en un contrato afecta su objeto, en la medida en que este no se define por el título que las partes den al negocio jurídico sino por las distintas obligaciones que pacten. Y, en la medida en que *toda* adición o modificación afecta las obligaciones pactadas, necesariamente afecta el objeto contractual. El problema no es la afectación del objeto sino qué tanto se puede afectar.

Modificar el valor de un contrato o su plazo necesariamente afecta su objeto, en la medida en que estos dos elementos son esenciales en los contratos estatales. Vimos cómo el Consejo de Estado resalta que el contrato estatal es oneroso, razón por la cual su valor inicial siempre es trascendente. A ello se suma el que el contrato es instrumento de gestión pública y, con ello, de ejecución presupuestal, factores estos que no pueden ser indiferentes, de tal suerte que los valores iniciales, aun cuando sean provisionales, no pueden ser simplemente indicativos. Todas las reglas sobre el gasto público se oponen a ello.

Y, en cuanto al plazo de los contratos públicos, estos también son determinantes del alcance de los contratos. Acudiendo a las nociones civiles, el Consejo de Estado ha afirmado que el plazo es un elemento apenas accidental

de los contratos<sup>30</sup>, pero ello no parece consecuente con los principios y el régimen que gobierna los contratos públicos. La racionalidad de la gestión pública no puede ser indiferente a la duración que tendrá la colaboración aportada por los contratistas a la administración, no solo por cuanto ello también incide, naturalmente, sobre su remuneración, sino por cuanto es determinante del respeto de principios básicos de los contratos estatales, como la eficacia y la economía (Ley 80/93, art. 25), que la misma Carta Política ha establecido como principios de la función administrativa (art. 209).

Además, tanto el plazo como el valor de los contratos tienen incidencia directa en la determinación de los lineamientos de concurrencia definidos por el pliego de condiciones o términos de referencia para escoger a los contratistas de la administración. Uno y otro son determinantes para la elaboración de las propuestas, de tal suerte que su variación substancial alteraría las bases de concurrencia sobre las cuales se seleccionó al contratista, como ya lo había puesto de presente tempranamente la jurisprudencia desde 1967:

---

30 “... el plazo no constituye un elemento de la esencia de los contratos a que alude el artículo 1501 del Código Civil y, por tanto, se puede modificar por acuerdo de las partes, pues no es una de ‘... aquellas cosas sin las cuales, o no produce efecto alguno, o degenera en otro contrato diferente’. Tampoco es un elemento de la naturaleza del contrato, esto es el que no siendo esencial en él, se entiende pertenecerle sin la necesidad de una cláusula especial, dado que si no se pacta, no existe norma legal que lo establezca. El plazo es, por tanto, un elemento accidental del contrato en razón a que, en los términos del mismo artículo, ni esencial ni naturalmente le pertenece a éste, y se le agrega por medio de cláusulas especiales, es decir que no es necesario para la formación del acto ni se sobreentiende como integrante de él (Nota al pie original: Manual de obligaciones.- Teoría del acto jurídico y otras fuentes. ALBERTO TAMAYO LOMBANA, Rodríguez, Quito Editores, Tercera Edición, página 100). De consiguiente, no siendo el plazo un elemento de la esencia del contrato sino meramente accidental, se puede modificar por acuerdo de las partes, pues éstas lo establecen en el respectivo contrato”: CE, sec. v, sent. 24/08/05, exp. 3171.

En el procedimiento de adjudicación pública el pliego de condiciones garantiza la igualdad de trato a los proponentes, es la base de las ofertas y de la competencia esencial al concurso; por lo tanto, dentro de este sistema, el contrato que se celebre como resultado de la licitación, no puede ser distinto en su naturaleza y condiciones esenciales al señalado por la administración en el pliego de condiciones; si así sucediera se burlarían las finalidades propias de la licitación pública, y se convertiría el contrato por concurso en contrato privado de la administración, lo que sería ilegal.

[...]

El pliego de condiciones en el concurso público tiene como función jurídica la de señalar las obligaciones generales de las partes en el contrato proyectado. El contrato que se celebre como resultado de la licitación encuentra su fuente en el pliego de condiciones y no puede ser sino su desarrollo. Estas condiciones son elementos integrantes del contrato.

Es, por lo tanto, el pliego de cargos como suele llamársele comúnmente, el elemento jurídico determinante o básico para el acuerdo de voluntades<sup>31</sup>.

En estas condiciones, puede apreciarse que plazo y valor, e incluso costo del contrato (para incluir toda variación, como el aumento de cantidades de obra u otras unidades de prestación), afectan el cumplimiento de las finalidades esenciales de todo contrato (Ley 80/93, art. 3.º). Por consiguiente, su variación afecta el objeto mismo del contrato.

Hemos afirmado la ambivalencia de los textos sobre los contratos adicionales en los estatutos de 1976 y 1983, en la medida en que se justificaban en la necesidad de modificar precio o plazo pero, al mismo tiempo, prohibían cambiar

---

31 CE, Sala de Consulta y Servicio Civil, conc. 16/05/67, sin número; reiterado en el conc. 10/10/72, exp. 691.

el objeto contractual. Vimos que la doctrina del Consejo de Estado los contradujo doblemente, al afirmar, de una parte, que precio y plazo eran simples adiciones y, de otra, que el contrato adicional *implicaba un cambio radical en el contrato*. Luego de la evolución descrita podemos ver que en realidad los cambios en el plazo o el valor conllevan una variación, una *adición* del objeto, pero que esta variación no puede ser substancial.

Lo esencial, como lo ha expuesto la Corte Constitucional, es determinar el límite a partir del cual la adición afecta el objeto de manera substancial:

... es preciso resaltar que *la modificación del contrato no puede ser de tal entidad que altere su esencia y lo convierta en otro tipo de negocio jurídico*, puesto que ya no estaríamos en el escenario de la modificación sino ante la celebración de un nuevo contrato<sup>32</sup>. (Resaltado original).

### 1. Límites cuantitativos

Los textos han definido un cambio substancial *cuantitativo* de los contratos, al establecer un límite del 50% de su valor, frente al contrato original.

Teniendo como trasfondo la idea de indefinición inicial del contrato a precios unitarios, forjada por el Consejo de Estado, el Gobierno Nacional preguntó a la Sala de Consulta si el valor inicial, referente para el límite cuantitativo de las adiciones, se debía contabilizar sucesivamente, “una vez se vayan conociendo las verdaderas cantidades de obra que se han ejecutado para cumplir el objeto contractual convenido”. La Sala aclaró que el valor referente era determinado *y correspondía al valor inicialmente pactado por las partes*<sup>33</sup>. Aunque no era la conclusión del concepto, la precisión

---

32 CC, sent. C-300/12.

33 CE, Sala de Consulta y Servicio Civil, conc. 09/09/08, exp. 1920.



comportaba, lógicamente, que las variaciones de cantidades modificaban el valor del contrato, como lo estableció luego la sección III, en 2003, según hemos visto.

Esta limitación cuantitativa a los contratos se fundamenta precisamente en la conciencia de los errores normales de cálculo de la estructuración del contrato. Nuestro legislador ha sido incluso tradicionalmente muy generoso y comprensivo con relación a la legitimación de estos errores, si tenemos en cuenta que admite sobrepasarse hasta en la mitad del valor inicialmente previsto, lo que es muy significativo, así se trate de mayores cantidades de obra u otras unidades de prestaciones. En derecho comparado la tolerancia normal de las fallas de planeación es mucho más estricta.

## 2. Límites cualitativos

Este valor límite *cuantitativo* se complementa con un límite *cualitativo* de la modificación de los contratos. La introducción de modificaciones a los contratos no puede llevar a su desnaturalización, a la distorsión esencial de su objeto. Concebido así, como cambio esencial, la prohibición de cambiar el objeto contenida en los estatutos contractuales de 1976 y 1983 no comportaría una contradicción con la necesidad de complementarlo mediante adiciones en el valor o el plazo.

Por otra parte, la modificación cualitativa del contrato tiene otra dimensión menos radical. Sin introducir cambios substanciales al objeto del contrato que lo desnaturalicen, es posible concebir complementos sin conexión esencial con el objeto del contrato. En estos casos no hay una variación substancial del objeto original sino una adición, aún menor, que no guarda relación con el objeto contractual. En este sentido, la jurisprudencia exige que las adiciones tengan una relación directa con el objeto, de tal suerte que permitan el buen y cabal desarrollo del proyecto contractual original.

Las adiciones son así un complemento necesario para la realización del objeto original del contrato.

De manera indirecta el Consejo de Estado ha enunciado esta necesaria vinculación cuando ha reconocido enriquecimiento sin causa por prestaciones que tenían una relación directa con el contrato, de tal suerte que debieron ser objeto de un contrato adicional, como juzgó frente a la adecuación de un terreno, no prevista originalmente en el contrato principal, pero indispensable para la realización de la obra objeto del contrato<sup>34</sup>, o en el evento corriente de ampliación del área de construcción, como ocurrió con la extensión de 240 mts<sup>2</sup> a una bodega prevista originalmente de 813 mts<sup>235</sup>. Igualmente tienen vínculo directo con la construcción de una escuela (objeto contractual) las obras complementarias de adaptaciones sanitarias, circuitos eléctricos, demoliciones de pisos y tabiques, etc., por ser necesarias para su cabal desarrollo<sup>36</sup>. Por el contrario, la jurisprudencia sanciona la falta de conexidad de prestaciones con el contrato principal, como las obras de ayuda a las comunidades (mantenimiento de carreteras, construcción de escuelas y acueductos, etc.) cercanas a un gran oleoducto, cuya construcción era el objeto del contrato<sup>37</sup>, o las setenta horas de *bulldozer* para la mejora de un estadio municipal, sin conexión con el objeto contractual de mejoramiento de una vía municipal<sup>38</sup>.

En estas condiciones, las dos modalidades de limitación a las adiciones contractuales buscan la preservación de la esencia del contrato a través de caminos distintos, aunque complementarios. Desde el punto de vista *cuantitativo*, toda modificación que aumente el presupuesto

---

34 CE, sec. III, sent. 03/07/90, exp. 5579.

35 CE, sec. III, sent. 09/03/84, exp. 2850.

36 CE, sec. III, sent. 29/03/01, exp. 13351.

37 CE, sec. III, sent. 09/05/96, exp. 10151.

38 CE, sec. III, sent. 06/08/98, exp. 15051.

destinado al contrato cuenta, independientemente de las modalidades contractuales y de la forma de pago o de remuneración del contratista. El límite significativo del 50% de su valor inicialmente calculado es determinante del umbral a partir del cual el contrato original ha de considerarse cambiado en su esencia. La adición ya no será un complemento del objeto sino su modificación o cambio esencial. Tanto desde el punto de vista de la planeación como desde el punto de vista de la concurrencia entre los proponentes que ofertaron para realizar ese específico contrato, el contrato cuyo costo es mayor al 50% será otro, distinto del inicial.

Y, desde el punto de vista cualitativo, una adición que desnaturaliza el objeto inicial del contrato constituye en realidad una modificación esencial del contrato, lo que daría al traste con todo el proceso previo de selección del contratista para un objeto determinado y aniquilaría toda la estructuración técnica que precedió al proceso de contratación. Así mismo, una adición sin vínculo directo y necesario con el contrato principal constituye en realidad una anexión de un objeto contractual diverso que debería ser objeto de un proceso de contratación independiente.

Puede entonces observarse que la limitación *cuantitativa* de las adiciones contractuales es simple de apreciar. Una vez superada la distinción entre contrato adicional y adición de contrato y la consecuente particularidad de los contratos a precios unitarios, las *adiciones* del parágrafo del artículo 40 de la Ley 80/93 comprenden cualquier aumento del valor o costo del contrato.

Por el contrario, la valoración *cualitativa* de la adición comportará un análisis más complejo para determinar si ella desnaturaliza el contrato original, bien sea porque comporta una desnaturalización de su objeto original o por cuanto implica una adición de prestaciones sin conexión con él. Además, siempre será necesario un juicio valorativo de la justificación de la adición.

Este último aspecto ha sido objeto de una evolución paralela a la apreciación de la discrecionalidad administrativa en materia de contratación pública.

En efecto, originalmente la administración tenía una gran autonomía para la apreciación de la pertinencia y justificación de la adición. En un antiguo auto de 1924, el Consejo de Estado consideró lícita la adición del contrato de obra del Canal del Dique, adición mediante la cual se autorizaba al Gobierno a destinar sumas mensuales entre límites inferior y superior<sup>39</sup>. La administración tenía así gran flexibilidad para fijar el contenido concreto de los valores destinados al contrato, bajo los parámetros amplios consignados en la adición.

Esta amplitud sería restringida por los textos legales, como tuvimos ocasión de exponer al presentar la evolución normativa de los contratos adicionales. La Ley 36/66 introdujo una motivación particular para su suscripción, en la medida en que la restringió a la necesidad de modificar el valor o del plazo de los contratos. Sabemos que esta orientación sería conservada por los decretos 150/76 y 222/83. Por el contrario, el origen último de las adiciones habría de sufrir restricciones. Así, el origen en el reajuste de precios, previsto en la Ley 36/66, fue excluido luego en el estatuto de 1976. Así mismo, las distintas causas imprevistas fueron restringidas en el estatuto de 1983, al excluir de los contratos adicionales el ejercicio de poderes exorbitantes (Dcto. 222/83, tít. iv). Además, vimos también cómo las situaciones de imprevisión se orientarían hoy, bajo la Ley 80/93, hacia los acuerdos, compensaciones y transacciones, distintos de los contratos adicionales.

Por otra parte, la concepción del Decreto 150/76 tenía una gran amplitud en la apreciación de las circunstancias que permitían la suscripción de contratos adicionales, al

---

39 CE, auto 13/10/24, sin número.

enunciar genéricamente que estos eran pertinentes “cuando por circunstancias especiales haya necesidad de modificar el plazo o el valor convenidos” (art. 45). Por su parte, el Decreto 222/83 los admitía “cuando haya necesidad de modificar el plazo o el valor convenidos”. La calificación de las *circunstancias especiales* y de la *necesidad* de modificar el contrato dejaba una significativa discrecionalidad y margen de apreciación a la entidad contratante. Con razón observaba ya el Consejo de Estado en 1972 que “la administración, para aceptar una prórroga o celebrar un contrato adicional que aumente su valor, tendrá siempre que sopesar razones de buen servicio, pero estas razones no las puede calificar sino ella”<sup>40</sup>.

Esta realidad incitó al Consejo de Estado a preguntarse si los contratos adicionales tan solo podrían tener por origen *circunstancias* externas a las partes y, en particular, a la administración, o si, por el contrario, la *necesidad* de modificar el contrato podría tener origen en fallas de la administración misma, en particular referidas a la planificación del contrato. En 1995 la sección III consideró que el *ius variandi* implícito y trascendente en los contratos administrativos permitía reconocer ilimitadamente mayores cantidades de obra para reparar errores de diseño y lograr la finalidad del contrato.

... para el Sentenciador resulta incuestionable que la mayor cantidad de obras y las obras adicionales a que se ha hecho referencia, indispensables en el desarrollo del contrato, fueron ordenadas por la administración en ejercicio del *ius variandi* que ella tiene como poder, y al cual no pudo el contratista, resistir. Si en el caso en comento y como lo dice el Vicepresidente de Telecomunicaciones Rurales de la Empresa, *las obras adicionales fueron indispensables para la construcción de los edificios de esas localidades, [¿]qué sentido tenía ordenar las cosas mal para*

---

40 CE, sec. III, sent. 21/02/92, exp. 5857.

que quedaran definitivamente mal? Estas situaciones son las que llevan al profesor EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA a enseñar:

*“Límites en este sentido no existen ni pueden existir, porque las exigencias del interés público, el servicio a la comunidad, no pueden quedar comprometidos por el error inicial de la administración contratante o por un cambio en las circunstancias originariamente tenidas en cuenta en el momento de contratar. El interés general debe prevalecer en todo caso y en cualesquiera circunstancias, porque, de otro modo, sería la propia comunidad la que habría de padecer las consecuencias. Obligar a la comunidad a soportar una carretera, un puerto o un embalse mal planteado ab initio, inútiles o ineficaces desde su misma concepción, por un simple respeto al contractus lex no tendría sentido. Al servicio del interés público y de sus concretas e insoslayables exigencias, el ius variandi de la administración contratante es ilimitado en extensión o intensidad ya que el interés público prima sobre cualquiera otra consideración”* (Curso de Derecho Administrativo, Tomo 1, Cuarta Edición, Civitas, pág. 675)<sup>41</sup>. (Resaltados de la Sala.)

Apoyada en esta providencia, la Sala de Consulta expuso igualmente que la necesidad del contrato adicional podría tener origen en errores de la administración, que no podrían perpetuarse:

La contratación entendida como un instrumento para alcanzar los fines estatales y satisfacer el interés público, hace que la administración se encuentre facultada para modificar los diseños y estudios previstos inicialmente para la ejecución de una obra pública, cuando éstos adolezcan de errores o sean insuficientes o inadecuados, independientemente de la responsabilidad que ello pueda generar<sup>42</sup>.

---

41 CE, sec. III, sent. 06/09/95, exp. 7625.

42 (Nota original del concepto:) “DROMI ROBERTO. DERECHO ADMINISTRATIVO.- EDICIÓN 5ª. Pág. 348. ‘El principio de mutabilidad de los contratos administrativos es una consecuencia impuesta por finalidades del interés público, dado que con ellos se tiende a lograr una más eficiente realización de la ‘justicia distributiva’. (...) las modificaciones en el contrato pueden traducirse tanto

Por consiguiente, si para alcanzar el objeto contractual se hace necesario corregir errores de diseño o buscar soluciones técnicas alternativas frente a eventos no previstos, la administración está en la posibilidad, y en el deber jurídico, de adecuar los diseños y estudios, así ello implique la ejecución de una mayor cantidad de obra y el desarrollo de obras adicionales al objeto contractual, máxime si, como en el caso que nos ocupa, actuar de una manera distinta puede comprometer al [*sic*] estabilidad misma de los trabajos<sup>43</sup>.

La justificación de la adición a los contratos adquiere con la Ley 80/93 una dinámica particular de amplitud y canalización. Un estatuto basado en principios otorga una importante autonomía y flexibilidad a las entidades contratantes en su gestión contractual. No en vano el estatuto enunció la autonomía de la voluntad como un principio de interpretación de los contratos estatales (art. 28) y fue consignado como orientador para que las entidades definieran los contratos que pueden suscribir (art. 32), así como las cláusulas que en ellos pueden incorporar (art. 40). La pertinencia de suscribir los contratos adicionales y su contenido están así imbuidos por esta flexibilidad.

Pero, al mismo tiempo, la jurisprudencia ha expuesto las particularidades de la autonomía de la voluntad de la administración y cómo ella ha de estar al servicio de los fines públicos. Los principios constitucionales de legalidad (CN, arts. 121 y 122) y los principios que rigen la función administrativa (CN, art. 209) imponen siempre a las entidades públicas tener en cuenta las finalidades particulares de interés general que ellas tienen. En materia contractual, estas finalidades están delimitadas y definidas por el mismo Estatuto contractual en su artículo 3.º, cuando prescribe:

---

en aumento (adicionales) como en una disminución (reducciones) de las prestaciones”’.

43 CE, Sala de Consulta y Servicio Civil, conc. 26/08/98, exp. 1121.

... los servidores públicos tendrán en consideración que al celebrar contratos y con la ejecución de los mismos, las entidades buscan el cumplimiento de los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos...

Por consiguiente, las adiciones siempre deben respetar estas orientaciones y parámetros esenciales de la contratación pública, lo que delimita su alcance jurídico posible.

En el año 2012 el Consejo de Estado rechazó la idea de adición de obras sin contrato adicional frente al aumento trascendente de valor ejecutado y plazo de un contrato a precios unitarios que tuvo el siguiente desarrollo en su ejecución:

En el presente caso, el contrato principal fue celebrado para ser ejecutado en un plazo de 28 meses (2 años y 4 meses), y sin embargo a la fecha de presentación de la demanda, 11 de junio de 1996, habían transcurrido más de 6 años sin que se hubieran culminado las obras contratadas; y, además, se pactó inicialmente un valor total del contrato que ascendía a \$2.591.876.486.40, pero a la fecha del contrato adicional n.º 4, esto es, al 3 de agosto de 1994, llevaba un valor acumulado de \$4.915.847.998,40, sin que se haya encontrado en los documentos contentivos de las adiciones en valor la justificación de las mismas y las razones técnicas por las cuales fueron necesarias, resultando imposible, en consecuencia, determinar la existencia de una alteración extraordinaria del contrato<sup>44</sup>.

Originada en la flexibilidad del contrato a precios unitarios o en la necesidad de corregir errores de planeación en la concepción del contrato, una modificación de tal magnitud no puede calificarse de *adición del contrato*, noción que alude a un complemento del contrato original. Cuando el *complemento* es más significativo que el objeto complementado,

---

44 CE, sec. III.B, sent. 28/06/12, exp. 21990.



en realidad, más que adición, existe una sustitución. El contrato original se desnaturaliza por completo por la alteración substancial de los presupuestos que le dieron origen. Las bases esenciales de selección del contratista se ven así alteradas, lo que indica que se ha desbordado el límite de la modificación posible en un contrato público. Como lo explica la doctrina oficial, la modificación del contrato público no puede ser fruto de la discrecionalidad de las partes:

... la simple voluntad de las partes no es causa de modificación de los contratos estatales, la cual consiste en el respeto por el principio de igualdad de los oferentes. Si se acepta que los contratos pueden modificarse por el simple común acuerdo, fácilmente se podría licitar determinado objeto con el fin de adjudicárselo a cierta persona, a sabiendas de que se cambiarán las obligaciones, una vez celebrado<sup>45</sup>.

El respeto a las reglas básicas de planeación y de igualdad de aspirantes concurrentes a la contratación pública exige un nuevo proceso de selección de contratista para la ejecución del contrato substancialmente reconstruido. Por ello no resultan convincentes las consideraciones de la Corte Constitucional para declarar la exequibilidad del artículo 28 de la Ley 1150/07 que autorizó la prórroga de las concesiones de obra pública hasta por el 60% del plazo pactado originalmente, independientemente del valor de las inversiones, con la sola condición material de tener por fundamento la realización de obras adicionales directamente relacionadas con el objeto condicionado o la recuperación de la inversión del concesionario<sup>46</sup>.

---

45 CE, Sala de Consulta y Servicio Civil, conc. 13/08/09, exp. 1952.

46 Art. 28: "En los contratos de concesión de obra pública, podrá haber prórroga o adición hasta por el sesenta por ciento (60%) del plazo estimado, independientemente del monto de la inversión, siempre que se trate de obras adicionales directamente relacionadas con el objeto concesionado o de la recuperación de la inversión debidamente soportada en estudios técnicos

La Corte recuerda en su sentencia C-300/12 que “ha declarado exequible la posibilidad de introducir modificaciones a los contratos de concesión, cuando sea necesario para mantener el equilibrio del contrato o para introducir nuevos requerimientos que conduzcan a una mejor prestación del servicio involucrado en la concesión”<sup>47</sup>, así como exequibilidad de la prohibición de prórrogas ilimitadas en las concesiones de televisión<sup>48</sup>. La Corte también menciona las exequibilidades condicionales que ha decretado, subordinando las modificaciones de contratos a la necesidad de amortizar las inversiones<sup>49</sup>, así como la inexecutable de las prórrogas automáticas de las concesiones en telecomunicaciones<sup>50</sup>. En la misma línea, la Corte declaró la exequibilidad condicional de la ampliación de las concesiones de obra pública,

... en el entendido [de] que la expresión “*obras adicionales directamente relacionadas con el objeto concesionado*”, solamente autoriza la prórroga o adición de obras o actividades excepcional y necesariamente requeridas para cumplir el objeto del contrato inicial<sup>51</sup>.

El condicionamiento parece sin embargo tan vago como la formulación del texto legal, y por ello los magistrados GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO y JORGE IVÁN PALACIO PALACIO aclararon su voto para

---

y económicos. Respecto de concesiones viales deberá referirse al mismo corredor vial”.

47 (Nota original de la sentencia:) “Ver las sentencias C-350 de 1997, M.P. FABIO MORÓN DÍAZ y C-068 de 2009, M.P. MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO”: CC, sent. C-300/12.

48 Ley 182/95, sent. C-350/97.

49 Concesiones portuarias. Ley 1/91, sent. C-068/09.

50 Ley 80/93, art. 36, sent. C-068/09.

51 CC, sent. C-300/12, cit.

... resaltar la necesidad de una verificación restringida al extremo de la expresión “obras directamente relacionadas con el objeto concesionado” para evitar que con la adición se pueda “ampliar el objeto del contrato inicial o que se derive en uno nuevo que privilegie injustificadamente al contratista actual”<sup>52</sup>.

La Corte encontró satisfactoria la explicación dada por el ministro de Transporte al Congreso para fundamentar la modificación gubernamental del texto de proyecto de ley que finalmente fue aprobado. El ministro explicó que las concesiones se definen por un corredor vial, y por ello la Corte entiende que la referencia al mismo corredor vial, contenida en el texto legal, delimita por completo la amplitud de las adiciones posibles,

*... bajo el entendido de que usualmente en las concesiones viales el objeto del contrato se determina alrededor de un corredor vial, es decir, el que une dos puntos geográficos delimitados. Como se señaló en el debate legislativo, la construcción del corredor vial es la obra que regularmente se delega al concesionario, es decir, es el objeto del contrato, sin perjuicio de otro tipo de estipulaciones contractuales. (Resaltado en el texto original).*

No obstante, hemos podido apreciar a lo largo de este estudio la dificultad de concebir el objeto contractual. Concebir el objeto de la concesión como el corredor vial que une dos puntos geográficos, como lo hace la Corte, es tan vago como la sentencias del Consejo de Estado en la que las adiciones equivalentes al 154.5% de valor original de un contrato de obra no ameritaban siquiera un contrato adicional, por constituir tan solo aumento en las cantidades de obra de los mismos 20 kilómetros objeto del contrato inicial.

---

52 La misma preocupación motivó también la aclaración de voto del magistrado LUIS ERNESTO VARGAS SILVA.

La Corte reabre así la antigua concepción de la Sala de Consulta y de la sección III del Consejo de Estado sobre el carácter indefinido del valor de los contratos a precios unitarios que permite la adición ilimitada de los items pactados. Con el mismo espíritu, en las concesiones viales el objeto no se altera si la obras complementarias adicionadas se refieren al mismo corredor vial entre dos puntos geográficos determinados, independientemente de las eventuales variaciones técnicas sustanciales que sea necesario realizar o de la amplitud de las obras complementarias. El objeto de la concesión también será así intangible. Aunque se modifique substancialmente el proyecto inicial, será siempre el mismo proyecto y contrato, si las modificaciones se realizan respecto del mismo *corredor vial* concedido.

En realidad, la indefinición de los parámetros de modificación consignados por el artículo es enorme. Justificar la adición para recuperar la inversión, sin ninguna referencia al desequilibrio financiero que debe existir, constituye una restricción del riesgo normal del concesionario. Las dificultades para recuperar la inversión pueden provenir de múltiples causas imputables al concesionario, no solo por culpas suyas sino también por diversos factores económicos, técnicos, funcionales, operativos inherentes al riesgo de la gestión concedida. El texto o los condicionamientos de la sentencia debieron establecer una restricción explícita al respecto, so pena de anular el riesgo y ventura que caracteriza, de manera natural, toda concesión.

Y, por otra parte, el condicionamiento de las obras y actividades adicionales a su necesidad para cumplir el objeto contractual inicial no tiene mayor concreción cuando el objeto de la concesión consiste en un *corredor vial que une dos puntos geográficos determinados*. La Corte advierte en sus consideraciones:

... la disposición censurada no permite la adición del contrato con obras completamente nuevas, sino que habilita la modifica-

ción para la inclusión de actividades complementarias para la realización del objeto concesionario; en otras palabras, la frase acusada no permite la transformación del objeto contractual sino una complementación que no desfigura el negocio original.

Y, sin embargo, la misma sentencia transcribe la intervención del ministro de Transporte ante el Congreso en la que expuso a los parlamentarios la necesidad de aprobar el texto propuesto para adicionar de manera generalizada una doble calzada en las concesiones que habían sido contratadas en calzada simple. ¿Puede razonablemente afirmarse que la adición de una nueva calzada a lo largo de toda una vía concedida no constituye *una obra completamente nueva* y que la trascendente modificación no *transforma*, en absoluto, el objeto contractual?

Con la bendición de la Corte, las adiciones fueron luego aún más facilitadas, gracias a la derogatoria del inciso 2.º del artículo comentado, que imponía un concepto previo favorable del Conpes para la adición de las concesiones nacionales<sup>53</sup>. El artículo 28 de la Ley 1150/07 fue finalmente derogado por la Ley de las Asociaciones Público-Privadas, Ley 1508/12 (art. 39), aunque su objetivo ya había sido logrado: todas las concesiones viales nacionales habían tenido formidables adiciones.

La adición de los contratos públicos sigue entonces siendo un tema de zonas grises de difícil concepción y tratamiento. No en vano la Comisión Europea, luego de arduos debates, consultas, reflexión y presiones, ha dado un paso extraordinario en la tradición de las directivas sobre contratos, a través de la promulgación de una de las últimas, que trata el tema de las modificaciones introducidas a los contratos,

---

53 Ley 1150/07, art. 28, inc. 2.º: “Toda prórroga o adición a contratos de concesión de obra pública nacional requerirá concepto previo favorable del Consejo Nacional de Política Económica y Social –Conpes–”: derogado por Ley 1450/11, art. 276.

tradicionalmente dejado de lado para restringirse a la regulación de los procedimientos de contratación<sup>54</sup>. La protección del mercado interno europeo, que guía la regulación comunitaria, ha puesto en evidencia que el problema de concurrencia no se limita a la transparencia de los procesos de selección de contratistas: las modificaciones introducidas en los contratos en curso de su ejecución contienen un riesgo muy importante de falsear los procesos de selección de contratistas.

---

54 Directiva 2014/23/UE del 26/02/14, art. 43. Modificación de los contratos durante su período de vigencia. Los considerandos 75 a 80 de la directiva desarrollan de manera amplia los parámetros que deben tenerse en cuenta para modificar las concesiones sin desnaturalizarlas. El primero de ellos introduce el tema en los siguientes términos: “Los contratos de concesión suelen incluir regímenes técnicos y financieros duraderos y complejos, que con frecuencia están sujetos a vaivenes de las circunstancias. Así pues, teniendo en cuenta la jurisprudencia aplicable del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, es necesario aclarar las condiciones en las que la modificación de una concesión efectuada durante su ejecución da lugar a un nuevo procedimiento de concesión. Es obligatorio un nuevo procedimiento de concesión cuando se introducen en la concesión inicial cambios fundamentales, en particular referidos al ámbito de aplicación y al contenido de los derechos y obligaciones mutuos de las partes, incluida la distribución de los derechos de propiedad intelectual e industrial. Tales cambios demuestran la intención de las partes de renegociar condiciones esenciales de dicha concesión”.

## 10. INCERTIDUMBRE DE LA JURISPRUDENCIA CONTRACTUAL SOBRE LA IMPREVISIÓN\*

La jurisprudencia en materia contractual ha estado marcada por una significativa inestabilidad en cuanto a la continuidad de sus conceptos y consideraciones. Los administrativistas descuidamos con frecuencia la precisión conceptual de nociones que no son propias del derecho administrativo, por corresponder a las bases mismas del derecho civil, como ocurre con el tema de la teoría general del contrato, de las obligaciones y la responsabilidad contractual. Si bien es cierto el contrato estatal tiene particularidades, también tiene bases y raíces comunes a todo contrato, en armonía con su teoría general, así como con la de las obligaciones. De hecho, el gran esfuerzo de la Ley 80/93 fue recuperar el contenido contractual de los contratos públicos, insistiéndolo en las bases esenciales de la teoría del negocio jurídico, hasta fundarlo incluso en la autonomía de la voluntad (art. 32), lo que no deja de ser complejo, al tratarse de las entidades públicas regidas por el principio constitucional de legalidad que exige una habilitación normativa expresa de su actuar (CN, art. 122).

---

\* Actualización del artículo con el mismo título publicado en la revista *Economía Colombiana*, Contraloría General de la República, n.º 332, "La infraestructura en Colombia: vicisitudes del régimen contractual", Bogotá, 2012, pp. 35-50.

Los particularismos de los contratos estatales son así menos significativos de lo que se afirma. No obstante, el tema de la responsabilidad contractual contiene especificidades frente al contrato entre particulares, esbozadas de vieja data por la teoría del contrato administrativo de influencia francesa, que tanto ha inspirado la contratación pública en Colombia.

Nuestra jurisprudencia no ha consolidado integralmente esas particularidades de la responsabilidad contractual, en particular, las del equilibrio financiero del contrato, lo que ha llevado a interpretaciones disímiles, idas y venidas, con frecuencia sin sólidos fundamentos jurídicos, para partir en variadas direcciones, en ocasiones hacia las suyas propias, en ocasiones hacia las tesis clásicas confirmadas por la doctrina del contrato administrativo, sin que exista una decantación estable del sistema.

Estas variaciones de la jurisprudencia tienen un altísimo costo para la seguridad jurídica, que en materia de contratación pública es particularmente sensible, más cuando las políticas públicas buscan de manera reforzada la atracción de los particulares hacia la colaboración en el logro de tareas administrativas y en el desarrollo de nuestra siempre rezagada infraestructura pública, no solo buscando la participación técnica de los contratistas, sino también su participación financiera, a través de los modelos concesivos y otras variantes de asociación público-privada. Además, la inestabilidad jurisprudencial también tiene efectos sobre la legislación porque la ausencia de verdaderas políticas legislativas en la materia, con lineamientos y concepciones claras, tanto de los distintos gobiernos nacionales como del Congreso, hace que los proyectos de ley respondan a aspectos puntuales, con frecuencia en respuesta a la jurisprudencia cambiante o para solucionar asuntos individuales, no siempre obedeciendo a intereses generales.

En medio de esto, los universitarios e investigadores no hemos cumplido nuestro papel de críticos estructurantes y



constructivos, a través del análisis sistemático de la jurisprudencia en su conjunto, que permita contribuir a enunciar tendencias y líneas para forjar una dogmática coherente. Por ello, resulta de provecho mencionar algunos de esos movimientos jurisprudenciales que ofrezcan la posibilidad de marcar momentos fuertes sobre el equilibrio financiero del contrato, en particular sobre la teoría de la imprevisión, para lo cual se enunciarán tres momentos específicos: primero, el que llamo “lastre” de la sentencia SAE de 1996; segundo, su revisión y marcha atrás por la jurisprudencia, lo que sin embargo no genera lineamientos suficientemente claros; de tal suerte que, en un tercer acápite, se expondrán algunos elementos del balance pendiente en la materia.

## I. LASTRE DE LA SENTENCIA SAE

Con ocasión de una demanda contra Ecopetrol, instaurada por el contratista de un contrato de obra para la construcción de un oleoducto en el que hubo retrasos y costos adicionales no imputables a las partes, el Consejo de Estado enunció una concepción particular del equilibrio financiero en la que trasladaba integralmente todos los riesgos imprevisos a la entidad contratante<sup>1</sup>. La sentencia interpretó el artículo 5.1<sup>[2]</sup> de la Ley 80/93 en términos de desmedida favorabilidad para el contratista, al considerar que su de-

---

1 CE, sec. III, sent. 09/05/96, exp. 10151.

2 Ley 80/93, art. 5.º: “De los derechos y deberes de los contratistas. Para la realización de los fines de que trata el artículo 3.º de esta ley, los contratistas: “1.º Tendrán derecho a recibir oportunamente la remuneración pactada y a que el valor intrínseco de la misma no se altere o modifique durante la vigencia del contrato. “En consecuencia tendrán derecho, previa solicitud, a que la administración les restablezca el equilibrio de la ecuación económica del contrato a un punto de no pérdida por la ocurrencia de situaciones imprevistas que no sean imputables a los contratistas. Si dicho equilibrio se rompe por incumplimiento de la entidad estatal contratante, tendrá que restablecerse la ecuación surgida al momento del nacimiento del contrato...”.

recho a obtener un reequilibrio del contrato a “un punto de no pérdida” consagrado en el artículo para los hechos sobrevinientes, imprevistos y no imputables a las partes, significaba que la entidad contratante debía concederle una indemnización plena, equivalente, no solo a las pérdidas efectivas que soportaba, sino incluso extendida a todas las aspiraciones de lucro a las que había aspirado al momento de suscribir el contrato. El Consejo de Estado se apartaba así expresamente de toda la doctrina nacional y extranjera referida a la teoría de la imprevisión, y ello sin ninguna explicación distinta de aplicar supuestamente el texto novedoso referido de la Ley 80/93.

Pero, en realidad, el texto de la ley no era en absoluto novedoso, en la medida en que se limitaba a consagrar legislativamente los alcances clásicos de la imprevisión, más aún cuando las “pérdidas” a las que se refiere tienen un significado legal preciso, estando identificadas de manera diáfana con el *daño emergente* por el artículo 1614 del Código Civil, que las distingue del *lucro cesante*, esto es, las expectativas de ganancia o el provecho que deja de reportarse<sup>3</sup>.

La sentencia también apoyaba el traslado del riesgo a la administración en la interpretación del artículo 3.º original de la misma Ley 80/93, según el cual el Estado debe garantizar a su contratista *la protección de sus utilidades*. El Consejo de Estado vio en este artículo la consagración de un equilibrio inicial de todo contrato en el que los intereses de las partes estaban delimitados y resultaban incompatibles: para el contratista, la obtención de utilidades, móvil de su interés en contratar, y para la administración, la protección

---

3 Código Civil, art. 1614: “Entiéndese por *daño emergente* el perjuicio o la *pérdida* que proviene de no haberse cumplido la obligación o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado su cumplimiento; y por *lucro cesante*, la ganancia o provecho que deja de reportarse a consecuencia de no haberse cumplido la obligación, o cumpliéndola imperfectamente, o retardado su cumplimiento” (se resalta).

del interés público. Por consiguiente, los eventos imprevistos que alterasen las condiciones iniciales del contrato deberían ser integralmente trasladados a la entidad contratista, en la medida en que su finalidad es la protección del interés general, mientras que, para el contratista, su interés es el obtener beneficios económicos con la ejecución del contrato.

Esta visión maniquea de los intereses opuestos e irreconciliables de las partes también constituía una distorsión de la teoría de la imprevisión, lo que llevó a derogar esta disposición del artículo 3.º de la Ley 80/93, que se prestaba a esta interpretación (Ley 1150/07, art. 32). Bien es cierto que el fundamento particular de esta teoría administrativa (frente a su homóloga del derecho comercial) es que la administración contratante debe garantizar a la colectividad, a los ciudadanos, que el contrato se pueda ejecutar, por cuanto su realización completa compromete los intereses públicos, de tal suerte que la inexecución parcial por las dificultades sobrevinientes tendría consecuencias graves sobre estos. Pero ello no significa que la administración deba asumir integralmente las consecuencias nocivas del evento imprevisto para preservar incólumes las aspiraciones de lucro del contratista. No hay que olvidar que, en estos casos, el origen de la alteración del equilibrio inicial es por completo ajeno a la administración, y el hecho de cubrir el déficit del contrato constituye ya una ventaja enorme para el contratista, quien vería su situación menos protegida en el régimen de estricto derecho privado, por cuanto aquí la imprevisión tan solo genera, en el mejor de los casos, que las partes o el juez deban renegociar el contrato, sobre las nuevas condiciones económicas sobrevinientes (C.Co., art. 868).

La sentencia SAE hizo sin embargo carrera a espaldas de estas críticas, silenciadas por la gran mayoría de la doctrina y la jurisprudencia. Las sentencias del Consejo de Estado y de los laudos arbitrales afirmaron así una situación simplificada en la que los contratistas podían contar con la intangibilidad

de sus aspiraciones de lucro ante cualquier evento imprevisto que no les fuera imputable. En esta línea, una sentencia de la Corte Constitucional reafirmó el principio SAE, anunciando que los contratistas del Estado gozaban de un principio constitucional de “garantía integral del patrimonio de los particulares”, principio según el cual todo riesgo imprevisto debía ser asumido por la administración contratante<sup>4</sup>. La Corte afirmó que el principio se fundamentaba en los artículos 2.º, 13, 58, 83 y 90 de la Constitución, y lo hizo con argumentos que también merecen críticas.

Aunque estos artículos contribuyen a la consolidación de las distintas teorías que desarrollan el principio del equilibrio financiero de los contratos públicos, en realidad no pueden tener el alcance general afirmado por la Corte, quien no analiza en esta sentencia (única que aborda la explicación de las bases del principio enunciado) los alcances particulares y relativos de cada uno de estos fundamentos constitucionales, como puede apreciarse en las siguientes observaciones.

En primer lugar, la Corte reseña el último inciso del artículo 2.º cuando prescribe:

Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades...

El Consejo de Estado había tenido oportunidad de pronunciarse sobre este texto bajo la antigua Constitución de 1886, que lo reproducía exactamente en su artículo 16. Aunque la corporación había encontrado en este texto el fundamento de la responsabilidad administrativa, ante la ausencia de la consagración expresa que hizo luego el artículo 90 de la Carta de 1991, había resaltado que era tan solo un funda-

---

4 cc, sent. C-892/01.

mento de responsabilidad, por lo que no podía concebirse como una fuente directa según la cual el Estado debía responder por toda violación a la vida, honra y bienes de los ciudadanos. En estas condiciones, el artículo no constituye la consagración de ningún régimen concreto de responsabilidad pública y mucho menos de uno privilegiado, que permita afirmar una transferencia automática y general de los riesgos contractuales a la administración contratante. En este mismo sentido, el artículo 90 tampoco consagra un régimen particular de responsabilidad porque, como lo ha señalado la misma Corte Constitucional (de manera explícita con relación a la responsabilidad contractual<sup>5</sup>), el texto es fundamento del principio genérico de la responsabilidad administrativa del Estado, dentro del cual caben todos los regímenes específicos de responsabilidad, no enunciados en la Constitución sino en las leyes y la jurisprudencia administrativa que los identifica, caracteriza y desarrolla.

La Corte también fundamenta la transferencia integral de riesgos imprevistos a las entidades contratantes en el artículo 13 de la Constitución, al constituir el fundamento de la responsabilidad administrativa por el desequilibrio frente a las cargas públicas. Pero, en realidad, los eventos de imprevisión no plantean un problema de desigualdad ante las cargas públicas. El contratista que ve afectada la economía del contrato por eventos ajenos a la entidad contratante no se encuentra en una posición de mayor sacrificio frente a otros contratistas u otros ciudadanos. El fundamento de la responsabilidad por el desequilibrio ante las cargas públicas supone que la entidad responsable ha colocado lícitamente a la víctima en una situación de sacrificio frente a las cargas que tienen que asumir normalmente los ciudadanos en una situación similar, como cuando una obra, en lugar de generar la valorización que usualmente generan las infraestructuras

---

5 cc, sent. C-333/96.

a sus vecinos, produce una desvalorización de la propiedad de un riberano. Este fundamento de responsabilidad supone así, necesariamente, una actuación lícita de la entidad responsable generadora del daño indemnizable, lo cual es, por naturaleza, excluyente de la imprevisión, por cuanto es bien sabido que en la imprevisión el evento sobreviniente no proviene ni lícita ni ilícitamente de la entidad contratante.

Por el contrario, el principio de igualdad ante las cargas públicas sí es fundamento de la responsabilidad en otros eventos de desequilibrio financiero del contrato, en los que su causa es atribuible a la administración contratante, como cuando ella ejerce poderes exorbitantes del contrato, al modificar sus cláusulas o terminarlo unilateralmente, o cuando profiere actos unilaterales que, aunque no tienen por objeto afectar el contrato, alteran sus condiciones de ejecución, eventos comprendidos por la “teoría del hecho del príncipe”. En estos eventos, la administración, en ejercicio de sus prerrogativas de poder público, sí coloca al contratista en una situación de sacrificio particular frente a otros ciudadanos, razón por la cual ha de indemnizarlo más allá del reconocimiento de los gastos efectivos que sufre, de su *punto de no pérdida*, como ocurre en los casos de imprevisión. La Corte extiende entonces a todas las situaciones un fundamento de responsabilidad que, en realidad, tan solo es predicable de algunas de las teorías del equilibrio financiero del contrato.

En cuanto al fundamento del traslado de riesgos a la administración en el artículo 58 de la Carta, referido a la protección de la propiedad privada, la concepción de la Corte supondría afirmar que las utilidades a las que aspira el contratista constituyen un derecho adquirido, característica que no es explicada por la Corte en la citada sentencia C-892/01 y cuyo desarrollo sería difícil de sustentar, en la medida en que tal afirmación no corresponde con las reglas básicas y elementales de la teoría general del contrato y de las obligaciones. En realidad, la Corte se limita a expo-

nerlo como verdad revelada, al punto que lo traduce en el enunciado mismo de la teoría, al afirmar que existe una garantía constitucional de la intangibilidad del patrimonio de los particulares, lo que, explicado como transferencia incondicional e integral de todos los riesgos no previstos a la administración contratante, equivale a afirmar que ella tiene la obligación constitucional de garantizar al contratista que obtendrá los beneficios por él calculados al suscribir el contrato en caso de ocurrencia de imprevistos, y aun cuando estos no provengan de la administración contratante, con o sin su culpa.

En fin, el último fundamento de la Corte es el artículo 83 sobre el principio de la buena fe, que la Corte desarrolla en torno a la conmutatividad objetiva del contrato estatal. A diferencia de los contratos particulares, en los que existe una conmutatividad relativa, por cuanto las prestaciones de cada una de las partes se *miran como equivalentes* a las de su cocontratante (cc, art. 1498<sup>6</sup>), en el contrato estatal esta conmutatividad sería objetiva, según la Corte, de tal suerte que en estos contratos el equilibrio inicial entre las ventajas y las cargas de cada una de las partes tendría un contenido objetivamente equilibrado. Aunque la Corte se inspira en la doctrina ibérica (GASPAR ARIÑO), según la cual la administración no busca un negocio lucrativo en sus contratos y por ello debe buscar un precio justo, la sentencia saca conclusiones extremas, no contempladas por los españoles<sup>7</sup>. Afirmar que existe una equivalencia objetiva inicial entre derechos y obligaciones de las partes implica

---

6 Art. 1498: “El contrato oneroso es *conmutativo*, cuando cada una de las partes se obliga a dar o hacer una cosa que *se mira como equivalente* a lo que la otra parte debe dar o hacer a su vez; y si el equivalente consiste en una contingencia incierta de ganancia o pérdida, se llama *aleatorio*” (se resalta).

7 GASPAR ARIÑO ORTIZ, “El equilibrio financiero del contrato administrativo”, en FELIPE DE VIVERO ARCINIEGAS (comp.), *Contratación estatal: aspectos controversiales*, Memorias IV Jornadas de Contratación Estatal, Bogotá, Universidad de los Andes, 2007, p. 64; GASPAR ARIÑO ORTIZ, *Teoría del*

que los contratos públicos tienen que reflejar una transacción objetivamente neutra y justa en la que es obligatorio pactar que las prestaciones del contratista están remuneradas por un precio objetivamente justo, que refleja estrictamente su valor y el margen de utilidad también objetivamente justo.

Sobre la base de esta transacción objetivamente equilibrada, la Corte encuentra que sería contrario a la buena fe el que la administración no reequilibrara el contrato en eventos de imprevisión, reconociendo a su contratista todas las expectativas de lucro que tenía al momento de contratar.

Pero, la afirmación de un equilibrio inicial objetivo está muy alejada de la realidad, tanto desde el punto de vista económico como desde el punto de vista jurídico. Económico, porque sería afirmar que los contratos públicos son ajenos e impermeables a la economía de mercado, que se encuentra en la base de nuestro sistema constitucional. Por lo demás, desconoce que el precio en los contratos públicos, si bien surge de los parámetros indicados por la administración, al establecer un presupuesto en la preparación del contrato, se concreta en la propuesta específica del contratista. Esta razón se refuerza con la dinámica reciente de los procesos de selección, esencialmente centrados en el factor precio, y excluiría la posibilidad misma de los procedimientos de subastas y subastas inversas, fundados en la libre disponibilidad de los precios por parte de los proponentes.

Y, desde el punto de vista jurídico, además de la exclusión de estos procedimientos previstos por la ley, habría que encontrar una sanción legal a la violación del supuesto principio de equivalencia objetiva, so pena de quedar en una situación simplemente moral. Pero, el derecho positivo no contiene ninguna sanción. Bien por el contrario, siguiendo la lógica liberal que orienta el Código Civil, nuestro sistema



no contempla sino excepcionalmente acciones jurídicas por lesión, exigiendo que esta sea enorme, al consagrar que solo es posible cuando un contrato contempla un precio superior o inferior a la mitad de los precios del mercado y, más restrictivo aún, solo en los contratos de compraventa de inmuebles<sup>8</sup>.

Y, en cuanto a la violación del principio de buena fe, la Corte extiende los efectos de la clásica cláusula *rebus sic stantibus*, fundamento de la revisión de los contratos privados por cambio grave de sus condiciones de ejecución (C.Co., art. 868). En efecto, la imprevisión del derecho comercial se fundamenta en que el carácter vinculante de los contratos, enunciado en la máxima *pacta sunt servanda*, no puede mantenerse ante el cambio grave de circunstancias de su ejecución. Las obligaciones de las partes no se limitan a lo expresamente estipulado en el contrato, sino que también comprenden su ejecución de buena fe (cc, art. 1603<sup>[9]</sup>), lo que en la concepción moderna obliga a las partes a prestarse la colaboración necesaria para cumplir el objeto del contrato<sup>10</sup>. Por consiguiente, en aplicación de este principio, las partes deben buscar una adaptación de las prestaciones inicialmente contratadas cuando ellas se ven afectadas por el cambio esencial de las condiciones que les dieron origen.

8 cc, art. 1946: “El contrato de compraventa podrá rescindirse por lesión enorme”.

Art. 1947: “El vendedor sufre lesión enorme cuando el precio que recibe es inferior a la mitad del justo precio de la cosa que vende; y el comprador a su vez sufre lesión enorme, cuando el justo precio de la cosa que compra es inferior a la mitad del precio que paga por ella.

“El justo precio se refiere al tiempo del contrato”.

Art. 1949. Derogado. Ley 57/887, art. 32: “No habrá lugar a la acción rescisoria por lesión enorme en las ventas de bienes muebles, ni en las que se hubieren hecho por ministerio de la justicia”.

9 Art. 1603: “Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no solo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por la ley pertenecen a ella”.

10 FERNANDO HINESTROSA, *Derecho Civil: Obligaciones*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1969, p. 58.

El principio identificado por la doctrina fue consagrado por nuestro Código de Comercio en su artículo 868. Pero, como se puede apreciar en este artículo, la materialización del principio de la buena fe consiste en el deber de adaptar el contrato a las nuevas condiciones, lo que en nada nos expresa cuál de las partes ha de asumir los riesgos imprevistos<sup>11</sup>. La lacónica expresión de este artículo deja al juez la tarea de adaptarlo según lo que las condiciones específicas del caso y la equidad indiquen, lo cual no permite interpretar que la administración siempre tenga que asumir todo el riesgo materializado indemnizando plenamente a su contratista.

Hemos ya resaltado que el artículo 5.1 de la Ley 80/83 comprende una solución más ventajosa para el contratista de la administración, pero ella tan solo transfiere una parte del riesgo a la administración, obligándola a colocar a su colaborador en un *punto de no pérdida*, con el alcance que hemos reseñado.

La sentencia de la Corte merece así fuertes críticas, pero en realidad, como en el caso de la sentencia SAE en la que se inspira, tampoco fue objeto de ellas ni por la mayoría de la doctrina, ni por la jurisprudencia de varios años. Bien por el contrario, la concepción de la Corte ha inspirado muchas decisiones posteriores creando la aparente evidencia, no fundada, de una solución simplista para todo caso de desequilibrio contractual, que impone un tratamiento general, extremo e injustificadamente favorable a los contratistas de la administración.

---

11 C.Co, art. 868: "*Revisión del contrato por circunstancias extraordinarias*. Cuando circunstancias, extraordinarias, imprevistas o imprevisibles, posteriores a la celebración de un contrato de ejecución sucesiva, periódica o diferida, alteren o agraven la prestación de futuro cumplimiento a cargo de una de las partes, en grado tal que le resulte excesivamente onerosa, podrá ésta pedir su revisión.

"El juez procederá a examinar las circunstancias que hayan alterado las bases del contrato y ordenará, si ello es posible, los reajustes que la equidad indique; en caso contrario, el juez decretará la terminación del contrato.

"Esta regla no se aplicará a los contratos aleatorios ni a los de ejecución instantánea".

## II. REVISIÓN JURISPRUDENCIAL

No obstante estas constataciones, la jurisprudencia posterior, tanto de la Corte Constitucional como del Consejo de Estado, ha enunciado una revisión de fondo sobre la concepción de la transferencia integral de riesgos imprevistos a la administración contratante.

En primer lugar, la Corte ha reconocido que el tema de los regímenes de responsabilidad de la administración no es de orden constitucional sino legal y jurisprudencial, esto con ocasión de una demanda de inconstitucionalidad contra múltiples artículos de la Ley 80/93 y contra el artículo 16 de la Ley 446/98 que prescribe:

Artículo 16. *Valoración de daños.* Dentro de cualquier proceso que se surta ante la Administración de Justicia, la valoración de daños irrogados a las personas y a las cosas, atenderá los principios de reparación integral y equidad y observará los criterios técnicos actuariales.

El demandante consideró que este artículo, así como otras disposiciones de la Ley 80/93 (arts. 4º, 5.1 y 27), consagran criterios de indemnización ambivalentes y extremos, que han permitido a la jurisprudencia condenas excesivamente onerosas contra el Estado. La Corte descarta los argumentos económicos, no jurídicos, pero recuerda sentencias en las que la misma Corte ha declarado que “el derecho a la reparación es un derecho regulable y materia de configuración legislativa”<sup>12</sup>, “en la medida en que la Constitución política no define ni precisa el concepto de reparación integral”<sup>13</sup>. La Corte reitera así su sentencia C-916/02 en la que precisó que el legislador:

---

12 “Cfr., entre otras, la sentencia C-916 de 2002 (M.P. MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA)”. (Cita original de la sentencia.)

13 CC, sent. C-965/03.

... al definir el alcance de la “reparación integral” puede determinar cuáles daños deben ser tenidos en cuenta, y en esa medida incluir como parte de la reparación integral los daños materiales directos, el lucro cesante, las oportunidades perdidas, así como los perjuicios morales, tales como el dolor o el miedo sufridos por las víctimas, los perjuicios estéticos o los daños a la reputación de las personas, o también los llamados daños punitivos, dentro de límites razonables. Puede también el legislador fijar reglas especiales para su cuantificación y criterios para reducir los riesgos de arbitrariedad del juez. Estos criterios pueden ser de diverso tipo. Por ejemplo, pueden consistir en parámetros que orienten al juez, en límites variables para ciertos perjuicios en razón a lo probado dentro del proceso para otra clase de perjuicios, o en topes fijos razonables y proporcionados.

Y, en cuanto a las reparaciones previstas en las disposiciones de la Ley 80/93 demandadas, la Corte reconoce que la jurisprudencia administrativa no ha sido uniforme, pero es a ella a la que corresponde fijar los parámetros pertinentes de valoración de las indemnizaciones correspondientes.

La decisión es trascendente en relación con el fundamento de la responsabilidad por cuanto la remisión a la definición legal y jurisprudencial conlleva necesariamente, aunque la Corte no lo diga de manera expresa, que el tema no es de orden constitucional<sup>14</sup>. La Corte abandona así su afirmación del supuesto principio constitucional de transferencia integral de riesgos no previstos, dejando a la jurisprudencia especializada la caracterización de los distintos regímenes de responsabilidad, que comprende la interpretación de las reglas de reequilibrio financiero del contrato.

Siendo así, debemos entonces referirnos a la evolución de la jurisprudencia del Consejo de Estado, que abandonó la posición de la sentencia SAE de 1996, con ocasión de un

---

14 cc, sent. C-965/03, cit.

caso que planteaba la aplicación de la teoría del hecho del príncipe por la aplicación de una ley que extendió el impuesto, llamado comúnmente de guerra, a cargo de los contratistas de obra pública de construcción o mantenimiento de carreteras, extensión que afectó los contratos que estaban en curso de ejecución.

El Consejo de Estado explica en esta sentencia de 2003<sup>[15]</sup> que las distintas teorías relacionadas con el equilibrio financiero del contrato, en particular el hecho del príncipe y la imprevisión, tienen condiciones particulares así como consecuencias distintas. El alto Tribunal vuelve así a la caracterización clásica de la imprevisión en torno a sus tres elementos constitutivos, citando los autores franceses, y reforzando la particularidad de cada uno de ellos.

En primer lugar, la existencia de un hecho exógeno a las partes, que se presenta con posterioridad a la celebración del contrato, lo que excluye las actuaciones de la administración contratante que serían, eventualmente, constitutivas de un primer elemento de otra teoría del equilibrio financiero, esto es, el hecho del príncipe.

En segundo lugar, la alteración extraordinaria y anormal de la ecuación financiera del contrato, lo que impone un análisis concreto de las condiciones inicialmente pactadas para poder establecer lo que puede considerarse como inherente al mismo, y definir así el “límite extremo de los aumentos que las partes habían podido prever”. Es esta una exigencia que marca un distanciamiento esencial con la sentencia SAE, por cuanto el Consejo de Estado afirma que el contratista debe

... probar que se halla en déficit, que sufre una pérdida verdadera. Al emplear la terminología corriente, la ganancia que falta, la falta de ganancia, el *lucrum cessans*, nunca se toma en

---

15 CE, sec. III, sent. 29/05/03, exp. 14577.

consideración. Si el sacrificio de que se queja el contratante se reduce a lo que deja de ganar, la teoría de la imprevisión queda absolutamente excluida. Por tanto, lo que se deja de ganar no es nunca un alea extraordinario; es siempre un alea normal que debe permanecer a cargo del contratante<sup>16</sup>.

Por último, el Consejo de Estado también resalta el alcance de la imprevisibilidad del hecho que altera el equilibrio, al exigir el análisis concreto de lo que las partes previeron específicamente en el contrato, en particular desde el punto de vista financiero, como posibles alteraciones. La normalidad de lo previsible tiene entonces también un ingrediente relativo importante. Primero, porque excluye cualquier negligencia de las partes, en el sentido de excluir todo lo que las partes debieron prever como normalmente posible, dadas las condiciones específicas del contrato. Segundo, porque será necesario analizar el margen de imprevistos establecido en el contrato.

Este último ingrediente es valorado por la jurisprudencia para poder establecer lo que la doctrina francesa denomina el umbral de la imprevisión, esto es, el límite financiero que permite determinar que se ha desbordado lo previsible y establecer que estamos ante un perjuicio particularmente grave, elemento este que también caracteriza la imprevisión.

La sentencia formuló así que este umbral de imprevisión era fácilmente visible en los contratos pactados a precios unitarios, en los que la composición del precio de cada unidad comprende el cálculo de los factores constitutivos de los costos fijos, a los cuales se suman los imprevistos y la utilidad del contratista, factores comúnmente conocidos con la sigla "AIU". El Consejo de Estado resalta que los imprevistos así determinados por las partes deben tenerse en cuenta al momento de determinar este límite o umbral de previsibili-

---

16 Ibid.

dad, por lo que rechazó los argumentos del demandante que pretendió limitar el porcentaje de imprevistos a una reserva destinada a los pequeños sobrecostos normales del contrato.

La consecuencia práctica de la caracterización específica de las condiciones de imprevisión es significativa, por cuanto ha de hacerse un análisis específico tanto de las condiciones iniciales del contrato como de las circunstancias que vienen a alterar su equilibrio financiero. Al contratista no le basta entonces afirmar, e incluso probar genéricamente, la ocurrencia de hechos sobrevinientes extraordinarios, sino que ha de establecer concretamente que ellos alteraron las condiciones específicamente pactadas, de tal suerte que los riesgos que las partes específica o implícitamente habían previsto en el contrato se vieron desbordados, lo que significa que el déficit efectivo del contrato fue más allá del monto de imprevistos específicamente establecido. Pero, además, como el Consejo de Estado considera que la pérdida de la ganancia no es un álea extraordinario, como hemos visto, el contratista también debe tener en cuenta que la afectación de las utilidades, aun en la integralidad del porcentaje previsto, no permite considerar que el umbral de imprevisión se ha visto desbordado.

En estas condiciones, el Consejo de Estado establece la determinación financiera del umbral de imprevisión. Para que el contratista tenga derecho a la aplicación de la teoría ha de demostrar que la economía del contrato se vio afectada en tal magnitud que su ejecución le generó costos adicionales que no pudieron ser cubiertos por el porcentaje de imprevistos establecido más el porcentaje de utilidad con el que contaba también de manera específica para ese contrato. Este umbral de imprevisión también marca el monto de la indemnización a que tiene derecho, por cuanto la administración contratante no tendrá a su cargo ni las utilidades dejadas de percibir, ni el porcentaje de imprevistos identificado en el contrato, sino el simple restablecimiento *a un punto de no pérdida*, que no los comprende. También aquí la distancia con la sentencia SAE es esencial.

Esta sentencia ha sido ratificada en múltiples oportunidades por el Consejo de Estado<sup>17</sup> y ha tenido influencia en la justicia arbitral, aunque la caracterización específica de la figura con el llamado especial a analizar las condiciones específicas del contrato y de las circunstancias de su ejecución no comprende una valoración sistemática y homogénea.

### III. BALANCE PENDIENTE

La evolución jurisprudencial marcó un distanciamiento significativo con el análisis abstracto y genérico del equilibrio contractual que caracterizó en su momento la jurisprudencia. Su abandono no es sin embargo absoluto y con frecuencia se citan sus argumentos para defender visiones más emotivas que técnicas del equilibrio, en las que se resaltan argumentos como el sacrificio particular de los contratistas del Estado, el régimen de subordinación al que están sometidos, el desequilibrio ante las cargas públicas o su carácter de colaboradores de la administración contratante.

Estos elementos, que en efecto forman parte del contrato estatal, afirmados sin un análisis específico de la caracterización del contrato en cuestión y de las condiciones igualmente particulares de su ejecución, así como de las condiciones igualmente específicas de las distintas teorías del equilibrio financiero del contrato, no tienen un valor específico y no ofrecen fundamentos técnicos de resolución de los problemas, distintos de un aura de particularidad de los contratos con el Estado, en los que la administración debe mantener la indemnidad absoluta del contratista por

---

17 CE, sec. III, sents. 30/10/03, exp. 04/02/10, exp. 15400; 17213; 04/02/10, exp. 15400. 29/05/03, exp. 14577; 18/09/03, exp. 15119; 30/10/03, exp. 17213 y exp. 2157; 11/12/03, exp. 16433 ; 02/09/04, exp. 14578 ; 07/12/05, exp. 15003; 07/03/07, exp. 15799; 19/02/09, exp. 19055; 04/02/10, exps. 15665, 15400, 16022, 16017; 08/02/12, exp. 20344 y 28/06/12, exp. 21990.



su sacrificio en aras del interés general, idea que sintetiza el lastre de la sentencia SAE.

Por otra parte, el análisis concreto de hechos, pactos y circunstancias resaltado por el Consejo de Estado en la actualidad invita a resolver aspectos de las teorías que se han quedado pendientes y que constituyen dificultades importantes de su aplicación.

El primero es la delimitación del problema del equilibrio financiero del contrato. Siguiendo la jurisprudencia, la Ley 80/93 incluyó dentro de los factores de desequilibrio contractual el incumplimiento de las obligaciones contractuales (art. 5.1)<sup>18</sup>. Aunque nuestra doctrina más autorizada considera finalmente teóricas las críticas a esta distinción<sup>19</sup>, la caracterización del incumplimiento como fuente de obligación de responsabilidad marca sus diferencias frente al problema que se presenta en los casos de restablecimiento del equilibrio financiero del contrato. Mientras que en el primer caso se busca indemnizar todo el daño derivado del incumplimiento, sin modificar en absoluto las prestaciones y obligaciones inicialmente pactadas, según las reglas de las obligaciones y de la responsabilidad contractual, en el segundo se busca volver a las condiciones originalmente establecidas, justamente porque eventos posteriores a la suscripción del contrato, imprevisibles para las partes, han cambiado las bases de su ejecución. En el primer caso es necesario indemnizar el daño generado, para respetar

18 Los contratistas “tendrán derecho, previa solicitud, a que la administración les restablezca el equilibrio de la ecuación económica del contrato a un punto de no pérdida por la ocurrencia de situaciones imprevistas que no sean imputables a los contratistas. Si dicho equilibrio se rompe por incumplimiento de la entidad estatal contratante, tendrá que restablecerse la ecuación surgida al momento del nacimiento del contrato” (se resalta).

19 LIBARDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, “La teoría de la imprevisión en los contratos administrativos” en *Derecho administrativo iberoamericano*, VÍCTOR HERNÁNDEZ MENDIBLE, coord., Paredes, Caracas, 2007, t. III, p. 2199-2229; Íd., *El equilibrio económico en los contratos administrativos*, Temis, Bogotá, 2009.

las condiciones originalmente pactadas; en el segundo, es necesario adaptar estas condiciones para compensar la alteración de las circunstancias que dieron origen al contrato.

Esta identificación de particularidades del equilibrio financiero de contrato es importante para distanciarse de la noción generalizada que extiende su alcance a cualquier problema de ejecución del contrato, que tanto desorden ha causado en la materia.

El segundo aspecto pendiente es el desarrollo de las consecuencias de la caracterización y fundamento de la teoría de la imprevisión, enunciadas por el Consejo de Estado, que se puede declinar en varias observaciones derivadas de la exigencia de un desequilibrio grave de las condiciones inicialmente pactadas.

Como hemos enunciado, para identificar la existencia de un desequilibrio grave se alude a la materialización de riesgos anormales durante la ejecución del contrato. Ello es una exigencia ya difícil, por cuanto la normalidad no es un estado general e inmutable, sino que depende de muchas condiciones específicas del contrato. La *normalidad* en el cumplimiento de obligaciones de medios es menos rigurosa que la *normalidad* en las obligaciones de resultado. La *normalidad* en un contrato a precio global fijo es más estricta que la *normalidad* en un contrato a precios unitarios o en un contrato convenido con administración delegada. La *normalidad* en un contrato de simple suministro de papelería para una entidad no es la misma que en el caso de un complejo contrato informático o para la construcción de una hidroeléctrica.

Pero, esta no es la única caracterización del desequilibrio. En la medida en que el auxilio de imprevisión reconocido al contratista tiene por fundamento permitirle superar el déficit del contrato, es necesario establecer este déficit de manera concreta. Si, como lo ha establecido el Consejo de Estado, la preservación de la ecuación contractual no conlleva un seguro asumido por el Estado para garantizar a su contratista la obtención de beneficios, y si tenemos

en cuenta que en los eventos de imprevisión los hechos generadores de mayores costos del contrato no son, en absoluto, atribuibles a la entidad contratante, será necesario establecer que el contrato globalmente se ejecuta a pérdida. Esta característica, resaltada por la doctrina y la jurisprudencia clásica francesas de la imprevisión, exige entonces hacer un balance general de la economía del contrato, para establecer su situación financiera negativa, esto es, que la ejecución del contrato arroja pérdidas. Nuestro Consejo de Estado lo recordaba de manera genérica en la sentencia de 2003, citando al maestro JÈZE:

Para calcular el monto de dicha carga [se refiere a la excepcional], es preciso sumar el total de los gastos propios de la explotación y el total de los ingresos y créditos, comparando luego los dos totales. *No debe deducirse, del déficit total, la parte que correspondería al alza que se juzga previsible de los elementos del precio de costo. [...] [P]ara determinar si la explotación es deficitaria, se debe considerar todo el contrato y no tal o cual parte de éste. Puede suceder que una cláusula del contrato entrañe una pérdida. Esto no basta; es necesario tener en cuenta todas las cláusulas del contrato. Si, con todos estos elementos, la explotación no resulta deficitaria debido a circunstancias excepcionales, la teoría de la imprevisión no se aplica. Ello sucederá con mayor razón si, en definitiva, el contratante obtiene un beneficio del conjunto del contrato*<sup>20</sup>. (Resalta la Sala)<sup>21</sup>.

---

20 “Ob. cit., p. 57 [*Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*. París, Dalloz, 11.<sup>a</sup> ed., pp. 176, 177]. La ejecución del contrato debe comportar un déficit realmente importante y no un simple lucro cesante. La noción de déficit importante es apreciada por el juez con respecto al conjunto de circunstancias del caso. Así, el aumento de diversas cargas sociales específicas para la Martinica que representó una carga suplementaria del 2% del monto definitivo de un contrato “no puede considerarse como una causa que entrañe un trastorno del equilibrio financiero del contrato”: Consejo de Estado francés, sentencia del 2 de julio de 1982. *Société routiere colas*. *Ibidem*. P. 180-181”. (Cita original de la sentencia.)

21 CE, sec. III, sent. 29/05/03, exp. 14577.

Por consiguiente, no será suficiente establecer que determinadas y puntuales prestaciones son más costosas de lo previsto originalmente, como lo hacen con frecuencia las sentencias, bien sea del Consejo de Estado o arbitrales, por cuanto las pérdidas efectivas de algunas prestaciones pueden ser compensadas con las ganancias efectivas por la ejecución de otras prestaciones del contrato.

Quiere ello decir que el establecimiento del desequilibrio no solo conlleva un análisis técnico, para establecer la *anormalidad específica* del suceso sobreviniente, sino que, además, es necesario un análisis financiero global del contrato, para establecer que su ejecución genera un resultado contable negativo. El contrato es entonces, para la imprevisión, un universo íntegro cuyo balance general es necesario establecer. Así como el estadio inicial del contrato, con sus beneficios y cargas para las partes, determina el equilibrio pactado, será necesario establecer que el análisis financiero del conjunto de beneficios y cargas deja un resultado negativo para el contratista.

Esta condición nos pone de presente una complejidad técnica financiera significativa, cuya amplitud dependerá también de la complejidad del montaje financiero contractual. Analizar el balance financiero será así más sencillo en un contrato a corto plazo, con una remuneración consistente en un precio fijo determinado, mientras que será complejo en un contrato a largo plazo, más aún con una remuneración fluctuante, como ocurre con la concesión. Además, el balance financiero del contrato exigirá el conocimiento concreto de su estructura financiera inicial, por cuanto solo así podrá establecerse que esta se ha visto desbordada por los eventos sobrevinientes.

En fin, el fundamento de la justificación y delimitación de la indemnización por imprevisión también hace importante diferenciar las situaciones de imprevisión de otras que alteran el equilibrio financiero por otras razones, como el hecho del príncipe, las sorpresas o sujeciones materiales

imprevistas, o el ejercicio de poderes contractuales exorbitantes, como la modificación o la terminación unilaterales por causas de interés general, casos que tienen, cada uno, características específicas para su reconocimiento, de conformidad con las teorías respectivas, y consecuencias indemnizatorias igualmente diversas. Dichas particularidades no son abordadas en este análisis, en la medida en que exigen explicaciones detalladas, pero su sola mención pone de presente la complejidad de las diversas situaciones que pueden alterar el equilibrio financiero del contrato, lo que impide un tratamiento y una concepción global y única de cualquier situación.

Desde otro punto de vista, el mismo fundamento y objetivo de la indemnización por imprevisión, de permitir al contratista superar la situación de déficit para lograr la ejecución del contrato, para alcanzar así los fines de interés general que este persigue, explica una característica adicional que nuestra jurisprudencia, tanto administrativa como arbitral, nunca ha tenido en cuenta, esto es, la temporalidad del hecho generador del desequilibrio. En efecto, el objetivo de la imprevisión es superar una situación anormal sobreviniente que, sin culpa de ninguna de las partes, las ha sacado de los términos contractuales, imponiéndoles mayor onerosidad para poder cumplir su objeto. Pero esta solución no es posible cuando el contrato se ha desequilibrado definitivamente y permanentemente, esto es, si el auxilio de imprevisión no permite volver a las condiciones normales previstas. En estos eventos, el contrato tendrá un desequilibrio esencial y definitivo que impide su continuación, en la medida en que el contrato ya no responde a su objetivo inicial. La situación deficitaria permanente indica que el contrato se tornó definitivamente inviable, desde el punto de vista financiero. La administración debería asumir así un déficit permanente con un costo desproporcionado frente a los fines públicos que se satisfacen con la ejecución del contrato. Y el contratista, por su parte, tendría que asumir

la ejecución del contrato sin las ganancias a que aspiraba inicialmente, por cuanto la indemnización de imprevisión no se las cubre, lo cual sería contrario a las elementales expectativas lícitas que tiene cualquier empresa que contrate con el Estado.

Esta característica de la imprevisión, como las otras, fue reconocida y consagrada de vieja data por la jurisprudencia francesa, y se ilustra más recientemente con una sentencia en la cual el alto Tribunal francés juzgó un caso de imprevisión en el que un concesionario de un servicio de acueducto municipal vio alterado definitivamente el equilibrio financiero del contrato por la grave contaminación de la fuente que abastecía el acueducto concedido, lo que lo obligó a reemplazarla por otra fuente 100 kilómetros más lejos. El Consejo de Estado francés consideró que esta situación, calificada de fuerza mayor administrativa, hacía inviable financieramente el contrato, por lo que la administración no estaba obligada a preservar el vínculo jurídico por todos los años que quedaban hasta la terminación de la concesión, en una situación permanente y estructuralmente deficitaria. El concesionario tenía derecho al auxilio de imprevisión por todo el déficit efectivo que había soportado, pero el contrato tenía que renegociarse sobre las nuevas bases o bien terminarse anticipadamente.

Entre nosotros, la falta de aplicación de esta característica ha generado sentencias que obligan a la administración a soportar déficits financieros definitivos de concesiones en las que su equilibrio se ha roto definitivamente, como ocurrió con el laudo arbitral Santa Marta Paraguachón<sup>22</sup>. En este caso de concesión vial, el Estado se comprometió a asumir un tráfico mínimo para los ingresos de la concesión por peajes, como ventaja importante para el contratista. El

---

22 Tribunal de arbitramento *Concesión Santa Marta Paraguachón vs. Instituto Nacional de Vías*, 24/08/01.

equilibrio inicial financiero así establecido se rompió gravemente cuando circunstancias ajenas a las partes, originadas en la gran crisis económica de finales de los años noventa y la situación económica de Venezuela, hicieron que el tráfico previsto cayera a un tercio del volumen establecido contractualmente. La situación caracterizaba las condiciones para el reconocimiento de la imprevisión, como lo declaró el laudo, pero este juzgó, aun en contra de pretensión expresa del concesionario demandante, que el contrato no debía resolverse y que la administración contratante estaba en la obligación de asumir este enorme déficit definitivo por los años que faltaban para la terminación de la concesión. El resultado es un lastre financiero para las finanzas públicas por muchos años, lo que permite apreciar cómo la distorsión de las condiciones de imprevisión tiene consecuencias prácticas gravísimas.

Finalmente, también resulta esencial definir las relaciones entre las teorías sobre el equilibrio financiero del contrato y la definición explícita de riesgos, ordenada hoy para todo contrato por el artículo 4.º de la Ley 1150/07, en la medida en que obedecen a lógicas contractuales distintas. En efecto, las teorías sobre el equilibrio financiero del contrato responden a la lógica del contrato administrativo francés, en el que la entidad contratante es titular de la protección de interés generales y públicos en el contrato, lo que justifica sus poderes exorbitantes frente a su contratista, así como el tratamiento particular de protección del contratista en el seno de todas las teorías, al consagrar que este tiene a su cargo los riesgos normales, connaturales a las condiciones particulares del contrato, de tal suerte que la administración contratante asumirá total o parcialmente los riesgos suplementarios, según las reglas de las distintas teorías, como hemos enunciado. Por el contrario, la definición explícita de los riesgos asumidos por cada una de las partes es la expresión de otra concepción del contrato, de influencia anglosajona, en la que lo esencial es forjar un instrumento

negocial que sea autosuficiente, completo, en cuanto ha de prever todas las situaciones posibles que se puedan presentar, anticipando las sorpresas y riesgos de toda suerte que puedan ocurrir durante la ejecución del contrato, para que las partes definan desde el comienzo cuál de ellas ha de asumir los diferentes riesgos enunciados. En esta lógica, no hay una solución frente a los eventos que constituyan riesgos no previstos por las partes, en la medida en que en estos eventos se está en una situación ajena al universo contractual.

Podría pensarse, en principio, que las lógicas son complementarias, en la medida en que las partes han de definir y distribuir todos los riesgos que se puedan calcular, bajo la segunda concepción expuesta, dejando la aplicación de las teorías del equilibrio financiero del contrato para los casos no previstos, en la medida en que la imprevisión es una característica general de todas las teorías sobre el equilibrio financiero del contrato. No obstante, la aplicación complementaria no es sencilla, puesto que las soluciones parten de lógicas diferentes. La aplicación complementaria de las dos concepciones exige definir de manera muy concreta y precisa lo que serán los riesgos asumidos por cada una de las partes, para poder establecer de manera igualmente concreta tanto la *normalidad relativa*, definida específicamente en el contrato analizado, como la *previsibilidad*, igualmente particular, que las partes han estipulado. Ejercicio que no es fácil tanto desde el punto de vista técnico como jurídico.

Desde el punto de vista técnico, porque la definición, evaluación y distribución de los riesgos es tarea de alto contenido técnico y extrajurídico, que comprende análisis históricos, estadísticos, matemáticos y de otras disciplinas especializadas, según el objeto del contrato. Los juristas no estamos en capacidad técnica de determinar los eventos que son corrientes o extraordinarios en las múltiples disciplinas concernidas por los contratos. Y, desde el punto de vista jurídico, por cuanto existen superposiciones de categorías entre



los riesgos asumidos por las partes y su valoración, siendo que unos y otros no son ajenos a las condiciones normales de ejecución de los contratos y, concretamente, al alcance normal de las prestaciones que las partes se obligan a cumplir. Así, en un contrato de transporte existen obligaciones de resultado que hacen normal un alto riesgo asumido por el transportador. Analizar y distribuir los riesgos inherentes a esta prestación puede ser artificial y errado, en la medida en que ellos se derivan de las reglas generales aplicables a este tipo de contratos.

Este ejemplo se declina en múltiples posibilidades de los muy variados objetos contractuales, que generan una dificultad en su definición y en el establecimiento de las consecuencias.

Y, por otra parte, también existe dificultad en la definición de la libertad contractual que las partes tienen con relación a la definición de los riesgos. En principio, a la luz de la concepción anglosajona y de la redacción del artículo 4.º de la Ley 11150/07, la libertad será muy grande. El umbral de la imprevisión más o menos exigente será entonces objeto de esta definición a cargo de las partes. No obstante, existe la tendencia a considerar que los contratos públicos tienen unos riesgos normales, definibles objetivamente, y que ellos constituyen un elemento de orden público contractual no disponible para las partes. Así, un laudo arbitral consideró que las partes no podían definir en una cláusula ciertas cargas drásticas para el contratista. Aunque en el caso específico la cláusula establecía como carga del contratista riesgos indefinidos, lo que sería en efecto ilícito, el laudo va mucho más lejos, estableciendo que al concesionario no podían corresponderle sino los riesgos normales inherentes a su actividad<sup>23</sup>, lo que en el fondo da al traste con la

---

23 Tribunal de arbitramento *Tren de Occidente S.A vs. Instituto Nacional del Concesiones*, 20/05/11: “Si bien la entidad pública según lo estipulado

definición de riesgos que el legislador de 2007 previó para todo contrato.

La teoría de la imprevisión tiene así una caracterización muy concreta que la jurisprudencia no ha decantado suficientemente. Si bien podemos considerar abandonada la posición simplista de la sentencia SAE, su lastre aún se deja sentir. La inseguridad jurídica que ello conlleva hace en extremo deseable que la jurisprudencia profundice más en la caracterización particular de las condiciones y consecuencias de la teoría, para diferenciarla de manera más clara de otras relativas al equilibrio financiero del contrato, así como de la dinámica de identificación y distribución de riesgos contractuales.

---

en la cláusula 67 del contrato, solamente asumió los riesgos derivados de circunstancias constitutivas de fuerza mayor o caso fortuito, ello no implica que no deba restablecer a favor del concesionario las condiciones económicas del contrato, en los eventos en que éstas hubieren resultado desequilibradas debido al acaecimiento de circunstancias o riesgos anormales o extraordinarios, pues --valga la reiteración-- los riesgos atribuidos a los contratistas de la Administración se asumen solo en condiciones de normalidad y previsibilidad”.



Editado por el Departamento de Publicaciones  
de la Universidad Externado de Colombia  
en diciembre de 2014

Se compuso en caracteres Palatino de 11 puntos  
y se imprimió sobre propalbond de 70 gramos  
Bogotá (Colombia)

*Post tenebras spero lucem*

