

JOSÉ LUIS BENAVIDES

*Influencia internacional en la contratación estatal*



## SUMARIO

Introducción; 1. *e-procurement*: más allá de la publicidad; 1.1. Un primer paso: ampliación de la publicidad; 1.2. El aporte internacional; 1.3. La implementación en América Latina; 2. Cambios conceptuales; 2.1. Abandono de la sustantividad del contrato; 2.2. Incertidumbre sobre el sentido de la función administrativa; 2.3. Confusión entre la función administrativa y sus principios; 2.4. Tendencias internacionales; 2.4.1. Cambios en la concepción de los procesos de selección; 2.4.2. Cambios en el sistema de fuentes; Bibliografía.

## INTRODUCCIÓN

La contratación pública es un campo particularmente sensible a la influencia internacional. Los recursos importantes destinados a los proyectos públicos, su alto porcentaje de impacto en la economía nacional, las complejidades técnicas o las precariedades presupuestales son algunos de los factores más visibles por los que se acude a las empresas extranjeras en la contratación. Desde la construcción del ferrocarril en el siglo XIX hasta las asociaciones público-privadas de cuarta generación contemporáneas, pasando por la exploración y explotación petrolera, con sus cambios de modelos contractuales, los complejos hidroeléctricos, la extracción masiva del carbón, los modelos de contratos de *joint venture* en telecomunicaciones o las distintas generaciones de concesiones, son ejemplos de proyectos contractuales con alta participación extranjera. La seguridad jurídica para la atracción de contratistas y capital foráneos, así como la influencia de modelos internacionales y la cada vez más fácil circulación de información y documentación, hacen de la contratación pública uno de los temas más sensibles a la globalización jurídica<sup>1</sup>. Pero, al mismo tiempo, en la influencia internacional también es tema sensible la corrupción. Las mismas razones de importancia económica y atracción de inversionistas auspician los delitos transnacionales, que han salido a la superficie con tanta amplitud en época reciente, con trascendencia e implicaciones igualmente transnacionales.

---

1 AUBY, JEAN-BERNARD. *La globalisation, le droit et l'État*, 2.<sup>a</sup> ed., LGDJ, París, 2010, p. 62.

La evolución de las manifestaciones de la internacionalización refleja su progresión. El *lobby* directo de las empresas extranjeras para la configuración de contratos del siglo XIX tuvo un carácter distinto con la intervención de la banca multilateral que, a partir de los años setenta, creó mecanismos para asegurar la buena inversión de los recursos prestados o donados a los países con destino a proyectos estratégicos, mediante la imposición de reglas de contratación aplicables por las entidades contratantes en el desarrollo de estos proyectos<sup>2</sup>.

Desde 1974 se concibió 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 actualizaron y complementaron determinando los pasos a seguir y la supervisión sistemática del Banco. Estas reglas han sido objeto de actualizaciones progresivas hasta hoy<sup>3</sup>. Los criterios de economía y eficiencia en la ejecución del proyecto, la igualdad de oportunidades y el fomento de nutrida participación de proponentes, así como la transparencia del proceso de contratación, constituyen valores esenciales de estos procesos. El Banco supervisa así todo el ciclo de los proyectos contractuales derivados de los préstamos que otorga, desde su concepción hasta su pago efectivo, pasando por la validación de la adjudicación, la supervisión de las modificaciones y mecanismos paralelos antifraude, que le permiten exigir revocatorias de la adjudicación. Además, para la fiel aplicación de sus reglas, el Banco organiza regularmente formaciones *on-line*, destinadas a los funcionarios responsables de los procesos en los distintos países. La misma dinámica ha sido también aplicada por el Banco Interamericano de Desarrollo (BID) y, en general, por la banca multilateral. El impacto de estas reglas en el interior de los países prestatarios es evidente. Nuestra legislación permite su aplicación directa, como modalidad de extraterritorialidad de la ley<sup>4</sup>,

---

2 BENAVIDES, JOSÉ LUIS. “La internacionalización de los contratos públicos”, en BENAVIDES, JOSÉ LUIS. *Contratos públicos. Estudios*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2014, pp. 41 ss.

3 La última versión revisada es de 2014: [http://siteresources.worldbank.org/INTPROCUREMENT/Resources/Procurement\\_GLS\\_Spanish\\_Final\\_Jan2011\\_revised\\_July1-2014.pdf](http://siteresources.worldbank.org/INTPROCUREMENT/Resources/Procurement_GLS_Spanish_Final_Jan2011_revised_July1-2014.pdf).

4 Ley 80/1993, art. 13, inciso 4.º, subrogado por la Ley 1150/2007, art. 20. “De la contratación con organismos internacionales. Los contratos o convenios financiados en su totalidad o en sumas iguales o superiores al cincuenta por ciento (50 %) con fondos de los organismos de cooperación, asistencia o ayudas internacionales, podrán someterse a los reglamentos de tales entidades. En caso contrario, se someterán a los procedimientos establecidos en la Ley 80 de 1993. Los recursos de contrapartida vinculados a estas operaciones podrán tener el mismo tratamiento”.

más fuerte que cualquier tratado o compromiso internacional, y numerosas legislaciones latinoamericanas han adoptado normas similares<sup>5</sup>.

La influencia de la banca multilateral no se limita a los proyectos que ella financia. Al comienzo del siglo XXI, y luego de varias crisis en los proyectos financiados para infraestructura básica, la banca multilateral se orientó hacia el refuerzo integral de la legislación contractual en los países prestatarios. El Banco Mundial creó así 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>6</sup> y, sobre la base de los indicadores elaborados por el grupo de trabajo del Banco, la OCDE elaboró en 2004 una “metodología para la evaluación de los sistemas nacionales de adquisiciones”, actualizada hasta 2016<sup>[7]</sup>, cuyo fundamento fue presentado en los siguientes términos:

Los países en desarrollo y los donantes bilaterales y multilaterales trabajaron conjuntamente bajo el auspicio del Comité de Asistencia al Desarrollo (CAD) de la OCDE en la iniciativa de una Mesa Redonda para desarrollar un conjunto de herramientas y normas reconocidas y aceptadas en el ámbito internacional que tienen como objetivo proporcionar una guía para mejorar los sistemas de adquisiciones públicas y los resultados que estos producen. La iniciativa de la Mesa Redonda culminó con la adopción en diciembre de 2004 de la Declaración de Johannesburgo y el compromiso de adopción de la Herramienta de Indicadores de Base para la Evaluación de los Sistemas Nacionales de Adquisiciones<sup>8</sup>.

La aspiración de Colombia de hacer parte de la OCDE ha llevado a una cercanía particular de la institución con la agencia Colombia Compra Eficiente, fruto de lo cual fue presentado en 2016 un documento evaluativo de nuestro

---

5 Argentina (Decreto 1023/01, art. 5); Chile (Ley 19886/03, art. 3.c); Paraguay (Ley 2051/03, art. 2, c); Ecuador (Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, n.º 395 de 2008); El Salvador (Dto.-ley 868/00, art. 4); Honduras (Decreto 74/01, art. 1); México (Ley de obras públicas y servicios relacionados de 2000, art. 12); Nicaragua (Ley 323/99, art. 3); Panamá (Ley 22/06, art. 6); Paraguay (Ley 2051/03, art. 2); Perú (Decreto-ley 1017/08, art. 3); Uruguay (Ley 15903/87, art. 486) y Venezuela (Ley de contrataciones públicas de 2009, art. 4).

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

7 [https://www.oecd.org/governance/ethics/ES\\_MAPS\\_Draft\\_consultation.pdf](https://www.oecd.org/governance/ethics/ES_MAPS_Draft_consultation.pdf).

8 Metodología..., OCDE, versión 2006.

sistema de contratación titulado: “Hacia la contratación pública eficiente en Colombia. Haciendo la diferencia”<sup>9</sup>.

Desde otra perspectiva, el régimen de los contratos públicos ha tenido una fuerte influencia internacional por los capítulos de compras públicas en los tratados de libre comercio (TLC). Ellos incorporan reglas de contratación para las entidades enumeradas por el tratado, a partir de los umbrales del valor del contrato, también precisados en los respectivos tratados. Estas reglas se refieren específicamente al trato nacional dado a las empresas extranjeras del país signatario y a principios generales que deben integrarse en la contratación, con lo cual se incentiva la incorporación generalizada de las prácticas internacionales en contratación, más allá de la aplicación específica de cada tratado<sup>10</sup>. En este sentido, es importante recordar que los TLC proliferan en el mundo y vehiculan valores comunes difundidos a través de ellos. Así, los países desarrollados con los que se han suscrito numerosos tratados han firmado, a su vez, el importante Acuerdo sobre Compras Públicas de la OMC<sup>11</sup>. Igualmente, los países europeos han suscrito TLC por medio de la Unión Europea, que a su vez tiene una nutrida reglamentación sobre contratos públicos mediante directivas de la Comisión. Por esta vía, aunque ni Colombia ni ningún país latinoamericano hayan suscrito el acuerdo de la Organización Mundial del Comercio (OMC), ni sean miembros de la Unión Europea, los valores, principios y prácticas regulados en las normas de contratación allí definidos impregnan los términos de los capítulos de compras públicas de los TLC suscritos por Colombia.

La importancia de los tratados se pone de presente en el manual elaborado por Colombia Compra Eficiente “para el manejo de los Acuerdos Comerciales en Procesos de Contratación”, acuerdos que ya se elevan a diez en 2017<sup>[12]</sup>.

---

9 OECD (2016), *Towards Efficient Public Procurement in Colombia: Making the Difference*, OECD Publishing, París. DOI: <http://dx.doi.org/10.1787/9789264252103-en>.

10 BENAVIDES, JOSÉ LUIS y ÁLVAREZ, JOSÉ MANUEL. “International arbitration and public contracts in Latin America”, en MATHIAS AUDIT (dir.). *Contracts publics et arbitrage international*, Bruylant, Bruselas, pp. 45-80.

11 Ver presentación completa del acuerdo en la página de la OMC: [https://www.wto.org/spanish/tratop\\_s/gproc\\_s/gp\\_gpa\\_s.htm](https://www.wto.org/spanish/tratop_s/gproc_s/gp_gpa_s.htm).

12 [https://www.colombiacompra.gov.co/sites/cce\\_public/files/cce\\_documents/cce\\_manual\\_acuerdos\\_comerciales\\_web.pdf](https://www.colombiacompra.gov.co/sites/cce_public/files/cce_documents/cce_manual_acuerdos_comerciales_web.pdf).

Finalmente, también es importante destacar dos influencias que, si bien pueden considerarse indirectas, también son trascendentes en la evolución de la contratación nacional.

La primera proviene de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (Cnudmi, más conocida por sus siglas en inglés Uncitral), que ha adelantado trabajos de reflexión profunda para la unificación de las prácticas contractuales. Creada por la Asamblea General de Naciones Unidas en 1966 para reducir las limitaciones del comercio internacional por las disparidades entre las leyes nacionales, la Comisión tiene una sección dedicada a la contratación pública que produjo un primer documento en 1987: *Guía jurídica para la redacción de contratos internacionales de construcción de instalaciones industriales*. En los años noventa, el interés evolucionó hacia la contratación de bienes, obras y servicios, concebida como una *ley modelo*, y no solo como una guía normativa. Y al comienzo del siglo XXI, los trabajos se orientaron hacia los proyectos de participación privada, primero, con una *Guía legislativa sobre proyectos de infraestructura con financiación privada*, promulgada en 2000 y complementada con las disposiciones legales modelo sobre la materia en 2004. En 2011 la Comisión concebiría una *Ley modelo* de contratación pública; con una perspectiva más general, el año siguiente, una *Guía* para la incorporación al derecho interno de esta ley modelo, y en 2013 publicaría las *Directrices para la promulgación de un reglamento de la contratación pública*.

El trabajo de la Comisión, consultable en su página de internet<sup>13</sup>, incluidos los numerosos documentos de trabajo<sup>14</sup>, es fuente de inspiración para los países, por tratarse de la reunión de los expertos de todo el mundo, que ofrece un panorama global y ratificado de buenas prácticas en materia contractual.

La segunda influencia se origina en la reunión de altos funcionarios latinoamericanos desde 2003, con el objetivo de analizar los programas de modernización de la contratación pública. Como resultado, se creó la Red Interamericana de Compras Públicas (RICG) 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

13 [http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral\\_texts/procurement\\_infrastructure.html](http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/procurement_infrastructure.html).

14 [http://www.uncitral.org/uncitral/es/commission/working\\_groups.html](http://www.uncitral.org/uncitral/es/commission/working_groups.html).

Conectividad en las Américas (ICA), del Banco Interamericano de Desarrollo (BID) y de la OEA, se creó la Red, como instrumento que auspicia la generación de espacios de reflexión, intercambio y cooperación entre las distintas instituciones de los países miembros. Incluso se ha desarrollado una página de internet en la que se encuentra información sobre los regímenes contractuales del continente y se difunden la actualidad y actividades del sector ([www.ricg.org](http://www.ricg.org)).

La Red tiene una actividad intensa no solo por la reunión periódica de todos los directores de las agencias de contratación pública del continente, sino también por la organización de grupos de trabajo en distintas áreas temáticas, que han comprendido los análisis y las buenas prácticas sobre múltiples temas relacionados con las reformas, los apoyos financieros a las mipymes o las compras públicas sustentables. La Red también ha publicado numerosas investigaciones promovidas por ella y múltiples documentos de trabajo<sup>15</sup>. El intercambio de información y experiencias entre todos los países del continente americano sin duda refuerza las medidas adoptadas en los derechos locales y promueven buenas prácticas generalizadas.

La influencia de estas distintas fuentes internacionales se puede apreciar concretamente en el nacimiento y desarrollo creciente y decidido de nuevas herramientas de contratación que se apoyan en las nuevas tecnologías para crear la contratación electrónica. Al revisar su implementación y el cambio que han conllevado en la contratación, podremos apreciar hasta qué punto la influencia internacional, más allá de los aspectos técnicos, implica un profundo cambio conceptual en la contratación pública.

#### 1. *E-PROCUREMENT*: MÁS ALLÁ DE LA PUBLICIDAD

Sin lugar a dudas, la contratación electrónica es uno de los aspectos que han tenido un avance concreto y perceptible en nuestra contratación pública. Estamos lejos ya del texto original de la Ley 80 de 1993 que ordenaba la publicación de la apertura de las licitaciones por medio de “hasta tres (3) avisos con intervalos entre dos (2) y cinco (5) días calendario [...] en diarios de amplia circulación en el territorio de jurisdicción de la entidad” y preveía incluso la bucólica lectura por bando en los pequeños poblados y

---

<sup>15</sup> Las distintas publicaciones pueden consultarse en <http://ricg.org/primer-componente/contenido/129/es/>

la fijación de avisos en lugares públicos (art. 30.3). El salto tecnológico por la era internet constituyó un primer paso de cambio sustancial que estaría estimulado por los proyectos apoyados por la banca multilateral hacia la implementación específica de la contratación electrónica en todo el subcontinente latinoamericano.

#### I. I. UN PRIMER PASO: AMPLIACIÓN DE LA PUBLICIDAD

La revolución tecnológica impuso la generalización del acceso a internet y los esfuerzos institucionales han llevado conectividad a los poblados más modestos. La publicidad se amplió originalmente mediante un anexo especial del Diario Oficial, el Diario Único de Contratación, creado por una de las tantas leyes anticorrupción (Ley 190/1995, art. 59), que fue finalmente suprimido por una de las tantas leyes antitrámites (Decreto 019/2012, art. 223), para reemplazarlo por la publicación en la página web del Sistema Electrónico para Contratación Pública (Secop). De igual manera, el texto original del Estatuto General de Contratación imponía “la publicación por dos veces de los actos sancionatorios en medios de comunicación social escrita” y en el Diario Oficial, así como comunicación a la cámara de comercio y a la Procuraduría (art. 31). El mismo decreto ley antitrámites sustituyó la publicación en diario por la del Secop (art. 218).

El Secop, creado por el artículo 3.º de la Ley 1150/2007, comportó un cambio esencial en la concepción de la publicidad de los procesos de contratación con la implementación del Portal único de contratación en marzo de 2003. Del simple aviso de difusión del inicio del proceso licitatorio, único medio de publicidad previsto y regulado por el Estatuto General de Contratación original, se pasó a concebir “un punto único de ingreso de información y de generación de reportes para las entidades estatales y la ciudadanía” (lit. b)), de tal suerte que permitiese concentrar la información oficial de toda la contratación, realizada con dineros públicos mediante la definición de los patrones necesarios que permitieran su difusión, a través de medios electrónicos (literal c).

El anclaje de la difusión generalizada de la contratación estaba así creado y el desarrollo reglamentario así como las orientaciones de la agencia Colombia Compra Eficiente se encargarían de definir la amplitud de la difusión, aunque haya quedado pendiente la integración complementaria

y tecnológica con el Registro Único Empresarial (RUE), ordenado por el mismo texto (literal d), y con el Registro Único de Proponentes, llevado por las cámaras de comercio.

La misma Ley 1150/2007 adicionó una herramienta temprana de publicidad al concebir la publicación de los proyectos de pliegos de condiciones y de los estudios previos del futuro contrato (art. 8.º), y la reglamentación actual del Decreto 1082/2015 extendió la publicidad, mediante la regla general de publicación en el sistema de todos los documentos y actos del proceso (art. 2.2.1.1.1.7.1) y, específicamente, del Plan Anual de Adquisiciones (art. 2.2.1.1.1.4.3), los ofrecimientos a otras entidades de bienes muebles que no utiliza la entidad (art. 2.2.1.2.2.4.3), el aviso de convocatoria de todos los procesos de contratación (art. 2.2.1.1.1.7.1), incluido el acto de convocatoria del proceso en enajenación directa (art. 2.2.1.2.2.2.1), el informe de habilitantes (2.2.1.2.2.2.1), el aviso de convocatoria para precalificación en concurso de méritos (art. 2.2.1.2.1.3.4), todas las adendas introducidas a los pliegos (art. 2.2.1.1.2.2.1), el catálogo para acuerdos marco de precios suscrito por Colombia Compra Eficiente (art. 2.2.1.2.1.2.9), los informes de habilitación en subasta inversa (art. 2.2.1.2.1.2.2), la evaluación de ofertas en selección abreviada de menor cuantía (art. 2.2.1.2.1.2.20), la precalificación (art. 2.2.1.2.1.3.5) y la evaluación en concurso de méritos (art. 2.2.1.2.1.3.2), así como en el proceso de mínima cuantía (art. 2.2.1.2.1.5.2), el borrador del acto administrativo de adjudicación (art. 2.2.1.2.1.1.2, núm. 4º), la publicación del contrato (art. 2.2.1.1.2.3.1) y el contrato con el comisionista de bolsa (art. 2.2.1.2.1.2.14).

Con todo, pese a esta ampliación formidable de la publicidad, el salto tecnológico está en realidad en su génesis. El mismo texto referido de la Ley 1150/2007 contempló no solo el uso de las nuevas tecnologías para la difusión y publicidad de las actuaciones contractuales, sino también para la realización misma de los procesos de contratación. Apoyándose en la Ley 527/1999, sobre el comercio electrónico, el artículo 3.º previó el uso estructural de los medios electrónicos para “la sustanciación de las actuaciones, la expedición de los actos administrativos, los documentos, contratos y en general los actos derivados de la actividad precontractual y contractual”. La implementación del Secop II, iniciada diez años después de la Ley 1150 por la agencia Colombia Compra Eficiente, tenía sus bases concretas en estas disposiciones.

## 1.2. EL APORTE INTERNACIONAL

Mirando el panorama internacional, la creación no era una invención local, sino la secuencia lógica de algo comenzado ya hace tiempo. Hemos expuesto las técnicas de evaluación de los sistemas de contratación nacional por parte de los organismos internacionales, en particular el sistema de valoración desarrollado por el Banco Mundial y la OCDE. Estos análisis promovieron específicamente el desarrollo de la contratación electrónica y la publicidad mediante medios vinculados a internet.

El documento Conpes 3186 de 2002, titulado “Una política de Estado para la transparencia y eficiencia en la contratación pública”, describe en sus antecedentes la visita del Banco Mundial realizada en abril de 2000, que

[...] emprendió un análisis teórico y práctico de la regulación colombiana en materia contractual<sup>16</sup>, así como la financiación de los Proyectos MARFP I y II por el Banco, tendientes a estructurar la modificación de la Ley 80/1993, que permitiera, entre otros factores de modernización, mayor transparencia y control de la contratación, “diseñar y poner en marcha un sistema destinado a divulgar la información relacionada con los anuncios de adquisición, los documentos de licitación y el otorgamiento de los contratos a las partes interesadas y al público, estableciendo de esta manera las bases para las adquisiciones públicas en línea” (p. 4).

Más aún, el Programa de Contratación Pública DNP-BIRF estableció que

[...] de ser aprobado este documento, ser[ía] el Sistema Electrónico Integral de Contratación Pública –Seico–, que busca[ría] romper las barreras de información en las que la ineficiencia y la corrupción encuentran un aliado, adaptando herramientas de *e-commerce* a la realización de los cometidos de la función pública contractual.

De manera más explícita, el Conpes 3249 de 2003, denominado “Política de contratación pública para un Estado gerencial”, traía la primera concepción de un “Sistema integral de contratación electrónica”, con el objetivo específico de lograr una información electrónica centralizada de todos los proyectos en curso, dejando su trazabilidad histórica, mediante la gestión contractual electrónica, y la realización de negocios en línea. Más allá del

---

16 “Reporte de evaluación del sistema de adquisiciones públicas colombiano” (Banco Mundial, CPAR noviembre de 2000).

portal único de contratación al que se propendía, el documento se orientó hacia la formulación de un “Sistema integral de contratación electrónica” (SICE) que permitiría una gran difusión de todos los documentos del proceso contractual, la gestión misma de los procedimientos que serían así estandarizados, todo lo cual sería establecido a partir de un comité especializado interinstitucional de contratación pública.

Con el apoyo económico del BID, dentro de un proyecto para la reestructuración de la Administración Pública, este comité interinstitucional fue creado para comenzar la implementación de la estrategia formulada por los Conpes, con el nombre de Comité Intersectorial de Contratación Pública (Cinco), hasta que fue suprimido por el Decreto 4170/2011, por el que se creó la Agencia Nacional de Contratación Pública Colombia Compra Eficiente.

La influencia de las instancias internacionales es más profunda y diversa. No solo se da con la anterior descripción del apoyo activo de la banca multilateral en la concepción de las reformas tendientes a este fin, sino que parte de una valoración y concepción de la banca, y de la decidida promoción de la contratación electrónica, a través de todo un sistema de contratación. En un documento de 2003, el Banco Mundial consideraba ya que el uso de medios electrónicos en la contratación es uno de los componentes esenciales de la reforma del Estado, debido al impacto de la contratación en toda la actividad pública y en la economía nacional en los países en vía de desarrollo, donde el principal comprador es el Estado y donde la contratación no se realiza de manera transparente y eficiente<sup>17</sup>.

Para el Banco, el impacto de la contratación en el desarrollo se da con la difusión más transparente y amplia de la información, en beneficio de un mejor gobierno, así como de los proponentes y del control por la ciudadanía sobre el gasto público, generando a la vez simplificación en los procesos, con mayor eficacia y economías. Además, los sistemas electrónicos ofrecen mejores posibilidades de difusión de la información general y particular de los contratos, desde la publicidad de la normatividad aplicable hasta los textos específicos de los contratos y documentos contractuales, pasando por la publicación de los planes anuales de contratación, la difusión de los documentos de los procesos de contratación y las decisiones de la Admi-

---

17 Electronic government procurement (e-GP). World Bank Draft Strategy. <http://siteresources.worldbank.org/INTPROCUREMENT/Resources/eGPStrategyfortheWBword.doc>.

nistración, todo lo cual promueve la vigilancia generalizada temprana por parte de instancias gubernamentales y por la ciudadanía.

El Banco indica así experiencias de ahorros específicos en los procesos de contratación, calculados en 22 % en Brasil y 20 % en Rumania, y consistentes en menores costos del trámite, simplificaciones por la presentación de ofertas en línea, que evitan desplazamientos, y aumento de la competencia con mejores precios y mayor calidad. No obstante, los logros y ventajas no son posibles sin una correcta implementación interna de los dispositivos, que comprenda tanto la adaptación normativa como la formación de los funcionarios y la orientación de todos los partícipes en la contratación, para un cambio frente a la manera de gestionarla. El Banco insiste así en que la implementación tecnológica no puede limitarse a la adquisición de ciertos *hardware* y *software* sofisticados. Ella pasa, imperiosamente, por una buena implementación y una política de formación para el cambio en la gestión contractual, que permitan reducir, en términos reales, las oportunidades de prácticas corruptas y mejorar la calidad de la actividad.

En 2006, el Banco apoyaba la implementación de procesos de contratación electrónica, bajo estándares internacionales y con la retroalimentación de las buenas prácticas locales en América Latina (Argentina, Brasil, Chile, El Salvador, Guatemala, México), en los países magrebíes (Argelia, Marruecos, Túnez), Asia meridional (Afganistán, Bangladesh, Bután, India), Europa del este y Asia central (Armenia, Azerbaiyán, Croacia, Georgia, Kazakstán), este del Asia y Pacífico (Camboya, China, Indonesia, Vietnam) y África (Camerún, Cabo Verde, Gana, Ruanda).

Como resultado específico, se presentaba la experiencia mejicana donde, gracias a la implementación de “Compranet”, apoyada por el BID, se logró ampliar la participación de oferentes de 7 a 12 por proceso, sin declaraciones desiertas, reduciendo el tiempo del trámite de licitaciones de 120 a 80 días.

Esta política de incentivos a la contratación pública no se limita al Banco Mundial. En asocio con el BID y con el Banco Asiático de Desarrollo (BAD), los tres bancos concebirían una hoja de ruta para la estrategia de la contratación electrónica<sup>18</sup>, en la que se explica cómo la tradicional preocupación sobre la inversión pública en infraestructuras ha sido complementada con la

---

18 World Bank, 2004. Electronic government procurement –Roadmap–. <https://openknowledge.worldbank.org/bitstream/handle/10986/19010/882490WPoBox38oGPoRoadMapoMarch2009.pdf?sequence=1&isAllowed=y>.

importancia de invertir en nuevas tecnologías al servicio de la gestión pública, en particular de la contratación electrónica, identificada por la Comisión Europea para el desarrollo de América Latina y el Caribe como uno de los grandes motores tecnológicos de la economía.

Esta hoja de ruta parte de una advertencia general sobre su carácter indicativo, en el sentido de necesitar la implementación adecuada a las fortalezas, debilidades y grado de desarrollo de cada país. Ello no impide que se pueda aplicar a cualquier país, si se implementa de forma progresiva, y entendiendo que su cobertura es integral, en la medida en que la contratación electrónica comprende una combinación de cambios políticos, desarrollo legal y de recursos humanos y cambios culturales frente a la tecnología tanto en la Administración como en el sector privado. Por ello, la hoja de ruta insiste en errores comunes que han forjado fracasos, al concebir que el problema es netamente tecnológico, sin abordar un verdadero cambio institucional, o concebir todo el sistema como mecanismo de control, sin advertir la imperiosa necesidad de simplificación y estandarización previa, como prerequisite de mejores mecanismos de control.

A partir de esta orientación metodológica preliminar, el documento enuncia la importancia de concebir y tratar todo el ciclo contractual, que va mucho más allá del contrato mismo, a partir de cuatro etapas principales: 1) la preparación del proyecto, 2) el proceso de selección del contratista, 3) la implementación del contrato (que corresponde a su ejecución) y 4) los servicios posventa, con las garantías de calidad y de estabilidad. El uso de tecnologías de la información, en particular internet, los estándares y procedimientos simplificados, las bases de datos y las comunicaciones permitirán así, según los bancos, lograr los tres objetivos mayores de la contratación: 1) gobernanza, con mayor transparencia y responsabilidad, 2) eficacia, con mejor balance de la relación calidad-precio y 3) desarrollo equilibrado, con mayor competitividad, desarrollo de los negocios y desarrollo regional.

De manera progresiva, el sistema se implementa inicialmente con la generalización de la publicación de información contractual, para abordar luego los procesos de interacción con los actores contractuales, la transacción y, finalmente, la transformación general del sistema. Se proponen así pasos específicos progresivos para lograr el desarrollo exitoso de ciertos fundamentos estratégicos esenciales (capacidad institucional, gobernanza, nuevas funcionalidades implementadas, infraestructura y servicios en la web, integración de terceros y evaluación permanente).

Las anteriores estrategias son desarrolladas por el Banco Mundial mediante varios documentos de trabajo con gran detalle para su implementación local por los países:

- Contratación en línea: Guía de referencia<sup>19</sup>.
- Contratación pública electrónica estratégica: Introducción para los gerentes públicos<sup>20</sup>.
- Contratación pública electrónica estratégica: Guía de planificación estratégica<sup>21</sup>
- Contratación pública electrónica. Prueba de autoevaluación<sup>22</sup>.
- Guía de activación de compradores y proveedores. Contratación pública electrónica<sup>23</sup>.

Por su parte, el Banco Interamericano de Desarrollo, además de participar en esta política del Banco Mundial, promovió la creación de la Red Interamericana de Compras Gubernamentales (RICG), referida en la introducción de este estudio, que nació incluso como red de e-Compras Gubernamentales en 2004, luego del “I Seminario Interamericano sobre e-Compras Gubernamentales” realizado en Lima en 2003. Después seguirían otros dos seminarios importantes en São Paulo (2004) y Chile (2005).

Con base en la misma concepción expuesta, la Red maneja una noción multifuncional del ciclo contractual, en el que los sistemas de compras públicas tienen función esencial de *utilidad pública*, con el Estado como proveedor de bienes y servicios a los ciudadanos, junto con una *función administrativa*, orientada a asegurar la transparencia y el control del gasto público, por medio de herramientas que minimicen los escenarios que atenten contra el

---

19 e-Procurement Reference Guide. <https://openknowledge.worldbank.org/bitstream/handle/10986/19028/882160WPoBox380ementReferenceGuide.pdf?sequence=1>.

20 Strategic electronic government procurement. Strategic overview: an introduction for executives. <http://documentos.bancomundial.org/curated/es/794991468152096524/pdf/882520WPoBox380icOverviewoMarch2004.pdf>.

21 Strategic electronic government procurement. Strategic planning guide. <https://openknowledge.worldbank.org/bitstream/handle/10986/19031/882530WPoBox380anningGuideoJune2004.pdf?sequence=1&isAllowed=y>.

22 Electronic government procurement (e-GP). Readiness self-assessment. <https://openknowledge.worldbank.org/bitstream/handle/10986/19029/882480WPoBox380ssAssessmenttoNov2004.pdf?sequence=1&isAllowed=y>.

23 Buyer and supplier activation – Guide Electronic government procurement. <https://openknowledge.worldbank.org/bitstream/handle/10986/19052/883180WPoBuyerooBox385191BooPUBLICo.pdf?sequence=1&isAllowed=y>.

uso eficiente de recursos, y una *función económica*, vinculada a la adquisición de bienes y servicios al menor costo posible<sup>24</sup>.

Con relación a las compras electrónicas, la Red estimula el intercambio de experiencias y ha publicado múltiples estudios específicos, entre los que se destacan<sup>25</sup>:

- Comercio electrónico. Caso Panamá (2011).
- El modelo de la Ley Uncitral y las compras gubernamentales electrónicas (2012).
- Experiencia en mipymes y compras electrónicas. Experiencia Ecuador (2012).
- Compras electrónicas: experiencia México (2012).
- Hacia una mitología para la medición de los beneficios de las compras gubernamentales electrónicas (2012).
- Compras electrónicas: experiencia Costa Rica (2013).
- El sistema coreano en el sistema de compras públicas de Costa Rica Sicop/Merlink (2016).

### 1.3. LA IMPLEMENTACIÓN EN AMÉRICA LATINA

En estas condiciones, no es una simple coincidencia que todos los países del continente hayan establecido estructuras similares para la implantación de sistemas institucionales de contratación con autoridades técnicas a su cabeza, a manera de órganos rectores con competencias similares de gestión del sistema, promoción y regulación de estándares de contratación, mediante instrucciones, modelos, guías y documentos tipo, gestión de los registros de proveedores y administración de contratos marco y otras modalidades de agregación de demanda, como las que tenemos en Colombia. Un cuadro comparativo ilustra esta política común:

---

24 ARAYA ALLENDE, JUAN. *Las compras públicas en los acuerdos regionales de América Latina con países desarrollados*, Cepal, División de Comercio Internacional e Integración, serie Comercio Internacional, n.º 67, Santiago de Chile, abril de 2006. JORGE, YASMÍN NATALIA y RODRÍGUEZ, MARÍA SOLEDAD. “Sistemas de compras públicas e integración regional en América Latina y el Caribe”, Programa ICT4GP, serie Documentos de trabajo, n.º 10, Universidad Nacional de San Martín, Buenos Aires, 2011. <http://biblioteca.ricg.org/download.php?len=es&id=27&nbre=Documento%20de%20Trabajo%20No10.pdf&ti=application/pdf&tc=Publicaciones>.

25 Ver el listado completo con hipervínculos a los textos en <http://ricg.org/compras-electronicas/contenido/451/es/>

PAÍS	AUTORIDAD GESTORA DEL SISTEMA	PORTAL INTERNET
Argentina	Oficina Nacional de Contrataciones	<a href="http://www.argentinacompra.gov.ar">www.argentinacompra.gov.ar</a>
Bolivia	Sistema de Contrataciones Estatales	<a href="http://www.sicoes.gob.bo">www.sicoes.gob.bo</a>
Brasil	Secretaría de Logística y Tecnología de Información	<a href="http://www.comprasnet.gov.br">www.comprasnet.gov.br</a>
Chile	Dirección Chile Compra	<a href="http://www.chilecompra.cl">www.chilecompra.cl</a>
Colombia	Agencia Nacional de Contratación Colombia Compra Eficiente	<a href="http://www.contratos.gov.co">www.contratos.gov.co</a>
Costa Rica	Dirección de Administración de Bienes y Contratación Administrativa	<a href="http://www.hacienda.go.cr/comprared">www.hacienda.go.cr/comprared</a>
Ecuador	Servicio Nacional de Contratación Pública	<a href="http://portal.compraspublicas.gob.ec/sercop/">http://portal.compraspublicas.gob.ec/sercop/</a>
El Salvador	Unidad Normativa de Adquisiciones y Contrataciones	<a href="http://www.comprasal.gob.sv">www.comprasal.gob.sv</a>
Guatemala	Dirección Normativa de Contrataciones y Adquisiciones del Estado	<a href="http://www.guatecompras.gt/">www.guatecompras.gt/</a>
Haití	Comisión Nacional de las Compras Públicas	<a href="http://www.cncmp.gouv.ht">www.cncmp.gouv.ht</a>
Honduras	Oficina Normativa de Contrataciones y Adquisiciones del Estado	<a href="http://www.honducompras.gob.hn/">www.honducompras.gob.hn/</a>
Jamaica	Office of de Contractor General	<a href="http://www.ocg.gov.jm/ocg/">www.ocg.gov.jm/ocg/</a>
México	Unidad de Política de Contrataciones Públicas	<a href="http://www.compranet.gob.mx">www.compranet.gob.mx</a>
Nicaragua	Contrataciones del Estado	<a href="http://www.nicaraguacompra.gob.ni">www.nicaraguacompra.gob.ni</a>
Panamá	Dirección General de Contrataciones Públicas	<a href="http://www.panamacompra.gob.pa">www.panamacompra.gob.pa</a>
Paraguay	Dirección Nacional de Contrataciones Públicas	<a href="http://www.contrataciones.gov.py">www.contrataciones.gov.py</a>
Perú	Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE)	<a href="http://www.osce.gob.pe">www.osce.gob.pe</a>
República Dominicana	Dirección General de Contrataciones Públicas	<a href="http://www.comprasdominicana.gov.do/">http://www.comprasdominicana.gov.do/</a>
Uruguay	Agencia de Compras y Contrataciones del Estado (ACCE)	<a href="http://www.comprasestatales.gub.uy">www.comprasestatales.gub.uy</a>
Venezuela	Servicio Nacional de Contrataciones	<a href="http://www.snc.gob.ve">www.snc.gob.ve</a>

En desarrollo de esta política decidida hacia la contratación electrónica, muchos países han implementado los acuerdos o contratos marco, un mecanismo por el cual se seleccionan proveedores mediante una licitación pública para que ofrezcan en línea, a través del portal internet del órgano rector de

la contratación, una serie de productos y servicios agrupados en temáticas genéricas, de tal suerte que las entidades públicas pueden realizar la compra mediante tiendas virtuales, en las que encuentran catálogos de productos, solicitando ofertas a los proveedores disponibles para el bien o servicio y seleccionando el contratista a través de orden de compra al más económico. La Ley 1150/2007 (art. 2.º par. 5.º) previó esta modalidad de selección abreviada para los bienes y servicios de común utilización por la Administración, cuyas condiciones técnicas uniformes pueden ser identificadas de manera clara a través de fichas técnicas, con lo cual el único criterio de selección será el precio. La extensión del procedimiento ha sido formidable: en 2017 existían ya 32 acuerdos marco, que posicionaron a Colombia a la cabeza entre los países latinoamericanos por el número de acuerdos, incluso por encima de Chile, líder indiscutible en la contratación electrónica en Latinoamérica, quien tenía 31.

La figura se extiende en todo el subcontinente americano, como lo registran los portales de internet de los países. Así, Costa Rica cuenta en 2017 con 14 acuerdos marco, Honduras: 9, Perú: 5, Paraguay: 4 y Uruguay: 2. Algunos países han comenzado tardíamente la implementación o han suscrito acuerdos que no se renovaron recientemente. Así, en la misma época, México solamente tenía un acuerdo, sobre licencias de *software* y 5 en proyecto, aunque registraba 13 que habían concluido en 2017. De igual manera, Panamá tuvo 13 acuerdos que finalizaron entre 2010 y 2011 y en marzo de 2017 tramitaba 2 para suministro de artículos institucionales de las entidades y suministro de impresoras y combustibles. Del mismo modo, países como Argentina y Uruguay tan solo tuvieron reglamentación reciente en la materia, de tal suerte que cuentan únicamente con 3 acuerdos y 1, respectivamente, en 2017.

Es posible que la disparidad de desarrollo de la figura se explique por el orden de implementación del proceso de la contratación electrónica. Las orientaciones del Banco Mundial para el e-GP (*Electronic Government Procurement*) recomiendan implementar sucesivamente los procesos de publicidad de la contratación, la realización del proceso de contratación y su seguimiento y, por último, los convenios marco y otras modalidades de agregación de demanda<sup>26</sup>. En el caso de México, la implementación del procedimiento

---

26 Ver Electronic Government Procurement. Roadmap, 2004, citado.

contractual electrónico surgió del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN), suscrito con Canadá y Estados Unidos en 1992, como un instrumento sensible para lograr mayor transparencia, y fue concretado en la plataforma CompraNet<sup>27</sup> en 1996<sup>[28]</sup> hasta el desarrollo actual del “Sistema electrónico de información pública gubernamental sobre adquisiciones, arrendamientos, servicios, obras públicas y servicios relacionados con las mismas”. En Uruguay, la Agencia para el Desarrollo de Gobierno Electrónico (Agesic) fue creada en 2005<sup>[29]</sup> a fin de liderar la estrategia de implementación del gobierno electrónico, y alberga el “Canal de compras públicas”, que realiza el proceso preparatorio, los procesos de selección y la gestión de la ejecución del contrato en línea, con las orientaciones del Government Resource Planning (GRP), utilizado internacionalmente<sup>30</sup>.

En Brasil, existe también un proceso electrónico genérico para los procedimientos administrativos<sup>31</sup> en la base del portal de contratación: Comprasnet<sup>32</sup>. Las nuevas tecnologías fueron implementadas en el procedimiento de subasta llamado “Pregão” desde 2002, extendido luego al procedimiento de “Régimen diferenciado de contrataciones”, particularmente flexible en su gestión y luego aplicado a las licitaciones. Incluso la regulación establece que estas últimas han de realizarse preferentemente mediante contratación electrónica, con el uso de criterios de selección que no se limiten al precio de las ofertas<sup>33</sup>. Por su parte, Chile ha implementado un portal especial para las licitaciones del Estado ([www.mercadopublico.cl](http://www.mercadopublico.cl)); Costa Rica implementó el “Sistema integrado de compras públicas como plataforma tecnológica de uso obligatorio de la Administración central para la tramitación de los procedimientos de contratación administrativa” (Sicop), [www.sicop.go.cr](http://www.sicop.go.cr)<sup>34</sup>;

---

27 <https://compranet.funcionpublica.gob.mx/>

28 ORDAZ CRUZ, JORGE ARTURO y PALACIOS VELÁZQUEZ, CRYSTAL. *Compras gubernamentales y tecnologías de la información: caso Compranet en México*, Colección de tesis digitales Universidad de las Américas, Puebla, 2007. [http://catarina.udlap.mx/u\\_dl\\_a/tales/documentos/lad/ordaz\\_c\\_ja/portada.html](http://catarina.udlap.mx/u_dl_a/tales/documentos/lad/ordaz_c_ja/portada.html).

29 Ley 17930/2005, art. 72 y decreto 205/2006.

30 <http://comprasestatales.gub.uy/inicio/compradores/canal-compras/>

31 Decreto 8539, 8/10/2015.

32 <http://www.comprasgovernamentais.gov.br/>. Ver “Costaçon Eletrônica. Orientações para o fornecedor”, en <http://www.comprasgovernamentais.gov.br/arquivos/manuais/mancotacaofornec.pdf>.

33 Ley 12.462/2011.

34 ROMERO PÉREZ, JORGE ENRIQUE. *Contratación electrónica del Estado*, Ud. UCR, San José, 2013.

Ecuador creó el Servicio Nacional de Contratación Pública (<http://portal.compraspublicas.gob.ec/sercop/>); Panamá implementó el portal [www.panamacompra.gob.pa](http://www.panamacompra.gob.pa); República Dominicana tiene el Sistema Informático para la Gestión de las Compras y Contrataciones del Estado Dominicano (<https://comunidad.comprasdominicana.gob.do>)<sup>35</sup>, y Colombia, el Sistema Electrónico de Contratación Pública (Secop II), [www.colombiacompra.gov.co/secop/secop-ii](http://www.colombiacompra.gov.co/secop/secop-ii).

Otros países han tomado más tiempo en la implementación de sus sistemas electrónicos, como Argentina (<https://comprar.gob.ar/ComprasElectronicas.aspx>)<sup>36</sup> o Perú (<http://www.perucompras.gob.pe/>)<sup>37</sup>. Con poco desarrollo en la materia están los países que tan solo han implementado la publicidad de los procesos de contratación (El Salvador, Haití), la subasta electrónica (Guatemala), la publicidad de los planes anuales de compras (Venezuela<sup>38</sup>) o la implementación de los primeros acuerdos marco (Nicaragua<sup>39</sup>).

Sin lugar a dudas, el balance en la materia es una decidida implementación de procesos de contratación electrónica que cubrirá un segmento cada vez mayor de la contratación de los países latinoamericanos. La influencia del derecho internacional es palmaria y la participación activa de los organismos internacionales como la OCDE, la banca multilateral y la RICG ha sido por completo determinante en la implementación.

Esta implementación comienza habitualmente en los contratos para el suministro de bienes y servicios corrientes, que se calcula equivalen al 80 % del volumen de la contratación pública, con un valor equivalente al 20 % del total de la contratación de un país. Luego los procesos electrónicos suelen

35 Ver manuales de procesos contractuales en línea en <http://www.comprasdominicana.gob.do/web/guest/guias-y-manuales-del-portal-transaccional#>

36 Decreto 1030/2016, implementación general por la Oficina Nacional de Contrataciones. Comunicación general 20/02/2017.

37 La Central de Compras Públicas Perú Compras fue creada mediante el Decreto legislativo 1018 el 3 de junio de 2008, pero ejerce sus funciones a partir del 18 de marzo de 2016. Es un organismo público adscrito al Ministerio de Economía y Finanzas, con autonomía técnica, funcional y administrativa, cuyo objetivo principal es optimizar las contrataciones públicas a nivel nacional, a través de sistemas y procedimientos dinámicos y eficientes, con personal altamente especializado y aprovechando el uso de las tecnologías de la información y la economía de escala. Ejerce competencia a escala nacional.

38 <http://compras.snc.gob.ve/aplicacion/compras/PECE.pdf>.

39 Por donación del *software* por el Ecuador se están implementando los primeros acuerdos marco sobre papelería y llantas.

extenderse a toda la contratación, incluida la contratación de obras y servicios complejos que, según cálculo de organismos internacionales, equivale al 20 % del volumen de contratos, con un peso del 80 % en el presupuesto de contratación.

Cada una de estos grupos de contratación tiene desafíos particulares. El primer grupo, sobre bienes comunes y condiciones técnicas uniformes, es campo privilegiado de los acuerdos o convenios marco, que brindan la oportunidad de ofrecer un número creciente de bienes y servicios a través de los catálogos de las tiendas públicas virtuales. Pero ya se han identificado problemas complejos frente a la calidad de los productos, vinculados con las dificultades en la definición correcta de las condiciones técnicas de las fichas respectivas, y a la rigidez que impone esta estandarización. Igualmente, es complejo el problema de la calidad obtenida y la efectividad en el cumplimiento de las condiciones ofrecidas. El dispositivo contractual genera una triangulación de la relación, en la que las entidades realizan la compra directa a los proveedores en la tienda virtual, pero la relación fuerte, el control y la vigilancia en el cumplimiento de los acuerdos por parte de los proveedores es responsabilidad de las agencias que administran el convenio marco. Existe entonces una ruptura entre el control y el destinatario final del producto o servicio, lo que dificulta la implementación del seguimiento efectivo en la ejecución del contrato.

Por otra parte, los beneficios, universalmente afirmados, sobre las ventajas económicas para las entidades no siempre se han dado y las grandes entidades argumentan con frecuencia haber obtenido mejores precios y mejor calidad en sus compras directas. Existe así un reto para las agencias rectoras gerentes de los acuerdos marco, consistente en lograr la selección de proveedores que verdaderamente ofrezcan buenos precios y buena calidad de los objetos contratados. El reto se amplía frente a la necesidad de adoptar estrategias que no generen monopolios de hecho para las grandes empresas proveedoras que absorberán a las medianas como subcontratistas, en particular en los servicios y bienes ofrecidos en las provincias y las ciudades pequeñas e incluso medianas.

Por su parte, la contratación electrónica de los grandes proyectos debe responder al reto de concebir mecanismos con flexibilidad, frente a las condiciones técnicas propuestas por los oferentes y la valoración de sus propuestas mediante factores no restringidos al precio. Por ello, los modelos más complejos de contratación, destinados a los proyectos de asociaciones público-

privadas (APP) o de concesión, suelen tener en otros países un esquema de contratación más flexible y particular para la mejor apreciación concreta tanto de proponentes como de sus propuestas.

## 2. CAMBIOS CONCEPTUALES

La influencia internacional en los contratos ha generado un cambio en la aproximación a estos hasta el punto de hacer tambalear y comenzar a derrumbar la concepción del contrato administrativo, distante del contrato de derecho privado.

En Colombia, la tradicional influencia del derecho administrativo francés incluyó la caracterización de la teoría general del contrato administrativo, marcada por sus particulares finalidades de interés general y su objeto vinculado a los servicios públicos o a funciones administrativas. Estas particularidades conllevaban la integración de poderes extraordinarios de la Administración contratante, inadmisibles en los contratos entre particulares.

Esta concepción, vivida como natural e innata a los contratos de la Administración, partía sin embargo de equívocos y bases inexactas. El derecho administrativo francés estructuró su teoría general del contrato administrativo en la primera mitad del siglo XX hasta la obra de Péquignot en 1945, que estructura por primera vez una *Teoría general del contrato administrativo*, distante de la teoría general del contrato de derecho privado<sup>40</sup>. No obstante, este contrato particular no corresponde a todos los contratos de la Administración Pública, en la medida en que las particularidades que le otorgan un régimen administrativo se derivan de la realización de misiones especiales confiadas al contratista, vinculadas a funciones esenciales de la Administración contratante. Este objeto particular, confiado al contratista, hace que la Administración no pueda desprenderse de sus responsabilidades para el logro de sus competencias funcionales administrativas y, por consiguiente, deba conservar poderes derogatorios del régimen común de los contratos, aun cuando los textos legales, reglamentarios o contractuales no los contemplen. La Administración ha de preservar el logro de las misiones vehiculadas a través del contrato y, por ello, sus poderes innatos, derivados de su condición de autoridad pública, no desaparecen por haber

---

40 PÉQUIGNOT, GEORGES. *Théorie générale du contrat administratif*, A. Pédone, París, 1945.

sido omitidos en las reglas contractuales. Más aún, la Administración ha de ejercerlos por encima del contrato, mediante los poderes que le son propios como autoridad del poder público<sup>41</sup>.

Esta situación de privilegio exorbitante de la Administración no se justifica en todos los contratos que suscribe, sino solo en aquellos que involucran el cumplimiento de sus misiones especiales. Por ello, la teoría general del contrato administrativo se forjó para los contratos de concesión, donde el objeto mismo del contrato es la prestación de un servicio público o la realización y gestión de infraestructuras destinadas a un servicio público. Estos valores estuvieron igualmente involucrados en el contrato de obra pública por la especial destinación de esta última al servicio público.

Por el contrario, existen otros numerosos contratos en los que la Administración adquiere bienes y servicios suministrados por el contratista, en los cuales el contrato no se vincula a las misiones específicamente administrativas, sino de manera muy indirecta y, por ello, no se justifican las condiciones particularmente administrativas del régimen contractual, de tal suerte que estos contratos se rigen por el derecho privado. Este tratamiento dual de los contratos de la Administración generó, en el derecho francés, la distinción entre contratos administrativos y contratos privados de la Administración, especie esta última que, en realidad, constituye un volumen muy importante de los que suscribe la Administración. Por ello, las “compras públicas” de bienes y servicios, destinadas solamente a suplir las necesidades corrientes de la Administración, sin relación directa con sus objetivos misionales, estuvieron regidas por el derecho privado.

Además, esta realidad de especialidad matizada del contrato administrativo francés constituyó una verdadera excepción, en el contexto europeo, por cuanto la concepción fue tan solo exportada a España y Portugal. En efecto, no solo el Reino Unido y los países de influencia del *common law* tienen una concepción generalizada de los contratos de la Administración regidos por el derecho comercial, sino también la mayoría de los países de Europa continental. La concepción alemana, de la mano de Otto Mayer, encuentra incompatible la figura del contrato, manifestación del acuerdo de volunta-

---

41 Sobre esta esencia del contrato administrativo francés, ver la controversia entre los profesores L'Huillier y De Laubadère en BENAVIDES, JOSÉ LUIS. *El contrato estatal: entre el derecho público y el derecho privado*, 2.<sup>a</sup> ed., Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2004, n.<sup>os</sup> 407-409, pp. 334 y ss.

des, con la preservación de potestades de poder público, expresión necesaria de actuación unilateral<sup>42</sup>. En estos términos, los contratos administrativos identificados por la ley alemana corresponden a ciertas modalidades, verdaderamente imposibles entre los particulares, como los convenios de urbanismo o los acuerdos que regulan aspectos impositivos con los particulares. Por su parte, bien sea el derecho italiano, el belga, el de los Países Bajos, los países nórdicos, Suiza y los países de la antigua influencia soviética, todos conciben un régimen privado para los contratos de la Administración<sup>43</sup>.

En estas condiciones, la concepción francesa es por completo restringida en el mundo, pese a que la hayamos vivido como “universal”, en razón de la influencia reforzada del derecho francés en América Latina, a través del derecho español. Esta distorsión de lo que sería la “regla universal” o, por lo menos, del supuesto régimen generalizado de los contratos públicos, también distrajo la atención sobre dos condiciones específicas de los contratos de la Administración, comunes a todos los países.

Por una parte, la diferenciación entre el régimen jurídico del contrato y el procedimiento de selección de los contratistas. La concepción generalizada del régimen privado de los contratos no concierne a la forma como la Administración selecciona a sus contratistas. Los contratos constituyen un medio privilegiado de ejecución de recursos públicos, lo que exige reglas particulares para comprometerlos, así como para garantizar la igualdad de quienes se beneficiarán económicamente por la ejecución de los contratos. La selección de los contratistas de la Administración exige así procedimientos eminentemente administrativos, con independencia de la naturaleza jurídica del contrato que se suscriba luego del proceso de selección. Esta realidad es tan generalizada que aun en Francia los procesos de contratación de las compras de bienes y servicios, calificados en su mayoría de contratos privados, estuvieron tradicionalmente sometidos al Código de Compras Públicas<sup>44</sup>.

---

42 Ulrich Stelkens, reporte del derecho alemán, en NOGUELLOU, ROZEN y STELKENS, ULRICH (eds.). *Droit compare des contrats publics Comparative law on public contracts*, Bruylant, Bruselas, 2010, pp. 307 ss.

43 *Droit compare des contrats publics...*, cit., contiene los reportes nacionales que dan cuenta de esta realidad en Sudáfrica, Alemania, Australia, Austria, Bélgica, Canadá, Dinamarca, Estonia, Finlandia, India, Inglaterra, Italia, Países Bajos, Polonia, Rusia, Ruanda, Suiza y Taiwán.

44 RICHER, LAURENT. *Droit des contrats administratifs*, 9.<sup>a</sup> ed., LGDJ, París, 2014, n.º 183, p. 101. DE LAUBADÈRE, ANDRÉ, MODERNE, FRANCK y DELVOLVÉ, PIERRE. *Traité des contrats administratifs*, t. I, LGDJ, París, 1983, n.º 195, pp. 252 y ss.

Por otra parte, el régimen privado de los contratos no ha impedido que en los regímenes jurídicos de todos los países sea necesario reconocer a la Administración contratante poderes de vigilancia y control para asegurar el logro del objeto contractual. No estando sometidos a un régimen general administrativo, derogatorio del régimen privado, estos poderes han de estar contractualizados, lo cual se logra a través de cláusulas específicas que los consagran, sistemáticamente introducidas en los contratos, así como mediante condiciones generales de contratación. Los poderes unilaterales de la Administración derivan su fuerza vinculante de la regla contractual para asegurar la ejecución del contrato, sin que con ello se considere que la Administración ejerza prerrogativas de poder público.

Estas realidades y concepciones generalizadas en la mayoría de países del mundo han logrado un refuerzo creciente de su influencia por la globalización y la dinámica de las fuentes internacionales descritas en la introducción de este estudio. Ellas van más allá de la discusión doctrinal de los años noventa sobre la huida del derecho administrativo hacia el derecho privado, para consolidar, cada vez más, las bases y el anclaje profundo de todo contrato de la Administración en la teoría general del contrato, de origen privado.

## 2. I. ABANDONO DE LA SUSTANTIVIDAD DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO

Los defensores a ultranza de la sustantividad del contrato administrativo resaltan sus particularidades por involucrar finalidades de interés general y ser suscritos y gestionados por una persona pública que tiene prerrogativas de poder público (como lo hacía el doctrinante español Gaspar Ariño en un agudo estudio en 1977<sup>[45]</sup>). Se observa así que el contrato de la Administración enfrenta necesariamente la dicotomía entre el acto de autoridad y el negocio bilateral, cuya tensión atraviesa todo el contrato<sup>46</sup>. No obstante, esta

---

45 ARIÑO, GASPAR. “Contrato de Estado y *common law*”, estudio preliminar al libro de MONEDERO GIL, JOSÉ IGNACIO. *Doctrina del contrato del Estado*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1977, pp. 7 y ss.

46 En el mismo sentido, Santiago González-Varas Ibáñez resalta la subsistencia de poderes supracontractuales en cabeza de la Corona, en el régimen inglés. *Tratado de derecho administrativo*, t. IV: *El contrato administrativo*, Thomson Civitas, Madrid, 2008. Tercera parte: Prerrogativas y selección del contratista desde el punto de vista de la figura del contrato administrativo. Modelos privados y públicos de contratación administrativa, en especial la ejecución del contrato.

realidad no se reputa sistemáticamente de todas las relaciones contractuales de la Administración y, lo más significativo, la tensión entre la prerrogativa pública y el proceder contractual cede frente a este último, incitando, de manera creciente, a incluir, en la misma regla contractual, la delimitación y regulación cada vez más estricta de los poderes de la Administración. Además, como lo expresaba el mismo Gaspar Ariño en el estudio referido, “[...] lo que caracteriza un sistema de contratación, esto es, lo que constituye el *derecho material*, no es el clausulado de un contrato, sino las normas aplicables ante el silencio de las partes [...]”<sup>47</sup>.

La constitucionalización formidable de toda la gestión administrativa repudia cada vez con mayor fuerza los poderes innatos de la Administración y exige que, tanto por seguridad jurídica como por legitimación de la autoridad y por control de su ejercicio, todo poder esté previsto explícitamente, de preferencia, incluso, en normas legales. El *silencio de las partes* (al que se refiere Gaspar Ariño) no beneficia así los poderes de la Administración, en la medida en que, por estar definidos estos poderes por normas positivas, de manera explícita, ellos integran necesariamente la regla contractual, como lo prescribe de manera explícita el Código Civil en su artículo 1603<sup>[48]</sup>.

Este reforzamiento de la regla contractual es uno de los factores de mayor influencia internacional en los contratos, lo que se manifiesta en la propensión al refuerzo del derecho privado. De manera más genérica, ello comporta también cambios conceptuales en el sistema de fuentes de la actividad contractual.

## 2.2. INCERTIDUMBRE SOBRE EL SENTIDO DE LA FUNCIÓN ADMINISTRATIVA

La Ley 80 de 1993 fue objeto de esta influencia y por ello reafirmó la fuerza creativa del contrato, como fuente normativa, mediante el reconocimiento de la autonomía de la voluntad (arts. 32 y 40), como parte de los principios de la contratación (art. 23), y a través de la reafirmación de un régimen jurídico contractual mixto, que parte del derecho comercial, complementado con las

---

47 *Idem*, p. 52.

48 Código Civil. Artículo 1603. Ejecución de buena fe. 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 ley pertenecen a ella*. (Se resalta).

reglas especiales de derecho administrativo (art. 13). En la concepción del legislador de 1993, el gerente público debía así preservar el carácter instrumental del contrato para lograr fines públicos, con la flexibilidad inherente que ello implica, teniendo en cuenta, en todo caso, que la gestión pública implica unas limitaciones importantes.

En este sentido, tanto la Corte Constitucional<sup>49</sup> como el Consejo de Estado<sup>50</sup> explicaron el carácter particular de la autonomía de la voluntad aplicada a la Administración, en cuanto a imponer unas finalidades, valores y el respeto a reglas públicas que nunca se pueden olvidar. La jurisprudencia corrigió la percepción errada sobre el sentido de los contratos regidos enteramente por el derecho privado, en virtud de leyes especiales, explicando que ello nunca puede significar la libertad del servidor público para gestionar el contrato a su antojo y capricho. Los recursos públicos involucrados en el contrato y el necesario logro de finalidades de interés general, y no el interés particular del funcionario, ni los intereses particulares de terceros, imponen una concepción y gestión especial de la “autonomía privada”, marcadas por los valores de la Administración, lo que llevó a la afirmación de los principios de la función administrativa en todo contrato de la Administración (Ley 1150 de 2007, art. 13).

No obstante, la guía de toda la gestión contractual por estos principios presenta dificultades mayores para determinar su alcance concreto, comenzando por la incertidumbre sobre la noción misma de “función administrativa”. La Constitución le destina el capítulo 5.º, dentro del título VII, sobre la Rama Ejecutiva, estableciendo los principios que la orientan, sin definir concretamente su sentido y alcance (art. 209). Además, la Carta no es clara cuando enuncia conceptos cercanos como el de la *función pública*, al que otorga en ocasiones el sentido técnico estricto de relación laboral de los servidores públicos con el Estado, y por ello le consagra el capítulo 2.º del título V, sobre la organización del Estado. En el mismo sentido, la Carta atribuye al procurador general la “vigilancia superior de la conducta oficial de quienes desempeñen *funciones públicas*, inclusive las de elección popular” (art. 276.6), y el artículo 110 prohíbe a quienes desempeñen *funciones públicas* hacer contribuciones a los partidos políticos, so pena de remoción del cargo o pérdida de investidura. No obstante, otros artículos conciben la

---

49 Corte Constitucional. Sentencia C-940/01.

50 Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencias 01/12/08, exp. 35827, y 14/04/10, exp. 36054.

función pública de manera más genérica, identificándola con tareas públicas, al prescribir que “la administración de justicia es *función pública*” (art. 228), que el “control fiscal es una *función pública*” (art. 267) o que la ley podrá asignar *funciones públicas* a los colegios profesionales (art. 26).

La jurisprudencia ha identificado genéricamente la función administrativa con el cumplimiento de tareas propias de la Administración. Refiriéndose a la diferencia entre la asunción de funciones administrativas por los particulares y la privatización, la Corte Constitucional considera que la primera “significa simplemente la posibilidad dada a aquellos de participar en la gestión de los asuntos administrativos, en las condiciones y bajo los parámetros señalados por la Constitución, la ley y los reglamentos”<sup>51</sup>.

Ante la tradicional dificultad doctrinal de la definición de función administrativa, el profesor Vidal Perdomo plantea los elementos esenciales para identificarla, a partir de las orientaciones de la Carta y de la Ley 489/1998, esencial en la materia. Un primer elemento orgánico es la vinculación de la función administrativa a la rama ejecutiva del poder público (CN, título VII, capítulo 5.º). Pero la función administrativa es más amplia, por cuanto no se limita a las tareas que orgánicamente se atribuyen al Ejecutivo, sino que cubre genéricamente actividades de la “administración pública”, que también son realizadas, aunque no sea la esencia de sus actividades funcionales, por órganos de las otras ramas del poder público (Legislativa, Judicial), así como por los órganos autónomos e independientes (Contraloría, Procuraduría, Organización Electoral)<sup>52</sup>.

En este sentido, el artículo 209 de la Carta orienta de manera general la actividad de la Administración al prescribir que “está al servicio de los intereses generales” y organiza genéricamente su funcionamiento al establecer las técnicas mediante las cuales se desarrolla aquella (descentralización, desconcentración y delegación). En cuanto a la Ley 489/1998, su título orienta el objetivo general de la ley de regular el “funcionamiento de las entidades del orden nacional”; el artículo 1.º define su objeto específico, comenzando por la regulación “del ejercicio de la función administrativa”, y el artículo 4.º

---

51 Sentencia C-166/95, ratificada por las sentencias C-316/95, C-543/01 y C-233/02.

52 VIDAL PERDOMO, JAIME. “Sobre la función administrativa”, en VIDAL PERDOMO, JAIME, ORTIZ ORTIZ, EDUARDO, GORDILLO, AGUSTÍN y BREWER-CARIAS, ALLAN R. *La función administrativa y las funciones del Estado. Cuatro amigos, cuatro visiones sobre el derecho administrativo en América Latina*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2014, p. 37.

delimita la “función administrativa del Estado” por su finalidad genérica, al precisar que ella “busca la satisfacción de las necesidades generales de todos los habitantes”. Sin definirla concretamente, los textos establecen así que la función administrativa comprende las diversas tareas de la Administración que buscan un interés general, a lo cual se adicionan los principios que deben guiar su desarrollo específico. Complementando los indicados en la Carta (art. 209) con los de la Ley 489/1998 (art. 3.º), estos principios orientadores de la función administrativa destacan la neutralidad de la actuación frente a intereses particulares (igualdad, imparcialidad, participación), las calidades de la actuación, tanto técnicas (eficacia, eficiencia, economía, celeridad) como éticas (moralidad, responsabilidad), y la difusión que debe tener toda actuación de la Administración (transparencia, publicidad).

También refuerza este sentido genérico de la función administrativa la referencia del artículo constitucional 210 a la creación o autorización de las entidades descentralizadas con fundamento en “los principios que orientan la *actividad* administrativa”, asimilándola a la *función administrativa*, cuyos principios enuncia el artículo que lo precede: 209.

No obstante, la jurisprudencia, tanto constitucional como administrativa, ha dado ciertas pautas para delimitar la amplitud de la función administrativa, lo que ha sido particularmente específico en las funciones administrativas ejercidas por los particulares, autorizada por la Carta (art. 210).

La Corte Constitucional ha identificado la función administrativa con la función pública, al citar el artículo 209 de la Carta para referirse indistintamente a la función pública y a la función administrativa:

[...] la Corte encuentra necesario recordar que para garantizar la vigencia de los principios superiores que gobiernan el ejercicio de la *función pública* (art. 209 de la Carta), el régimen de inhabilidades e incompatibilidades aplicables a los servidores públicos, resulta también extensivo a los particulares que vayan a ejercer *funciones administrativas* [...] (se resalta)<sup>53</sup>.

Pero también ha considerado que la función administrativa es una especie dentro del género “función pública”:

---

53 Corte Constitucional. Sentencia C-866/99.

Cabe recordar, así mismo, que la Constitución califica expresamente como “funciones públicas” la administración de justicia (art. 228 C. P.) y el control fiscal (art. 267 C. P.), en tanto que el artículo 209 se refiere a la “función administrativa” (art. 209 C. P.) especie dentro del género función pública<sup>54</sup>.

En el mismo sentido, con ocasión de la demanda contra una universidad privada por el incremento de matrículas a sus alumnos, el Consejo de Estado analizó el alcance de la función administrativa como expresión de la función pública:

Sobre lo primero se tiene que la función administrativa es una de las funciones del poder público, o sea, una clase de función pública, de modo que el género es función pública y una de sus especies es la función administrativa, en la medida en que ésta se inscribe en la función ejecutiva, de suerte que su primera característica es la de ser inherente al poder del Estado, igual que lo son las demás funciones públicas clásicas: la legislativa y la jurisdiccional, correspondientes a las tres ramas en lo que constituye la tradicional división tripartita del poder público, según lo consagra el artículo 113 de la Constitución Política<sup>55</sup>.

Bajo las mismas orientaciones del profesor Vidal Perdomo, el Consejo de Estado asume así una concepción orgánica de la función administrativa precisando que, como es propia de la función realizada por una de las tres ramas del poder público (la Ejecutiva), la función administrativa exige, justamente, ejercicio de autoridad.

De modo que la naturaleza de la función administrativa está determinada ante todo por su origen y su inmanencia al Poder Público, en cuanto es sustancialmente expresión o forma suya de manifestarse, y no porque se trate de actividad desarrollada por el Estado, o regulada, vigilada y controlada por el mismo cuando la presten los particulares, caso este en el cual tales mecanismos de intervención estatal no convierten *per se* la actividad o el servicio de que se trate en función administrativa pues, si así fuere, habría que considerar como función administrativa actividades mercantiles como la bancaria, la bursátil, de seguros, etc., o servicios públicos como el de transporte público de pasajeros, aéreo o terrestre, entre otros, a cargo de los particulares.

---

54 Corte Constitucional. Sentencia C-037/03.

55 Consejo de Estado, Sección Primera. Auto 20/03/2003, exp. AG-065.

La función administrativa es siempre actividad del poder estatal, sea que se realice por órganos o autoridades públicas o por particulares [...].

Al analizar la actividad de la Federación Nacional de Cultivadores de Palma de Aceite (Fedepalma) y un contrato que esta había suscrito con una empresa para ejecutar recursos del fondo de estabilización de precios que administra, el Consejo de Estado, con apoyo en la anterior providencia, también consideró:

La naturaleza jurídica de los actos de ejecución o aplicación de esos recursos no se determina por la clase de los ingresos utilizados, sino por la actividad jurídica, o lo que es igual, las condiciones jurídicas en que se hace aplicación, luego no es válido deducir que en todo caso en que se apliquen recursos fiscales o parafiscales se está ante el ejercicio de la función administrativa.

Ello es posible predicarlo cuando quien hace la aplicación es directamente el mismo Estado y en las condiciones propias de quien está investido de *imperium* o autoridad emanada de la Constitución, la ley o el reglamento, es decir, recibida de manera objetiva por normas de orden público, dentro de toda relación jurídica con otros sujetos de derecho, y no emanada del acuerdo de voluntades entre los sujetos o las partes de esa relación.

[...]

De allí que, como es sabido y lo ha puesto de presente la Corporación, “la función administrativa es una de las funciones del poder público, o sea, una clase de función pública, de modo que el género es función pública y una de sus especies es la función administrativa, en la medida en que ésta se inscribe en la función ejecutiva, de suerte que su primera característica es la de ser inherente al poder del Estado, igual que lo son las demás funciones públicas clásicas: la legislativa y la jurisdiccional, correspondientes a las tres ramas en lo que constituye la tradicional división tripartita del poder público, según lo consagra el artículo 113 la Constitución Política”<sup>56</sup>.

Bajo la misma concepción, la presencia de potestades públicas también ha sido el factor diferenciador de la función administrativa (pública) de los servicios públicos. Para la Corte Constitucional, “el servicio público se ma-

---

56 Consejo de Estado, Sección Primera. Auto 01/12/2007, exp. 772.

nifiesta esencialmente en prestaciones a los particulares. La función pública se manifiesta, a través de otros mecanismos que requieren de las potestades públicas y que significan, en general, ejercicio de la autoridad inherente del Estado”<sup>57</sup>.

En el mismo sentido, el Consejo de Estado precisa las particularidades de la función administrativa (pública), inherente a la actividad del Estado, lo que la distancia de las actividades realizadas por las empresas particulares. La “función pública es toda actividad ejercida por los órganos del Estado para la realización de sus fines y, excepcionalmente, por expresa delegación legal o por concesión, por parte de los particulares”. Pero, citando al doctrinante argentino Manuel María Diez, el Consejo de Estado precisa que “es de señalar que la función pública significa una actividad de Estado que no puede jamás concebirse como análoga a la de un particular, aun cuando se tratara de una empresa”<sup>58-59</sup>.

Por esta razón, al analizar actividades de servicio público aseguradas por particulares, la Corporación ha considerado que el servicio público de transporte terrestre no constituye una función pública<sup>60</sup>, como tampoco lo es el servicio público de educación<sup>61</sup>, la telefonía celular<sup>62</sup> o la mensajería exprés<sup>63</sup>.

Por su parte, la Corte Constitucional también ha encontrado en el ejercicio de prerrogativas públicas el ingrediente particular de la función pública que permite diferenciarla de los servicios públicos. Si bien estos últimos son “inherentes a la finalidad social del Estado”, no son identificables con la función pública.

El servicio público se manifiesta esencialmente en prestaciones a los particulares. La función pública se manifiesta, a través de otros mecanismos que requieren

57 Corte Constitucional. Sentencia C-037/03.

58 DIEZ, MANUEL MARÍA. *Derecho Administrativo*, t. III, Omeba, Buenos Aires, 1967, p. 330.

59 Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia 05/08/1999, exp. ACU-798.

60 Consejo de Estado, Sección Quinta. Sentencia 05/08/2004, exp. ACU-0271.

61 Consejo de Estado, Sección Primera. Auto 20/03/2003, exp. AG-065 ; Sección Tercera. Sentencia 18/11/1999, exp. ACU-1016.

62 Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia 26/06/2001, exp. ACU-356, y Sección Quinta. Sentencia 16/08/2012, exp. 00106-01(ACU).

63 Consejo de Estado, Sección Quinta. Sentencia 19/02/2004, exp. ACU-1843.

de las potestades públicas y que significan, en general, ejercicio de la autoridad inherente del Estado<sup>64</sup>.

Este factor esencial también ha permitido a la Corte Constitucional considerar que, en la medida en que los particulares son sujetos disciplinables solo cuando ejercen “prerrogativas propias de poder público”, tan solo lo serán los contratistas que tengan estas potestades particulares, lo que se limita esencialmente a los interventores:

Por lo demás ha de tenerse en cuenta el evento de aquellas personas que contratan con el Estado pero sin asumir el ejercicio de funciones públicas, dado que solamente en determinados casos la ejecución de un contrato implica su ejercicio en cuanto se asuman prerrogativas propias del poder público (C. C., Sentencia C-037/03).

La Corte también ha explicado esta restricción de la calificación de la labor confiada al contratista, al destacar que mediante el contrato no se le confían tareas que son propias de la Administración en su condición de autoridad pública, sino la realización de una prestación que permitirá a la Administración realizar sus misiones institucionales.

Los contratistas, como sujetos particulares, no pierden su calidad de tales porque su vinculación jurídica a la entidad estatal no les confiere una investidura pública, pues si bien por el contrato reciben el encargo de realizar una actividad o prestación de interés o utilidad pública, con autonomía y cierta libertad operativa frente al organismo contratante, ello no conlleva de suyo el ejercicio de una función pública.

Lo anterior es evidente, si se observa que el propósito de la entidad estatal no es el de transferir funciones públicas a los contratistas, las cuales conserva, sino la de conseguir la ejecución práctica del objeto contractual, en aras de realizar materialmente los cometidos públicos a ella asignados. Por lo tanto, por ejemplo, en el contrato de obra pública el contratista no es receptor de una función pública, su labor que es estrictamente material y no jurídica, se reduce a construir o reparar la obra pública que requiere el ente estatal para alcanzar los fines que le son propios. Lo mismo puede predicarse, por regla general, cuando se trata de la realización de otros objetos contractuales (suministro de bienes y servicios, compraventa de bienes muebles, etc.).

---

64 Corte Constitucional. Sentencia C-037/03.

En las circunstancias descritas, el contratista se constituye en un colaborador o instrumento de la entidad estatal para la realización de actividades o prestaciones que interesan a los fines públicos, pero no en un delegatario o depositario de sus funciones<sup>65</sup>.

La Corte desagrega así los contratos de la Administración, al observar que tan solo en unos especiales podría concebirse que el contratista realiza directamente tareas propias de la Administración y no se limita a suministrarle insumos (bienes, servicios, obras) para el cumplimiento de los cometidos de aquella:

Sin embargo [explica la Corte en la misma sentencia], conviene advertir que el contrato excepcionalmente puede constituir una forma, autorizada por la ley, de atribuir funciones públicas a un particular; ello acontece cuando la labor del contratista no se traduce y se agota con la simple ejecución material de una labor o prestación específicas, sino en el desarrollo de cometidos estatales que comportan la asunción de prerrogativas propias del poder público, como ocurre en los casos en que adquiere el carácter de concesionario, o administrador delegado o se le encomienda la prestación de un servicio público a cargo del Estado, o el recaudo de caudales o el manejo de bienes públicos, etc.

Con todo, si atendemos la jurisprudencia unívoca posterior, tanto de la misma Corte como del Consejo de Estado, incluso en estos eventos contractuales no estaremos sistemáticamente en ejercicio de funciones administrativas por los contratistas, sino en cuanto comporten, de manera específica, ejercicio de potestades públicas.

Bajo este entendimiento de la función administrativa, resultaba coherente que la Corte hubiese rechazado el reproche de la demanda de inconstitucionalidad del artículo 6.º de la ley 1118/2006 por establecer que todos los contratos de Ecopetrol se regirían por las reglas del derecho privado<sup>66</sup>. La Corte observó que la empresa no ejerce funciones administrativas por cumplir actividades de carácter industrial y comercial y, por consiguiente,

---

65 Corte Constitucional. Sentencia C-563/98.

66 Ley 1118/2006, artículo 6.º Régimen aplicable a Ecopetrol S. A. Todos los actos jurídicos, contratos y actuaciones necesarias para administrar y desarrollar el objeto social de Ecopetrol S. A., una vez constituida como sociedad de economía mixta, se regirán exclusivamente por las reglas del derecho privado, sin atender el porcentaje del aporte estatal dentro del capital social de la empresa.

no era pertinente afirmar que la aplicación del derecho privado a sus contratos contraría los principios de la función administrativa, previstos por la Constitución (art. 209):

[...] a pesar de que Ecopetrol S. A. sigue siendo parte de la estructura de la administración pública, por pertenecer al nivel descentralizado y ser un organismo vinculado, por lo que no puede ser considerada como un particular, debe tenerse en cuenta su cambio de naturaleza jurídica y su nueva condición de sociedad de economía mixta con características dentro de las cuales no cabe el ejercicio de función administrativa, ya que debe cumplir actividades de naturaleza industrial y comercial conforme al derecho privado, por lo que no es pertinente aludir a la violación de aquellos principios consagrados en el artículo 209 superior<sup>67</sup>.

Pese a lo anterior, la Corte concluye:

[...] si bien Ecopetrol S. A., no tendrá por finalidad el ejercicio de funciones administrativas ello no implica que sus actos no deban someterse a los principios consagrados en el artículo 209 de la Constitución, pues sigue siendo una entidad pública en la que la Nación conserva como mínimo el ochenta por ciento (80 %) de las acciones, en circulación.

Si las funciones de la empresa no son administrativas, ¿por qué deben someterse al artículo 209 que fija los principios, justamente, de la función administrativa?

Esta contradicción flagrante puede explicarse por la percepción genérica de la función administrativa, en el sentido de actividad de la Administración que implica, por ese solo hecho, una dimensión particular de actividad de

---

67 Corte Constitucional. Sentencia C-722/07. La Corte se ratificaba así en su concepción expuesta con ocasión de la exequibilidad del artículo 2.º de la Ley 80/1993 respecto de las empresas de economía mixta, al resaltar la exclusión de la función administrativa en razón de las tareas industriales y comerciales que desarrollan:

“[...] en la medida en que la sociedad de economía mixta ostenta legalmente características dentro de las cuales no cabe el ejercicio de “función administrativa” ya que conforme a la misma ley debe cumplir actividades industriales y comerciales conforme al derecho privado, no es pertinente aludir a violación de aquellos principios propios de la función administrativa por la circunstancia de que el legislador asigne a la entidad un régimen de derecho privado, bien entendido que como lo señaló esta Corporación y ya se dio cuenta en esta misma providencia” (Corte Constitucional. Sentencia C-629/03).

la empresa. Tal vez por ello la Corte resalta el que la empresa sigue siendo una entidad pública con un alto capital público.

### 2.3. CONFUSIÓN ENTRE LA FUNCIÓN ADMINISTRATIVA Y SUS PRINCIPIOS

La aplicación de los principios de la función administrativa podría orientar la gestión contractual de manera muy genérica. Los principios serían así orientaciones básicas en sus componentes antes descritos, de prevalencia del interés general y distancia con intereses particulares, la efectividad técnica y calidad ética de toda actuación administrativa, así como su actuar transparente. En esta concepción, estos lineamientos tan solo tienen un alcance orientador de la gestión (como todo principio), sin que su concreción específica esté definida. En otros términos, si la actividad contractual no comporta función administrativa, la alusión a los principios de esta tan solo puede ser parámetro referente inspirador, sin que sean aplicables concretamente las manifestaciones de los principios que gobiernan concretamente el funcionamiento de la Administración.

Más aún, esta visión derivada de la apreciación jurisprudencial sobre la actividad contractual privada de las empresas del Estado sería aplicable también a la actividad contractual regida por el Estatuto General de la Contratación (Ley 80/1993), si se tiene en cuenta que, como hemos visto, lo explica la jurisprudencia, los contratos no son vehículo de la función administrativa, en la medida en que la gran mayoría se limita a proveer bienes, servicios y obras a la Administración para que ella pueda cumplir sus tareas misionales administrativas, sin que el contrato mismo constituya una de ellas.

No obstante, esta no ha sido la orientación de la jurisprudencia, que poco a poco fue ganando terreno hacia la concepción de la actividad contractual como una verdadera y cabal expresión de la función administrativa.

El primer paso en esta dirección fue la expansión de la jurisdicción administrativa. Bajo la concepción del objeto de la jurisdicción administrativa en el Código Contencioso Administrativo (CCA) de 1984, ella “est[aba] instituida para juzgar las controversias y litigios *administrativos* originados en la actividad de las Entidades Públicas”<sup>68</sup> (se resalta), lo que implicaba

---

68 CCA, artículo 82 (mod. Ley 446/1998). La Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo está instituida para juzgar las controversias y litigios administrativos originados en la actividad de las

actuaciones fruto de la función administrativa, como lo había establecido la jurisprudencia de manera uniforme<sup>69</sup>, excluyendo así, naturalmente, los contratos regidos por el derecho privado. El Consejo de Estado asumió sin embargo la competencia de manera creciente, primero frente a los contratos de condiciones uniformes de servicios públicos<sup>70</sup>, luego frente a los contratos de las universidades públicas<sup>71</sup> y las empresas sociales del Estado<sup>72</sup>, calificados todos por la ley de contratos de derecho privado. El Consejo de Estado hizo valer la importancia de la prestación del servicio público esencial, en el primer caso, y el interés general orientador de las actuaciones, en los otros casos. El paso sería consolidado con la reforma al artículo 82 del CCA, promovida por el Consejo de Estado, consistente en erradicar la función administrativa del objeto de la jurisdicción, extendida así a la “actividad de las entidades públicas”<sup>73</sup>. El cambio del criterio material al criterio simplemente orgánico, que incluyó las empresas públicas y hasta las sociedades

---

Entidades Públicas, y de las personas privadas que desempeñen funciones propias de los distintos órganos del Estado.

- 69 Consejo de Estado, Sección Segunda. Sentencia 01/01/1994, exp. 1994N8935: “Es la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo una expresión del poder público instituida como juez de la función administrativa”; Sección Primera. Sentencia 26/02/1998, exp. ACU-171: “Las empresas industriales y comerciales del Estado, si bien se encuentran enmarcadas dentro de la estructura de la rama ejecutiva del poder público (art. 115 C. P.) no son autoridades administrativas, en razón de la actividad que desarrollan, que no es función administrativa, y por el sometimiento de sus actos y de sus hechos a las reglas del derecho privado y a la justicia ordinaria, salvo respecto de aquellos actos que realicen para el cumplimiento de funciones administrativas que les haya confiado la ley, en tanto son actos administrativos (art. 31 decreto 3130 de 1968)”; Sección Primera. Sentencia 11/03/2004, exp. AP-90297: “Los artículos 82 y 83 señalan cuál es el objeto de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, esto es, juzgar las controversias y litigios administrativos (actos, hechos, omisiones, operaciones administrativas y contratos administrativos) originados en esa actividad administrativa tanto de las entidades públicas, como de las personas privadas a quienes se les considera autoridades en virtud del ejercicio de las funciones administrativas que desempeñen”; Sección Tercera. Sentencia 18/03/2004, exp. 14733: las competencias “previstas para esta jurisdicción, de lo contencioso administrativo, abarcan toda la función administrativa desde la conducta involuntaria representada en hechos, omisiones y operaciones administrativas, hasta las conductas voluntarias dirigidas a la producción de efectos jurídicos, como los actos administrativos y contratos celebrados por ella (arts. 82 y 83 del C. C. A.)”.
- 70 Consejo de Estado, Sala Plena. Auto 23/09/97, exp. S-701.
- 71 Consejo de Estado, Sección Tercera. Auto 20/08/98, exp. 14202.
- 72 Consejo de Estado, Sección Tercera. Auto 19/04/01, exp. 18409.
- 73 CCA, artículo 82 (mod. Ley 1107/2006). La jurisdicción de lo contencioso administrativo está instituida para juzgar las controversias y litigios originados en la actividad de las entidades públicas incluidas las sociedades de economía mixta con capital público superior al 50 % y de las personas privadas que desempeñen funciones propias de los distintos órganos del Estado.

de economía mixta con capital público mayoritario<sup>74</sup>, convertía así al juez administrativo en juez de la administración, con la acepción genérica de entidades públicas, sin importar el régimen jurídico que ellas apliquen. La concepción sería conservada por el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (Cpaca) en su artículo 104<sup>[75]</sup>, con la muy ambigua calificación de las actividades de las entidades públicas sujetas “al derecho administrativo”, en la medida en que la división tajante entre derecho administrativo y derecho privado es cada vez más inasible. Por lo demás, en temas contractuales, la jurisdicción absorbe hoy todos los contratos de las entidades públicas, “cualquiera sea su régimen” (núm. 2), excluyendo tan solo a los de las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios, siempre y cuando no contengan cláusulas excepcionales (núm. 3).

El segundo paso de la jurisprudencia consistiría en concebir que el funcionamiento mismo de la gestión contractual de los contratos de derecho privado estaba orientado por los principios de la primera parte del Código Contencioso Administrativo<sup>76</sup>, lo que auspició también la modificación legislativa de la Ley 1150/2007, que ordena aplicar los principios constitucionales de la función administrativa a los contratos de las entidades exceptuadas del Estatuto General de Contratación<sup>77</sup>.

74 Para que no cupiera duda sobre la amplitud incluyente de actividades que no comportan función administrativa, el párrafo especificó: “Parágrafo. Para los solos efectos de este Código, se entiende por entidad pública todo órgano, organismo o entidad estatal, con independencia de su denominación; las sociedades o empresas en las que el Estado tenga una participación igual o superior al 50 % de su capital; y los entes con aportes o participación estatal igual o superior al 50 %”.

75 CPACA, artículo 104. De la jurisdicción de lo contencioso administrativo. La Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo está instituida para conocer, además de lo dispuesto en la Constitución Política y en leyes especiales, de las controversias y litigios originados en actos, contratos, hechos, omisiones y operaciones, sujetos al derecho administrativo, en los que estén involucradas las entidades públicas, o los particulares cuando ejerzan función administrativa.

Igualmente conocerá de los siguientes procesos:

[...]

2. Los relativos a los contratos, cualquiera que sea su régimen, en los que sea parte una entidad pública o un particular en ejercicio de funciones propias del Estado.

3. Los relativos a contratos celebrados por cualquier entidad prestadora de servicios públicos domiciliarios en los cuales se incluyan o hayan debido incluirse cláusulas exorbitantes.

76 Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto 06/04/00, exp. 1263.

77 Ley 1150/2007. Artículo 13. Principios generales de la actividad contractual para entidades no sometidas al estatuto general de contratación de la administración pública. Las entidades estatales que por disposición legal cuenten con un régimen contractual excepcional al del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, aplicarán en desarrollo de su actividad

Este paso de la jurisprudencia la llevaba a concebir que la actuación contractual no solo se orienta por los principios de la función administrativa, sino que hace parte de ella, en su expresión más concreta, esto es, en la expedición de actos administrativos. Afirmar la aplicación del artículo 3.º del CCA implica concebir la actuación contractual como administrativa y aplicar todo el régimen de la primera parte del Código, esto es, la regulación del procedimiento administrativo general para la producción de actos administrativos.

El tercer paso, definitivo, de la jurisprudencia sería asumir que no solo las actuaciones unilaterales de la Administración contratante corresponden a esta dinámica, sino también la gestión de la ejecución del contrato, de tal suerte que cualquier reclamación del contratista no se enmarca dentro de la dinámica de cualquier contrato, con la flexibilidad que ello comporta, sino es manifestación del derecho constitucional de petición. Por consiguiente, su desarrollo responde al procedimiento administrativo, de tal suerte que la respuesta de la Administración constituye un acto administrativo, y su silencio un acto ficto que, en todo caso, deberá ser demandado ante el Contencioso Administrativo si el particular no está conforme<sup>78</sup>.

Esta sustantividad expansiva del contrato va mucho más allá del contrato administrativo más clásico, en el que se afirman “ciertos” poderes administrativos de la Administración en “ciertos contratos”, para concebir que toda la gestión contractual de cualquier contrato es, por naturaleza, expresión del proceder administrativo. La autonomía de la Administración enunciada como principio de la gestión contractual por el Estatuto General de la Contratación, como hemos visto, se diluye en la concepción rígida del principio de legalidad, equiparando la dinámica contractual a las actividades unilaterales de la Administración.

La anterior evolución jurisprudencial y normativa de nuestra contratación pública contrasta con las tendencias internacionales que, a través del refuerzo del derecho privado, se orientan a modificar el rígido sistema normativo administrativo de fuentes jurídicas de la actividad contractual.

---

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.

78 Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C. Sentencia 12/02/14, exp. 21576; Sentencia 03/12/14, exp. 28833.

## 2.4. TENDENCIAS INTERNACIONALES

Como se ha expuesto, la concepción del contrato fundada en el derecho privado no consiste en afirmar la defensa de la voluntad del funcionario que lo concibe para atender sus fines personales o de terceros, distantes del interés general. La regla de selección imparcial del contratista fundada en la igualdad de oportunidades de los oferentes, así como la estructuración del proyecto según los intereses públicos, no son incompatibles con el régimen jurídico del contrato enraizado en la teoría general del contrato privado. Las reglas de contratación pública del derecho europeo ratifican esta realidad, en la medida que ellas son aplicadas por los 28 países de la Unión Europea, que tienen regímenes jurídicos del contrato de la Administración, la mayoría de los cuales se rige por el derecho privado<sup>79</sup>. Incluso, la consagración contractual de poderes unilaterales de la Administración que garanticen la buena realización del proyecto o su adaptación a circunstancias de interés general tampoco es incompatible con el régimen jurídico fundado en el derecho privado.

Por el contrario, la concepción internacional modula el sistema de fuentes de los procedimientos contractuales y refuerza la fuente contractual que rige la ejecución del contrato. Se perfilan así influencias crecientes de los modelos de contratación con origen en las tendencias internacionales. La descripción del proceso de asentamiento y extensión de la contratación electrónica es un elemento determinante de cambios fundamentales en la percepción de la forma de contratar. La concentración de los esfuerzos en los desarrollos tecnológicos en torno a los procesos de contratación ilustra, además, la percepción de la gran mayoría de contratos que suscribe la Administración, como simples instrumentos de provisión de obras, bienes y servicios. El reemplazo de la terminología de contrato administrativo, estatal o público, por la de “compras públicas” refleja fielmente el acento sobre el carácter instrumental y económico del contrato que no lo vincula directamente a tareas administrativas, sino que ofrece medios a la Administración para permitirle asegurarlas.

---

79 PERNAS GARCÍA, JUAN JOSÉ. “Tendencias y novedades del derecho comunitario de la contratación administrativa”, en MORENO CRUZ, PABLO y BENAVIDES, JOSÉ LUIS. *La contratación pública en América Latina*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2016, pp. 717 y ss.

#### 2.4.1. CAMBIOS EN LA CONCEPCIÓN DE LOS PROCESOS DE SELECCIÓN

En el pasado reciente, bajo la presión de los organismos multilaterales, en particular del Banco Mundial, los procesos de contratación se orientaron hacia su estructuración rígida que supone la definición clara de la prestación a realizar, relegando los procesos de contratación a la competición entre oferentes sobre el precio ofertado. El cambio sustancial de la selección objetiva original de la Ley 80/1993, introducido por la Ley 1150/2007, es un ejemplo de esta clara influencia.

Mientras que la Ley 80/1993 partió de la autonomía de las entidades en la definición de los factores de escogencia de la oferta más favorable y su ponderación en los pliegos de condiciones (art. 29 original<sup>80</sup>), el artículo 5.º de la Ley 1150/2007 restringe de manera fundamental la forma de valoración de las ofertas. En primer lugar, al excluir la valoración de diversos factores referidos, en principio, a condiciones del proponente (capacidad jurídica, condiciones de experiencia, capacidad financiera y de organización), que serán objeto de simple verificación, restringiendo los factores de selección a los aspectos económicos y técnicos de la oferta. En segundo lugar, la ley también estableció la manera como se realiza la valoración de estos dos aspectos de la oferta, mediante la definición de dos métodos específicos: su ponderación a través de la definición de puntajes o fórmulas, o su ponderación mediante la mejor relación costo-beneficio. El reglamento iría más lejos definiendo las condiciones de aplicación de la ponderación costo-beneficio y monetizando los distintos elementos de valoración<sup>81</sup>.

La ley también definió la manera de seleccionar los consultores, centrandose en la evaluación sobre los aspectos técnicos de la oferta o el proyecto y prohibiendo la valoración económica de la oferta. Finalmente, la ley impuso

---

80 Ley 80/1993, art. 29 original: “[...] 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 [...]”.

81 Decreto 1082/15, art. 2.2.1.2.4.2.2.

el precio ofrecido como único criterio de selección para la adquisición de bienes y servicios de características técnicas uniformes (art. 5.º).

El proceder fue reflejo de las políticas de contratación de la banca multilateral que concibieron los distintos procesos de selección a partir del objeto del contrato y privilegiaron la mayor monetización posible de los factores de selección, como estrategia para evitar la valoración subjetiva de las ofertas<sup>82</sup>.

Por su parte, los tratados de libre comercio han tenido gran influencia al imponer reglas esenciales que limitan la protección de la industria nacional en pro del trato igualitario a empresas del país extranjero signatario del acuerdo. Si bien la legislación conserva algunas medidas, como la restricción de procesos de selección a mipymes locales, ello está subordinado a los umbrales y términos establecidos en los capítulos de compras públicas de los tratados<sup>83</sup>.

82 Banco Mundial. Normas de adquisición de obras bienes y servicios distintos de consultoría, 2004. <http://siteresources.worldbank.org/INTPROCUREMENT/Resources/ProcGuid-10-06-RevMay10-sp1.pdf>.

Evaluación y comparación de las ofertas:

2.49 La evaluación de las ofertas tiene por objeto determinar el costo de cada una de ellas para el Prestatario de manera que permita compararlas sobre la base del costo evaluado de cada una. Con sujeción a lo dispuesto en el párrafo 2.58, la oferta que resulte con el costo evaluado más bajo (51), sin que sea necesariamente aquella cuyo precio cotizado sea el más bajo, debe ser seleccionada para la adjudicación [...]

[...]

2.52 Los documentos de licitación deben especificar también los factores pertinentes, además del precio, que han de considerarse en la evaluación de las ofertas y la manera en que han de aplicarse a fin de determinar la oferta evaluada más baja. En el caso de bienes y equipo, los factores que se pueden tomar en cuenta comprenden, entre otros, el calendario de pagos, el plazo de entrega, los costos de operación, la eficiencia y compatibilidad del equipo, la disponibilidad de servicio y repuestos, la capacitación necesaria, la seguridad contra accidentes y los beneficios ambientales. Los factores distintos del precio que hayan de utilizarse para determinar la oferta evaluada como la más baja deben expresarse, en la medida posible, en términos monetarios, o en las disposiciones pertinentes en los documentos de licitación.

83 Ley 1150/2007, artículo 12. Promoción del desarrollo en la contratación pública. (Artículo modificado por el artículo 32 de la Ley 1450 de 2011). El nuevo texto es el siguiente: De conformidad con lo dispuesto en los artículos 13, 333 y 334 de la Constitución Política, el Gobierno Nacional definirá las condiciones y los montos de acuerdo con los compromisos internacionales vigentes, para que en desarrollo de los procesos de selección, las entidades estatales adopten en beneficio de las Mipymes, convocatorias limitadas a estas en las que, previo a la Resolución de apertura del proceso respectivo, se haya manifestado el interés del número plural de Mipymes que haya sido determinado en el reglamento [...]

Decreto 1082/2015, artículo 2.2.1.2.4.2.2. Convocatorias limitadas a mipyme. La Entidad Estatal debe limitar a las Mipyme nacionales con mínimo un (1) año de existencia la convocatoria del Proceso de Contratación en la modalidad de licitación pública, selección abreviada y concurso de méritos cuando:

En la actualidad, las tendencias internacionales indican la revisión de concepciones difundidas en el pasado. La experiencia en los distintos países ha demostrado al Banco Mundial que los métodos de selección de contratistas determinados por los objetos contractuales son en extremo rígidos. Existen procesos licitatorios en que es importante valorar la experiencia de los proponentes o la conformación de su equipo de trabajo, como ocurre en los servicios informáticos o en obras complejas. En contraste, no es sistemático que en la consultoría sea esencial valorar el perfil y experiencia del proponente, en la medida en que hay proyectos de estructura estándar donde lo determinante es el precio. La contratación brasilera ha incluido en sus acuerdos marco obras sencillas que permiten la elaboración de fichas técnicas estándares<sup>84</sup>.

Luego de tres años de intensas valoraciones en muchos países, el Banco Mundial aprobó en 2015 una nueva política para las reglas de adquisiciones por él financiadas, fundadas en una mejor valoración de costo-beneficio de los proyectos, el desarrollo sostenible y una visión más integral de los proyectos, contenida en el documento *Nuevo marco para la contratación pública*<sup>85</sup>. Por su parte, las últimas directivas europeas sobre contratación pública buscan una real simplificación de los procesos de contratación, teniendo en cuenta su necesaria flexibilidad y adaptación a los distintos proyectos, así como la integración acentuada de factores de selección ambientales, sociales y de innovación<sup>86</sup>.

A escala latinoamericana, estas tendencias han conllevado la introducción de factores de este tipo en los procesos de selección<sup>87</sup>, con una noción amplia

1. El valor del Proceso de Contratación es menor a ciento veinticinco mil dólares de los Estados Unidos de América (US\$125.000), liquidados con la tasa de cambio que para el efecto determina cada dos años el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo; y [...]

84 REIS, TARCILA y JORDÃO, EDUARDO. “Informe nacional: Brasil”, en MORENO CRUZ, PABLO y BENAVIDES, JOSÉ LUIS. *La contratación pública en América Latina*, cit., pp. 181-230.

85 <http://consultations.worldbank.org/consultation/procurement-policy-review-consultations>.

86 MORENO MOLINA, JOSÉ ANTONIO. “Las nuevas directivas de la Unión Europea sobre la contratación pública y su necesidad de incorporación al derecho español”, ponencia para las Jornadas de Letrados de CCAA, 2015. PERNAS GARCÍA, JUAN JOSÉ. “Tendencias y novedades del derecho comunitario de la contratación administrativa”, cit., pp. 717 y ss. [http://www.castillalamancha.es/sites/default/files/documentos/pdf/20150603/nuevas\\_directivas\\_ue\\_contratacion.pdf](http://www.castillalamancha.es/sites/default/files/documentos/pdf/20150603/nuevas_directivas_ue_contratacion.pdf).

87 Ver documentos de la RICG: <http://biblioteca.ricg.org/documentos-de-investigacion/categoria/3/es/>: “Panorama actual de las compras públicas socialmente responsables en Centroamérica” (2013), “Implementando compras públicas sostenibles en América Latina y el Caribe” (2015) y

de contratación sostenible<sup>88</sup>, e incluso existen propuestas originales, como el catálogo dinámico inclusivo del Ecuador, concebido como una herramienta de TIC, que privilegia no solo la sostenibilidad ambiental, sino también la social, para favorecer la adquisición de bienes y servicios de producción nacional, que son ofertados por los actores de la economía popular y solidaria, artesanos, micro y pequeñas empresas, de exclusiva producción nacional<sup>89</sup>. De manera más general, los procesos de selección reintroducen el uso de la *contratación como instrumento de mercado al servicio de los objetivos de las políticas* y particularmente *como apoyo a específicas políticas públicas*<sup>90</sup>, como orientadores de la política pública contractual.

#### 2.4.2. CAMBIOS EN EL SISTEMA DE FUENTES

Finalmente, el panorama latinoamericano indica una clara orientación hacia la estructura del sistema de compras públicas en el que los órganos rectores, como nuestra Colombia Compra Eficiente, tienen un papel preponderante de creación normativa que cambia la concepción de las fuentes jurídicas. La concepción de Colombia Compra Eficiente como agencia gubernamental no encaja en la estructura tradicional de nuestra organización administrativa, al tratarse de un organismo técnico que, sin embargo, al tenor de su norma de creación, tiene la función de implementar políticas de contratación, absolver consultas y expedir circulares externas sobre la aplicación de normas de contratación<sup>91</sup>.

La producción de Colombia Compra Eficiente es abundante, mediante la expedición de numerosos manuales y guías, modelos de contratos, modelos de pliegos de condiciones e incluso modelos específicos de documentos del proceso de contratación, como la resolución de adjudicación para licitaciones públicas, el aviso de convocatoria para los procesos de contratación o la

---

“Medición del impacto y avance de la compra pública sustentable en América Latina y el Caribe” (2015).

88 PERNAS GARCÍA, JUAN JOSÉ (dir.). *La contratación pública sostenible: una perspectiva iberoamericana*, Bubok, A Cataluña, 2015.

89 <http://portal.compraspublicas.gob.ec/sercop/catalogos-dinamicos-inclusivos-2/>

90 En torno a estos dos temas se estructura el interesante libro colectivo dirigido por JUAN JOSÉ PERNAS GARCÍA, *Contratación pública estratégica*, Aranzadi, Pamplona, 2013.

91 Decreto 4170/2011, art. 3.º: Funciones.

resolución de apertura<sup>92</sup>. Su competencia para “desarrollar, implementar y difundir [...] instrumentos y herramientas que faciliten las compras y contratación pública y promuevan las mejores prácticas, la eficiencia, transparencia y competitividad [...]”<sup>93</sup> auspicia una dinámica creciente de producción. No obstante, este crecimiento exponencial de producción no puede concebirse como una competencia reglamentaria extendida, mediante normas de vinculación estricta, según la percepción tradicional jerárquica de la normatividad administrativa. La gran mayoría de estas especificaciones desbordarían los parámetros legales, como marco referente y limitante del reglamento necesario para su “cumplida ejecución”, como enmarca la Constitución esta función gubernamental<sup>94</sup>. Sería incomprensible que estas limitaciones a la potestad reglamentaria del Presidente no fueran limitantes para un organismo técnico, que, como tal, no hace parte del Gobierno Nacional<sup>95</sup>.

Las tareas de estos organismos rectores parecen entonces orientarse más a una labor de acompañamiento y apoyo a las entidades contratantes, que a una verdadera producción normativa vinculante. Sin embargo, ello no significa que su producción no tenga ningún efecto vinculante por cuanto la autoridad técnica de la Agencia en su producción impone tenerlos en cuenta para apreciar, de manera concreta, la pertinencia y alcance de su aplicación en cada proyecto. En este sentido se orienta la concepción de la misma Agencia en su proyecto de nuevo estatuto general de contratación, aunque afirma el carácter estrictamente vinculante de sus circulares, lo que no parece pertinente en la medida en que el régimen de la Agencia no establece su ámbito de expedición.

---

92 <https://www.colombiacompra.gov.co/manuales-guias-y-pleigos-tipo/manuales-y-guias>.

93 Decreto 4170/2011, art. 3.º, núm. 2.º

94 C. N., artículo 189. Corresponde al Presidente de la República como Jefe de Estado, Jefe del Gobierno y Suprema Autoridad Administrativa:

[...]

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

BENAVIDES, JOSÉ LUIS. “Potestad reglamentaria en contratación pública”, en BENAVIDES, JOSÉ LUIS. *Contratos públicos. Estudios*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2014, pp. 149-184.

95 C. N., art. 115: “[...] El Gobierno nacional está formado por el Presidente de la República, los ministros del despacho y los directores de departamentos administrativos. El Presidente y el ministro o director de departamento correspondientes, en cada negocio particular, constituyen el Gobierno”.

Artículo 66. Alcance de los documentos expedidos por Colombia Compra Eficiente. Las Circulares expedidas por Colombia Compra Eficiente como ente rector del Sistema de Compra Pública son de obligatorio cumplimiento.

Los documentos expedidos por Colombia Compra Eficiente en el ejercicio de sus funciones son una guía que las Entidades Estatales deben tener en cuenta en su actividad contractual. Si una guía contenida en un documento expedido por Colombia Compra Eficiente no es aplicable a un Proceso de Compra en particular, por la especificidad o la particularidad del mismo, la Entidad Estatal debe justificar en los documentos del proceso el motivo por el cual debe alejarse de la buena práctica recogida por Colombia Compra Eficiente.

La influencia internacional en la contratación ha transformado los instrumentos técnicos de la Administración para su gestión. La imposición tecnológica desbordará de manera creciente el papel inicial de publicidad del portal institucional de la contratación (Secop) hacia la implementación de métodos en línea. La obligación de publicar los planes anuales de compra, el uso sistemático de la codificación de bienes y servicios de acuerdo con el código estándar de productos y servicios de Naciones Unidas<sup>96</sup> y el peso cada vez mayor de preocupaciones técnicas económicas en la elaboración de la estructuración de los contratos son tan solo un preámbulo de la realización integral de los procesos contractuales en línea que ya se están implementando de manera decidida en la plataforma Secop II. La dinámica constituye un complemento frente a un cambio sustancial en torno a los acuerdos marco de precios, que ha reemplazado ya el proceso de contratación adelantado por las entidades mediante la banalización de la compra pública, mediante la tienda virtual del Estado, que ya cuenta con su propia página de internet<sup>97</sup>. La expansión formidable de los acuerdos marco, con los 32 ya suscritos por Colombia Compra Eficiente, comprende áreas tan diversas como adquisición y servicios vinculados con vehículos, tiquetes aéreos, bienes y servicios informáticos, papelería, aseo y cafetería, dotación de vestuario, servicios hospitalarios y suministros de alimentación para programas públicos. La vocación de expansión hacia otras áreas, presentes ya en los acuerdos mar-

---

96 Colombia Compra Eficiente produjo al respecto una Guía para la codificación de bienes y servicios de acuerdo con el código estándar de productos y servicios de Naciones Unidas. <https://www.colombiacompra.gov.co/sites/default/files/manauales/manualclasificador.pdf>

97 <https://www.colombiacompra.gov.co/tienda-virtual-del-estado-colombiano>.

co de otros países latinoamericanos permite prever la cobertura adicional en temas de capacitación y formación, mobiliario de oficina, campañas y estrategias de comunicación, servicios médicos y material hospitalario y paramédico, alojamiento, libros, imprenta, maquinaria corriente, suministros de construcción e incluso obras estandarizadas.

La amplitud de las áreas así cubiertas refleja hasta qué punto las necesidades corrientes de la Administración están siendo automatizadas por estos procesos particulares. Ello desplaza el centro de atención hacia las condiciones técnicas que será necesario implementar para garantizar la provisión de calidad y buen precio, así como los mecanismos nuevos de seguimiento de la ejecución contractual, que está por inventar, por cuanto no parece suficiente el control autónomo e integral por Colombia Compra Eficiente, ante las quejas de las entidades compradoras.

Pero la amplitud de los acuerdos marco indica una transformación más profunda al poner en primer plano aspectos eminentemente técnicos y económicos, por encima de los conceptos jurídico-administrativos de la contratación pública. La expansión de la contratación electrónica conlleva la subordinación del derecho a los aspectos técnicos. La implementación de los procesos de contratación en las plataformas informáticas conllevará múltiples definiciones jurídicas que estarán estandarizadas y automatizadas por el sistema, como la acreditación de condiciones particulares, las definiciones de bienes y productos e incluso de modalidades de cumplimiento de las obligaciones contractuales, todas las cuales estarán definidas por el “sistema” con la rigidez propia de los procedimientos informáticos.

Superando las discusiones válidas sobre la fuerza vinculante estricta o técnica del valor de *hard law* o de *soft law* de la producción de las agencias de compras públicas, la implementación generalizada de procesos en línea impondrá sus consideraciones, visiones y conceptos incluidos en un proceso automatizado.

Los nuevos retos serán entonces muy distintos de los que ahora vemos, en la medida en que la contratación entera estará gobernada por las consideraciones técnicas y económicas que desplazan las orientaciones clásicas de la caracterización del contrato público por los objetivos particulares y los medios exorbitantes de control y adaptación del contrato.

Es este en realidad el sentido último de la prevalencia del derecho privado en la contratación. El énfasis en el contenido comercial de toda transacción económica introduce nuevos conceptos y preocupaciones o, tal vez, remodela

y actualiza los tradicionales frente a las preocupaciones contemporáneas. El derecho constitucional a la igualdad, que gobierna los procedimientos de la contratación, se materializa en la protección de la libre competencia y la apertura de oportunidades a todas las empresas, nacionales y extranjeras. Los objetivos de imparcialidad y las calidades técnicas de la contratación se modulan hacia las condiciones de eficacia y eficiencia económica y las decisiones fundadas sobre el balance entre costos y beneficios. Las exigencias de cumplimiento de objetivos públicos de manera ética, evolucionan hacia la noción de rendición de cuentas (*accountability*) y el uso de la contratación con valores comerciales y valores estratégicos de la gestión pública.

La noción misma del contrato público saldrá así profundamente modificada y será necesario repensar sus verdaderas particularidades frente al contrato entre particulares, con lo cual el respeto a los principios de la función administrativa también tendrá un significado y un alcance particulares. Seguramente su concreción nos permitiría confirmar que no son para nada contrarios a los de la hoja de ruta de la Banca Multilateral, que hemos resumido antes en sus objetivos de gobernanza, mejor relación calidad/precio y mayor competitividad, con desarrollo equilibrado, en un entorno de mejor capacidad institucional, mejor integración de terceros y la evaluación permanente de toda la gestión contractual, mediante una información extendida y abierta.

El dilema derecho público-derecho privado es tal vez, hoy más que nunca, ilusorio.

#### BIBLIOGRAFÍA

- ÁLVAREZ, JOSÉ MANUEL y BENAVIDES, JOSÉ LUIS. “International arbitration and public contracts in Latin America”, en MATHIAS AUDIT (dir.). *Contracts publics et arbitrage international*, Bruylant, Bruselas.
- ARAYA ALLENDE, JUAN. “Las compras públicas en los Acuerdos Regionales de América Latina con Países Desarrollados”, serie *Comercio Internacional* n.º 67, Cepal, División de Comercio Internacional e Integración, Santiago de Chile, 2006.
- ARIÑO, GASPAR. “Contrato de Estado y *common law*”, estudio preliminar al libro de JOSÉ IGNACIO MONEDERO GIL, *Doctrina del contrato del Estado*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1997.
- AUBY, JEAN-BERNARD. *La globalisation, le droit et l'État*, 2.<sup>a</sup> ed., LGDJ, París, 2010.

- BENAVIDES, JOSÉ LUIS. “La internacionalización de los contratos públicos”, en BENAVIDES, JOSÉ LUIS. *Contratos públicos. Estudios*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2014.
- BENAVIDES, JOSÉ LUIS. “Potestad reglamentaria en contratación pública”, en BENAVIDES, JOSÉ LUIS. *Contratos públicos. Estudios*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2014.
- BENAVIDES, JOSÉ LUIS. *El contrato estatal: entre el derecho público y el derecho privado*, 2.ª ed., Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2004.
- DE LAUBADERE, ANDRÉ, MODERNE, FRANCK y DELVOLLE, PIERRE. *Traité des contrats administratifs*, t. I, LGDJ, París, 1983.
- DÍEZ, MANUEL MARÍA. *Derecho Administrativo*, t. III, Omeba, Buenos Aires, 1967.
- GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, SANTIAGO. *Tratado de derecho administrativo*, t. IV: *El contrato administrativo*, Thomson Civitas, Madrid, 2008.
- JORGE, YASMÍN NATALIA y SOLEDAD RODRÍGUEZ, MARÍA. “Sistemas de compras públicas e integración regional en América Latina y el Caribe”, Programa ICT4GP, *Documentos de trabajo*, n.º 10, Universidad Nacional de San Martín, Buenos Aires, 2011.
- MORENO CRUZ, PABLO y BENAVIDES, JOSÉ LUIS. *La contratación pública en América Latina*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2016.
- MORENO MOLINA, JOSÉ ANTONIO. *Las nuevas directivas de la Unión Europea sobre la contratación pública y su necesidad de incorporación al derecho español*, ponencia para las Jornadas de Letrados de CCAA, 2015.
- NOGUELLOU, ROZEN y STELKENS, ULRICH (eds.). *Droit compare des contrats publics. Comparative law on public contracts*, Bruylant, Bruselas, 2010.
- ORDAZ CRUZ, JORGE ARTURO y PALACIOS VELÁZQUEZ, CRYSTAL. *Compras gubernamentales y tecnologías de la información: caso Compranet en México*, Colección de tesis digitales, Universidad de las Américas, Puebla, 2007.
- PEQUIGNOT, GEORGES. *Théorie générale du contrat administratif*, A. Pédone, París, 1945.
- PERNAS GARCÍA, JUAN JOSÉ (dir.). *La contratación pública sostenible: una perspectiva iberoamericana*, Bubok, Cataluña, 2015.
- PERNAS GARCÍA, JUAN JOSÉ. “Tendencias y novedades del derecho comunitario de la contratación administrativa”, en MORENO CRUZ, PABLO y BENAVIDES, JOSÉ LUIS.

*La contratación pública en América Latina*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2016.

REIS, TARCILA y JORDÃO, EDUARDO. “Informe nacional: Brasil”, en MORENO CRUZ, PABLO y BENAVIDES, JOSÉ LUIS. *La contratación pública en América Latina*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2016.

RICHER, LAURENT. *Droit des contrats administratifs*, 9.<sup>a</sup> ed., LGDJ, París, 2014.

ROMERO PÉREZ, JORGE ENRIQUE. *Contratación electrónica del Estado*, Ud. UCR, San José, 2013.

STELKENS, ULRICH. “Reporte del derecho alemán”, en NOGUELLOU, ROZEN y STELKENS, ULRICH (eds.). *Droit compare des contrats publics. Comparative law on public contracts*, Bruylant, Bruselas, 2010.

VIDAL PERDOMO, JAIME. “Sobre la función administrativa”, en VIDAL PERDOMO, JAIME, ORTIZ ORTIZ, EDUARDO, GORDILLO, AGUSTÍN y BREWER-CARÍAS, ALLAN R. *La función administrativa y las funciones del Estado. Cuatro amigos, cuatro visiones sobre el derecho administrativo en América Latina*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2014.