

La reforma de la Ley 80 de 1993: mucho ruido y pocas nueces

POR JOSÉ LUIS BENAVIDES*

El objeto de la Ley 1150 de 2007 es enunciado de manera escueta por su artículo 1.º: “introducir medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993 y dictar otras disposiciones generales sobre la contratación con recursos públicos”. La exposición de motivos del proyecto gubernamental también expresa la intención de realizar tan sólo ajustes a la Ley 80, surgidos de la experiencia recogida luego de una década de su vigencia. El texto definitivo fue precedido de muchos proyectos archivados, lo que es indicativo de un resultado que concreta el mínimo común aceptable para los distintos intereses.

Sin embargo, desde su proyecto de ley, la reforma se anuncia al mismo tiempo como

[...] una iniciativa legislativa de gran importancia para la reforma del Estado colombiano, consistente en la modificación al Estatuto General de Contratación para la Administración Pública con el objeto de introducir medidas para la eficiencia y transparencia en la gestión contractual que hagan del mecanismo contractual un hito de eficiencia en la administración del recurso público y un terreno adverso al accionar de la corrupción¹.

Más aún: el Gobierno consideró que el proyecto era el “fruto de una ya larga discusión sobre la forma de superar la evidente obsolescencia de las reglas contractuales públicas en nuestro país”. La misma exposición resalta que los proyectos

* Profesor de derecho administrativo y contratación pública en la Universidad Externado. Director del doctorado de derecho de la misma universidad.

1 “Exposición de motivos del proyecto de Ley 20 de 2005, Senado”, en *Gaceta del Congreso*, n.º 458, 2005.

naufragados abrieron la posibilidad de una mayor consulta, mejor discusión, reflexión y participación de distintas instituciones como el Departamento Nacional de Planeación, los ministerios del Interior y de Justicia y Hacienda, la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República, la Procuraduría General de la Nación, la Contraloría General de la República y, por supuesto, la sociedad civil, todo lo cual permitió obtener un

[...] lúcido conjunto de medidas legislativas que, no por ser de carácter puntual, dejarán de significar un cambio profundo en el devenir contractual público y con él, en la materialización de los objetivos de eficiencia y transparencia comunes a la tarea que la presente administración se ha propuesto en torno de la modernización de nuestras instituciones gubernamentales².

La referencia a la "obsolescencia de las reglas contractuales públicas", efectuada en este proyecto del 2005, recuerda la alusión al sistema "paquidérmico" del Decreto-ley 222 de 1983, realizada en el proyecto de ley gubernamental que concluyó con la Ley 80 de 1993³. Y en cuanto a los objetivos de unificación del régimen de contratación para terminar con la multiplicidad de regímenes especiales, la creación de una gestión contractual transparente y eficaz que permita suprimir el flagelo de la corrupción, fueron también las banderas enarboladas por el proyecto y el legislador de hace 14 años.

La reforma de 2007, pese a sus anunciados alcances puntuales para lograr estos objetivos esenciales, constituye en realidad la confesión implícita del fracaso del régimen contractual de 1993. Si los mismos objetivos por alcanzar y las funciones encomendadas al texto de los años noventa legitiman las modificaciones de 2007, necesariamente hay que concluir que no se trata de retoques, sino de refundación.

La apreciación del alcance de la ley ha de pasar entonces por el análisis de la regulación que debería, ahora sí, lograr tan anhelados objetivos, lo que parece por lo menos incierto. Además, el legislador de 2007 introdujo un cambio significativo en la concepción de la ley de principios de 1993, base esencial de la estrategia para lograr modernizar responsablemente la gestión contractual, y la remisión permanente a la reglamentación gubernamental no sólo genera hoy incertidumbre frente al verdadero alcance y contenido de la reforma, sino que desvirtúa la función y caracterización del reglamento como expresión de la competencia gubernamental para lograr la "cumplida ejecución de las leyes", como lo prevé el numeral 11 del artículo 189 de la Carta.

2 Ídem.

3 JORGE BENDECK OLIVELLA. "Exposición de motivos a la Ley 80 de 1993", en *Gaceta del Congreso*, n.º 75, 23 de septiembre de 1992.

Por otra parte, este implícito cambio de fondo de la reforma se ve contrastado con los cambios explícitos de diferentes instituciones contractuales que no fueron objeto de análisis suficientes sobre sus implicaciones jurídicas en las discusiones parlamentarias y que, muy probablemente, generarán dificultades en su aplicación.

Estos distintos tópicos de la reforma constituyen el objeto de los comentarios que se desarrollan a continuación.

I. LOGRO INCIERTO DE LOS OBJETIVOS DE LA REFORMA

A. APLICACIÓN GENERALIZADA DE LA LEY 80

Frente al primer propósito, el legislador de 2007 no se muestra claro en su tratamiento y la discusión de fondo no parece haberse dado.

En principio, el esfuerzo fue grande: se afectaron los regímenes especiales de las cooperativas, las asociaciones (art. 10) y universidades públicas (lit. c num. 4 art. 2.º), las empresas industriales y comerciales del estado (art. 14), las entidades financieras estatales (art. 15), los contratos de las corporaciones autónomas regionales (art. 24), los contratos de salud (lit. c num. 2 art. 2.º) y telecomunicaciones (art. 27), las concesiones de obra (art. 28), la contratación con organismos internacionales (art. 20) e incluso los bienes y servicios para la defensa y seguridad nacional (lit. i num. 2 art. 2.º) aun cuando sean reservados (lit. d num. 2 art. 2.º).

No obstante, hay inclusiones al Estatuto que son apenas aparentes. En principio las empresas industriales y comerciales del Estado están sujetas a la ley, pero siempre y cuando no se encuentren en competencia con el sector privado nacional o internacional, ni desarrollen su actividad en mercados monopolísticos o mercados regulados (art. 14), con lo que será difícil encontrar cuáles quedan sujetas a la Ley 80. Los contratos con los organismos de cooperación internacional estarán, ahora sí, sujetos a la Ley 80, salvo que tengan una financiación internacional mayor al 50%. Además, no podrán celebrarse convenios con estos organismos para la administración o gerencia de recursos públicos (art. 20). Sin embargo, el texto finalmente adoptado borra toda restricción, al establecer que "los contratos o acuerdos celebrados con personas extranjeras de derecho público, podrán someterse a las reglas de tales organismos".

¿Acaso el PNUID, la SECAB o la OEI, que ejecutan millonarios proyectos, no hacen parte de personas extranjeras de derecho público? Y, en cuanto a Fonade, la reforma *lo pone en cintura* al prescribir de manera perentoria que *se regirá por las normas de la Ley 80* (art. 26). Pero *las normas* de la Ley 80 excluyen a Fonade, primero, por ser una empresa industrial y comercial del Estado de carácter financiero (art. 1.º Decreto-ley 2168 de 1992) y, segundo, porque la reforma eliminó la restricción original que excluía de la Ley 80 sólo los contratos de las entidades financieras estatales (como Fonade) que correspondieran *al giro ordinario de de las actividades*

financieras (par. art. 32 Ley 80). La Ley 1150 excluye *todos* los contratos de las entidades financieras estatales (art. 15).

Por otra parte, más allá de las contradicciones del texto, no se vio discusión sobre aspectos esenciales del régimen unificado de los contratos de la administración.

La Ley 80 estableció un criterio orgánico de calificación de los contratos estatales, que buscaba la aplicación del estatuto a todos los contratos de todas las administraciones (arts. 1.º y 2.º). Pero, como los contratos de las administraciones no son iguales, la ley impuso un régimen reforzado de derecho público (cláusulas exorbitantes) solo a los contratos que vinculan un servicio público directa (concesión) o indirectamente (obra), o que otorgan al contratista la explotación de un monopolio o de un bien públicos (art. 14). En el otro extremo, la ley prohíbe la inclusión de tales cláusulas en los contratos que no necesitan prerrogativas de poder público por la naturaleza de su objeto (actividades industriales y comerciales, arrendamiento, colaboración interadministrativa, donación). La reforma habría podido perfeccionar esta lógica, que se funda en la definición de un mínimo de derecho público aplicable a cualquier contrato de la administración. Fue la inspiración no sólo de la Ley 80, sino también de los Conpes 3186 de 2002 y 3249 de 2003 origen del proyecto gubernamental de reforma, que identificaron 36 regímenes de contratación especiales. Esta discusión no se dio en el Congreso y el resultado es la repetición de antiguos vicios.

Si la clasificación de contrato estatal no conlleva automáticamente la inclusión de cláusulas exorbitantes, ni supone el adelantamiento de licitación pública, ¿por qué excluir los contratos de las empresas industriales y comerciales del Estado, o los contratos del sector defensa (Satena, Indumil, el Hotel Tequendama, Cotecmar y la CIAC (art. 16), o los siempre polémicos contratos de las loterías y juegos de suerte y azar?

El otro problema esencial es que varios de los regímenes especiales responden a dificultades presupuestales en la contratación pública, que tampoco fueron discutidas en el Congreso. Antes de la Ley 80, se acudió a la fiducia mercantil para hacerles el quite a las rígidas reglas presupuestales y, por ello, la Ley 80 reguló la exótica fiducia pública (sent. C-086 de 1995). Pero la figura fue reeditada por medio de la exclusión de los contratos suscritos con los organismos de cooperación internacional, lo que se ganó la crítica de la Corte Constitucional (C-249 de 2004). Es la misma lógica al origen de los contratos con las cooperativas y las asociaciones conformadas por entidades territoriales y de los convenios interadministrativos con las universidades públicas o con Fonade. En todos estos casos, dejando de lado el análisis de prácticas corruptas que buscan acudir al régimen privado para subcontratar a dedo, se busca crear un mecanismo que permita la gestión ágil de recursos o de proyectos, sin estar amarrados a las drásticas disposiciones presupuestales. Más allá de los regímenes puntuales, habría sido fundamental discutir sobre la posibilidad de incluir mecanismos para aligerar el régimen presupuestal de

la contratación, como lo aconsejaron los Conpes 3186 de 2002 y 3249 de 2003, inspiradores directos del proyecto de ley de la reforma.

En estas condiciones, el propósito de la restricción de los regímenes de excepción a la Ley 80 no parece haberse cumplido. Las modificaciones a los regímenes de las cooperativas, asociaciones y universidades públicas limitarán seguramente importantes evasiones a la Ley 80. La reforma también suprime la contratación particular de las corporaciones regionales autónomas. Es igualmente muy positivo el que la ley consagre, como lo había ya desarrollado la jurisprudencia del Consejo de Estado, que la aplicación de regímenes particulares, y concretamente del derecho privado, no puede significar ignorar que las entidades estatales siempre tienen misiones particulares, guiadas por principios constitucionales que deben respetar, en particular, aquellos derivados de la función administrativa (art. 209 C. P.) y de la gestión fiscal (art. 267 C. P.), lo que hace extensible a todas el respeto del régimen de inhabilidades e incompatibilidades y al deber de selección objetiva (arts. 2.º [lit. c num. 4] y 13). No obstante, el propósito de generalización del régimen de la Ley 80 no parece haberse logrado. Las contradicciones del texto evidenciadas en el tratamiento de varios regímenes especiales, la falta de justificación de la conservación de casos de excepción y el hecho de no haber tratado el esencial problema presupuestal, inherente a toda la contratación pública, incitarán a buscar las maneras de escapar a la aplicación de la Ley 80.

B. TRANSPARENCIA Y EL COMBATE CONTRA LA CORRUPCIÓN

1. Ampliación de publicidad

La reforma continúa con la dinámica desarrollada desde la Ley 80, tendiente a lograr mayor difusión de la actividad contractual, comenzando por la preparación de los pliegos de condiciones e instaurando mecanismos que amplían la información que se tiene sobre la aquella actividad. El decreto 2170 de 2002 había ya ampliado las manifestaciones del principio de transparencia consagrado en el artículo 24 de la Ley 80, al imponer a las entidades contratantes la publicación de los proyectos de pliegos en sus páginas *web*, incluso para la contratación directa de menor cuantía, con el fin de recibir observaciones sobre ellos (art. 1.º), antes de publicar los pliegos definitivos (art. 2.º). Igualmente, el Decreto 2434 de 2006, que derogó el 2170 en lo pertinente, dispuso que la publicación se haría en el Portal Único de Contratación. La Ley 1150 reitera esta obligación y la complementa, exigiendo también la publicación de los estudios y documentos previos que sirvieron de base para la elaboración de los pliegos (art. 8.º). Además, las entidades deben justificar las razones por las que rechazan o acogen en el pliego definitivo las distintas observaciones que cualquier persona haya realizado al proyecto de pliego.

Esta difusión de la información con el propósito de aumentar la transparencia en la contratación se complementa con el refuerzo del mecanismo de control

creado por la Ley 598 de 2000: el Sistema de Información para la Vigilancia de la Contratación Estatal (SICE) en el que se integraron el Catálogo Único de Bienes y Servicios (CUBS) que estable códigos de bienes y servicios de uso común en las entidades para asegurar su correcta identidad y estandarización, y el Registro Único de Precios de Referencia (RUPR), que propende a que las entidades comparen las realidades de los precios ofrecidos por los contratistas con los practicados en el mercado.

Este sistema de control, organizado, dirigido y administrado por la Contraloría General de la República, es complementado por la Ley 1150 mediante la creación de un Sistema Electrónico de Contratación Pública (SECOP) fruto de los estudios realizados por Planeación Nacional, que resaltaron el control desarticulado de la contratación pública, por lo que se propuso la definición de estándares comunes que permitan la integración de la información contractual, presupuestal y contable, con los sistemas de control de las entidades públicas y privadas que administren recursos públicos⁴.

El objetivo del sistema es permitir la interacción de las entidades contratantes, los contratistas, la comunidad y los órganos de control, suministrando instrumentos para facilitar la contratación en línea. El sistema centralizará la información contractual, lo que propende a una mejor difusión de los procesos contractuales y controles más expeditos y eficaces. El dispositivo se debe integrar con el sistema de vigilancia para la contratación estatal creado por la Ley 598 de 2000, sin perjuicio de la autonomía para ejercer el control por parte de la Contraloría General de la República.

El artículo 3.º de la Ley 1150 establece los lineamientos de este dispositivo para su desarrollo, por medio de la reglamentación gubernamental, con el fin de dotar un sistema que tenga la capacidad técnica para realizar los procesos de selección previstos por la ley de manera electrónica y permita la integración de toda la información sobre la contratación, de modo que puedan generarse reportes para las entidades estatales, los organismos de control y la ciudadanía. Para ello, el sistema integrará el Registro Único Empresarial, administrado por las cámaras de comercio y el *Diario Único de Contratación Estatal*, y se articulará con el SICE.

Los esfuerzos para introducir medios tecnológicos que simplifiquen la contratación y permitan mayor control son siempre muy positivos. Los países han ido adaptando su gestión contractual pública a los avances informáticos y resulta positivo que la ley haya previsto una fuente de financiación para este sistema, por medio de la destinación del 10% de los recursos generados por el pago de derechos de publicación de los contratos estatales (par. 2.º art. 5.º). No obstante, la implementación de un sistema centralizado, así definido, es compleja y requiere de esfuerzos continuos a nivel no sólo tecnológico, sino también administrativo, financiero y humano, para poder desarrollar correctamente el dispositivo. En este

4 Documento Conpes n.º 3249 de 2003.

sentido, el estudio realizado por Transparencia Internacional sobre el desempeño del SICE y del Portal Único de Contratación durante los años 2004 y 2005 constituye una alerta importante frente a las dificultades que surgirán con el sistema ideado por la Ley 1150, así como también un instrumento de realización del gran potencial de estas herramientas para hacer más competitivos, visibles y eficientes los procesos contractuales.

Luego de resaltar la importancia de los sistemas y los esfuerzos institucionales para su implantación, el estudio concluye que existe poca cobertura real y efectiva del Portal Único de Contratación, disparidad entre la información que tienen las entidades y la que reportan al Portal, así como bajo nivel de visualización de la información allí consignada, como instrumento de transparencia. En relación con el SICE, el estudio también encuentra desfases de la información suministrada por las entidades, bajo nivel de cumplimiento por parte de las entidades de sus responsabilidades frente al sistema y poco acceso a la información por parte de la ciudadanía, así como la ausencia de medidas efectivas de la Contraloría para ajustar las disfunciones. El estudio alerta, además, sobre la poca *transparencia* que existe en los elevados recursos destinados a los sistemas⁵.

En estas condiciones, resulta esencial revisar la organización y el funcionamiento de estas instituciones para que el sistema general ideado por el legislador de 2007 tenga posibilidades de éxito.

2. El RUP

El Registro Único de Proponentes (RUP) constituye una herramienta de transparencia y simplificación de la gestión contractual, por lo que se encuentra en el centro de las preocupaciones del legislador de 2007. La Ley 80 había substituido los antiguos registros de proponentes que llevaban cada una de las entidades contratantes, por un registro único confiado a las cámaras de comercio, sobre la base de la autoclasificación y calificación de las condiciones técnicas y financieras de los proponentes, con fundamento en los criterios establecidos por la reglamentación gubernamental.

No obstante, con frecuencia la información contenida en las certificaciones del RUP debe ser complementada por el proponente, quien ha de aportar la documentación que indiquen los pliegos, en relación con condiciones financieras, técnicas o de experiencia particulares. La posibilidad de solicitar documentos adicionales, así como la fuerza probatoria variable de éstos, contenidas en certificaciones oficiales o privadas, y la tendencia de las entidades a admitir en la propuesta tan solo la afirmación de la experiencia o las condiciones del contratista, reservándose el

5 Corporación Transparencia por Colombia. *Cuaderno n.º 12*, "Monitoreo ciudadano a herramientas de transparencia en la contratación pública. Sistema de Información para la Vigilancia de la Contratación Estatal (SICE) y Portal Único de Contratación", 2006.

derecho de solicitar pruebas en casos de dudas fundadas, auspiciaron acalorados debates en muchas licitaciones, originados en acusaciones recíprocas de los proponentes sobre la falta de veracidad o exactitud de la información suministrada por sus competidores. La Ley 1150 buscó simplificar el sistema y terminar con los debates de corte judicial que entorpecían el desarrollo ágil de las licitaciones, por medio de la ampliación de la competencia de las cámaras de comercio, en condiciones que pueden sin embargo generar una simplificación artificial y, a la postre, impunidad frente a los registros que contengan información irreal de los proponentes.

La reforma conserva la concepción del registro establecida por la Ley 80, ampliando su ámbito de aplicación, al imponer el registro para todas los contratos, salvo las excepciones establecidas por el texto, mientras que la Ley 80, por una parte, restringía el registro a ciertos contratos: obra, consultoría, suministro y compraventa de bienes muebles, y, por otra, omitía el registro para los casos de contratación de urgencia manifiesta, la contratación de menor cuantía, la contratación para el desarrollo directo de actividades científicas o tecnológicas, los contratos de prestación de servicios, contratos de concesión de cualquier índole y cuando se trataba de adquisición de bienes cuyo precio se encontrara regulado por el Gobierno Nacional (art. 22).

La Ley 1150 exceptúa de la regla general del registro a la contratación directa, los contratos de prestación de servicios de salud, los que no superen la mínima cuantía (10% de la menor cuantía), la enajenación de bienes del Estado, los contratos que tengan por objeto la adquisición de productos de origen o destinación agropecuaria que se ofrezcan en bolsas de productos legalmente constituidas, los que tengan por objeto directo las actividades comerciales e industriales propias de las empresas industriales y comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta y los contratos de concesión de cualquier índole. En estos casos, prescribe el artículo 6.º de la reforma, no se requerirá del registro, ni de calificación o clasificación, y las entidades contratantes deberán cumplir con la labor de verificación de las condiciones de los proponentes.

La reforma también amplía el contenido del registro, que ahora contendrá mayor información relacionada con la experiencia, capacidad jurídica, financiera y de organización de los proponentes, según los factores de calificación y clasificación establecidos por el reglamento, y otorga un puntaje de calificación que permita establecer la capacidad máxima de contratación del inscrito, quien no podrá hacer un ofrecimiento por encima de ésta, ni participar en un proceso de selección cuando su capacidad sea inferior a la específicamente establecida en el pliego (par. 1.º art. 6.º). El mismo párrafo consagra la noción de la capacidad residual o K de contratación, ampliamente aplicada en la práctica, que responde a la necesidad de reducir la capacidad máxima del proponente, en razón de todos los contratos que ejecuta en el momento de hacer la propuesta y que, por lo tanto, comprometen parcialmente sus recursos y medios técnicos. No obstante, esta

capacidad residual se puede ver ampliada por los valores que sean cancelados al contratista en el desarrollo y ejecución del contrato, todo lo cual será objeto de reglamentación particular.

La ley recoge la experiencia en la materia y soluciona los problemas prácticos identificados. La capacidad residual se vincula así con el valor general del contrato, lo que puede ser indicativo de la disponibilidad técnica y financiera del contratista en los contratos de corta duración, mas no así en los de larga duración. En un contrato a 15 ó 20 años (por ejemplo la interventoría de una concesión), el valor total del contrato resultará desproporcionado frente a las exigencias financieras y técnicas hechas al contratista, vinculadas a periodos más cortos, a lo sumo un par de años, por lo que los pliegos han de fijar criterios y límites racionales para fijar la capacidad exigida por periodos definidos.

En relación con los destinatarios, el parágrafo 2.º del mismo artículo 6.º de la reforma establece que corresponde al reglamento determinar las condiciones en las que las entidades realizarán la verificación de la información sobre las condiciones de habilitación (capacidad jurídica y financiera, condiciones de experiencia y de organización) de los proponentes que tengan la calidad de personas naturales extranjeras sin domicilio en el país, o de personas jurídicas igualmente extranjeras que no tengan establecida sucursal en Colombia.

Las modificaciones así descritas constituyen un afinamiento del sistema creado por la Ley 80, en respuesta a dificultades encontradas. Por el contrario, la Ley 1150 introduce un cambio fundamental en la concepción de la prueba de las condiciones de habilitación de los proponentes, cuyo simplismo generará muy probablemente dificultades mayores.

En efecto, la dinámica de auto clasificación y calificación de los proponentes, adoptada en la Ley 80, fue llevada al extremo por la reforma de 2007, al establecer que ella comprende la información relacionada con su capacidad financiera, su experiencia y su capacidad de organización, de tal suerte que la respectiva certificación de la cámara de comercio será plena prueba de las condiciones del proponente. De manera categórica, la ley establece que las condiciones de habilitación se prueban exclusivamente con el certificado del RUP, por lo que las entidades no podrán exigir, o los proponentes aportar, documentación que deba utilizarse para efectuar la inscripción, y, tan sólo de manera excepcional, en los casos de particulares objetos contractuales, las entidades podrán solicitar documentos no contenidos en el registro.

La noción así concebida comporta el peligro de la imposibilidad de controles efectivos. Si bien es cierto que la dinámica constitucional consagra la presunción de buena fe de las actuaciones de los particulares ante la administración (art. 83), ello no significa que a la administración le esté vedado verificar la realidad de las declaraciones de los particulares. El dejar de establecer mecanismos eficaces de control y represión en caso de dudas fundadas sobre la veracidad de las manifes-

taciones de los proponentes no enriquece el principio constitucional, sino que propicia la impunidad.

La reforma previó un control restringido por parte de las cámaras de comercio y, además, diseñó un procedimiento de sanción de las irregularidades que parece poco viable en la práctica. El control restringido está dado por cuanto las cámaras tan sólo "harán la verificación *documental* de la información presentada por los interesados al momento de inscribirse en el registro", y los documentos pertinentes serán *indicados de manera taxativa* por el reglamento gubernamental. En desarrollo de esta "verificación", la cámara respectiva se abstendrá de realizar la inscripción si detecta que la información aportada es insuficiente o inconsistente o no contiene todos los elementos indicados por el reglamento para su validez o existencia. La caracterización de esta verificación permite concluir que se trata de un control en extremo formal. La suficiencia de la información será analizada exclusivamente frente a la requerida por el reglamento. Y, en cuanto a la inconsistencia, ésta únicamente podrá ser instrumental, ya que la ley no otorga a las cámaras de comercio competencia para analizar la realidad de la información aportada.

En cuanto al control que pueda hacerse por medio de la impugnación de la calificación y clasificación del proponente, el mecanismo diseñado no parece operacional. La Ley 80 había ya establecido un procedimiento de impugnación del registro ante la cámara de comercio respectiva, abierto a cualquier persona, que concluía con un acto administrativo sujeto al control jurisdiccional (num. 5 art. 22). Este control, que no ha sido mayormente utilizado en vigencia de la Ley 80, se ve ampliado en principio por la reforma contenida en la Ley 1150, pero varias dificultades importantes pueden anticiparse, aun antes de que sea reglamentado.

Una vez que la cámara de comercio ha realizado la verificación documental referida, publica el acto de inscripción del proponente, lo que permitirá que cualquier persona lo impugne a través del recurso de reposición, interpuesto durante los 30 días siguientes. Al abrir la vía gubernativa a cualquier persona, sin que se requiera demostrar interés alguno, el legislador busca un amplio control ciudadano sobre la certeza de la información contenida en el registro. Sin embargo, como el registro constituye un requisito para contratar con cualquier administración, pero no se realiza normalmente para la apertura de un proceso contractual en particular, resulta difícil identificar los proponentes o ciudadanos que tengan un interés subjetivo para impugnarlo. En primer lugar, los registros son únicos en relación con los proponentes que se inscriben en la cámara de su domicilio, pero ello no significa que exista un solo registro, centralizado. Por consiguiente, dado que el registro no está vinculado a un contrato en particular y que puede utilizarse para procedimientos contractuales de entidades radicadas en municipios distintos a aquel en el que se efectuó, el interés en la impugnación parece en extremo abstracto, más si se considera que sería necesario estar al tanto de todas las solicitudes de registro de los proponentes en cualquier cámara de comercio del país.

Superada esta dificultad, nos encontramos frente a la impugnación jurisdiccional del registro, abierta igualmente a toda persona, por cuanto la ley expresamente prescribe que se puede solicitar la nulidad del registro mediante la acción de simple nulidad del artículo 84 del Código Contencioso Administrativo. En esta etapa, a las observaciones que hemos hecho, referidas a la impugnación en vía gubernativa, se adiciona la carencia de eficacia de la decisión judicial. En primer lugar, por ser el registro un acto administrativo cuya legalidad se presume, es normal que la ley prevea que la demanda no suspenderá la calificación y clasificación del inscrito, ni será causal de suspensión de los procesos de selección en curso en los que el proponente sea parte. Además, el legislador no previó un trámite expedito, como ocurre en otros países como en Chile o en los de la Unión Europea, en los que se ha creado un procedimiento rápido para juzgar estos casos. Bien por el contrario, el legislador anuncia que el proceso se tramitará por el procedimiento ordinario regulado en Código Contencioso Administrativo, lo que significa que habrá que esperar el transcurso de varios años antes de tener una sentencia, que será apelable. Con este tratamiento procesal, la decisión llegará necesariamente tarde. Pero, además, el legislador estableció que la decisión no tendría efectos sino hacia el futuro, lo que genera la intangibilidad de todos los procesos de contratación que se realizaron durante los muchos años del proceso, aunque la sentencia decida finalmente que el proponente había consignado una información falsa en su registro. Esto muestra asimismo la gravedad del hecho de que la administración no pueda, en absoluto, controvertir el contenido de la certificación del RUP que le presenta el proponente, porque éste constituye "plena prueba" de las condiciones afirmadas por él.

En fin, si se considera que los registros se renuevan regularmente, cada año, el registro anulado varios años después de su impugnación será inexistente en el momento del fallo definitivo, por lo cual la decisión es completamente ineficaz. El contratista que haya renovado su registro, aun consignando información más alejada de la realidad que la del registro impugnado, generará otro acto administrativo distinto del impugnado, al que no le serán extensibles los efectos de la nulidad del primero.

La situación, como puede apreciarse, puede tornarse en la legitimación de información sobre el contratista alejada de la realidad, con una especie de presunción de legalidad, en virtud de la intangibilidad que da la ley a la declaración del particular y de la ineficacia de los controles administrativo y judicial.

La ley prevé dos mecanismos adicionales para el control del registro. El primero, adelantado por la cámara de comercio, entidad que podrá cancelar la inscripción de un proponente cuando "establezca la existencia de graves inconsistencias que hayan alterado en su favor la calificación". Aunque habría sido deseable que la ley misma estableciera el procedimiento en este caso, no parece haber un problema de constitucionalidad, en la medida en que se trata de un procedimiento administrativo que culminará con un acto sujeto al control de la jurisdicción contenciosa

administrativa. En todo caso, el reglamento deberá definir las condiciones de este procedimiento tendientes a garantizar el derecho de defensa del proponente, pero la eficacia de esta decisión también será dudosa, por cuanto no resulta evidente que se aplique a los procesos de selección concluidos, si se tiene en cuenta que, incluso, la decisión jurisdiccional sobre la legalidad del registro sólo tendrá efectos hacia el futuro⁶ y, por otra parte, no resulta claro que la inhabilidad consagrada por la norma como sanción complementaria a los proponentes pueda jurídicamente considerarse como sobrevenida, teniendo en cuenta la presunción de legalidad del registro en el momento de selección del contratista.

El segundo mecanismo de control está en cabeza de la entidad contratante, que puede suspender un proceso de selección cuando advierta la existencia de posibles irregularidades en el contenido de la información del registro que puedan afectar el cumplimiento de los requisitos exigidos al proponente dentro del respectivo proceso. La entidad deberá entonces impugnar el registro ante la cámara concernida y ésta deberá decidir en un término inferior a 30 días, pasados los cuales, si no hay decisión, aquélla tendrá que reanudar el proceso de selección, atendiendo la información certificada en el RUP. La experiencia indica que la ventilación y decisión sobre las inconsistencias de la información suministrada por el proponente es compleja y los 30 días concedidos a una institución administrativa no parecen ser suficientes.

En fin, la reforma conservó la obligación para las entidades de remitir a las cámaras de comercio la información sobre la ejecución del contrato contenida en el numeral 1 del artículo 22 de la Ley 80. La Ley 1150 no sólo impone la transmisión de la información sobre la cuantía, cumplimiento, multas y sanciones los contratos ejecutados, como lo hacía el texto de la Ley 80, sino también de los que hayan sido adjudicados y de los que se encuentren en ejecución. El texto de la reforma restringe la frecuencia de estos reportes, por cuanto los informes semestrales son substituidos por informes mensuales, pero incurre en un error importante, por cuanto prescribe que las entidades enviarán la información a la cámara de comercio de su domicilio, esto es, el de la entidad contratante, cuando lo lógico es enviarlo a la cámara del domicilio del proponente, como lo decía el texto derogado, por cuanto es ella quien tiene su hoja de vida y quien otorga la certificación de su registro. El error de la ley tendrá que ser corregido con dispositivos del Sistema Electrónico de Contratación Pública (SECOP), al que nos referimos antes.

6 Sin embargo la Corte Constitucional (C-066/97), al considerar la exequibilidad del artículo 38 de la Ley 142 de 1994, en el que se establece que los efectos de la nulidad de actos administrativos, relacionados con servicios públicos domiciliarios "solo producirán efectos hacia el futuro", determinó que éstos no comprendían la indemnización de perjuicios. La Corte establece así un equilibrio entre la seguridad judicial y el derecho a indemnización. Reiterado por cita del Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 16 de agosto de 2007, AG 660012331000200400832 01.

C. EFICACIA. GERENCIA CONTRACTUAL

1. Simplificación de los procedimientos de contratación

Una preocupación puesta en primer plano por el legislador de 2007 fue la reestructuración de los procedimientos de selección de los contratistas, con el fin de garantizar dos principios esenciales de la contratación: la eficiencia y la transparencia. Prueba de ello es que en el primer título de la ley se prevén estos dos principios y se comienza con las modalidades de selección de los contratistas (art. 2.º).

El Gobierno Nacional expresó, en su exposición de motivos del proyecto del 2005, que

[...] sólo si el proceso contractual es más eficiente, podrá el mismo ser más *transparente*. En ese sentido, será la agilidad y simplicidad de los procesos, la mejor garantía de la probidad en el manejo de los recursos públicos involucrados. No creemos en consecuencia en la premisa propia de regulaciones anacrónicas, en el sentido de que la proliferación de trámites sea la forma de evitar prácticas corruptas. Por el contrario, la mayor agilidad y eficiencia no sólo reducirá los costos de transacción que encarecen la contratación pública sino que además tendrá como fruto la eliminación de espacios que puedan ser utilizados desde la venalidad para usufructuar indebidamente el patrimonio de los colombianos (énfasis del texto original)⁷.

El análisis del texto de la reforma sobre estos aspectos debe entonces dilucidar si los cambios propuestos propenden a una mayor simplificación y transparencia en los procedimientos de selección de los contratistas. Formalmente, la reforma no introduce una revolución en los procesos de selección. La licitación pública es enunciada como la regla general, salvo las excepciones legales (art. 2.1) como lo establecía el numeral 1 del artículo 24 de la Ley 80. La reforma prevé cuatro procedimientos de selección, pero en realidad la Ley 80, y su desarrollo reglamentario, habían previsto ya subdivisiones. En efecto, el mismo artículo 24 (num. 1) de esta ley prevé, como única excepción a la regla general de la licitación pública, la contratación directa en los casos descritos en el mismo artículo. La división en principio es entonces binaria. Sin embargo, la licitación pública prevé ya una variante en el mismo texto, el concurso público, cuya naturaleza se encuentra descrita en el párrafo del artículo 30, cuando, al definir la licitación pública, explica que "cuando el objeto del contrato consista en estudios o trabajos técnicos, intelectuales o especializados, el proceso de selección se llamará concurso y se efectuará también mediante invitación pública". Si bien es cierto este párrafo no establece la caracterización del concurso público, sino los casos en que se utiliza, el contenido exacto de su equivalente en la reforma del 2007, esto es "el concurso

7 Exposición de motivos del proyecto de Ley 20 de 2005, Senado, *Gaceta del Congreso*, n.º 458 de 2005.

de méritos" del artículo 2 (num. 3), tampoco aparece determinado en esta norma, que remite su desarrollo al reglamento.

Por otra parte, el Decreto 2170 de 2002 había ya establecido una fuerte división en la contratación directa, previendo un procedimiento abreviado para los contratos de menor cuantía y restringiendo la libertad de las entidades en otras contrataciones directas, como en los casos de los contratos de prestación de servicios profesionales (art. 13), los interadministrativos con cooperativas y asociaciones conformadas por entidades públicas (art. 14), los celebrados con organismos multilaterales (art. 15), los celebrados como consecuencia de la declaración de desierta de licitaciones o concursos públicos (art. 16), los que debían celebrarse cuando no existiera pluralidad de ofertas (art. 17), los de seguro de menor cuantía (art. 18) y de intermediarios de seguros (art. 19) y los de prestación de servicios de salud (art. 20). Por su parte, el Decreto 855 de 1994 había ya tratado los contratos sobre bienes y servicios que se requieren para la defensa y seguridad nacional (art. 4.º), los interadministrativos en general (art. 7.º), los contratos para adquisición de productos de origen o destinación agropecuarios que se ofrezcan en bolsas de productos legalmente constituidas (art. 10), los casos en que las entidades pueden realizar la venta de sus bienes por martillo o remate (art. 14), la venta y adquisición de bienes inmuebles (art. 15) y las concesiones de servicios y actividades de telecomunicaciones (art. 19). Además, el Decreto 2681 y sus modificatorios habían reglamentado las operaciones de crédito público.

En estas condiciones, existían ya múltiples procedimientos de contratación, ello sin contar con la amplitud de la posible reglamentación de la licitación pública por las entidades contratantes, fundada en los genéricos requisitos del artículo 24 (num. 5) y en las reglas también muy generales de dicho procedimiento, definidas en el artículo 30, que brindan gran posibilidad de adaptación de pliegos por parte de las entidades contratantes. En este sentido, varias de las normas del Decreto 2170 suspendidas provisionalmente por el Consejo de Estado —por exceder la facultad reglamentaria— podían ser lícitamente adoptadas por parte de las entidades en sus pliegos de condiciones o términos de referencia, como en efecto lo fueron de manera generalizada, como es el caso de la definición de los requisitos de habilitación de los proponentes⁸, establecidos en la reforma en su artículo 5.º y conocidos en la práctica como requisitos de "pasa o no pasa".

El aporte de la reforma sería, en principio, concentrar en cuatro los procedimientos de contratación: la licitación pública, el concurso de méritos, la selección abreviada y la contratación directa, lo que constituye una simplificación importante. No obstante, la verdadera amplitud de estos cuatro procedimientos previstos en el artículo 2.º de la Ley 1150, y sus muy posibles subdivisiones, tan sólo se materializó en el Decreto 066 de 2008 que los reglamentó. Los 83 artí-

8 Previsto en el artículo 4.º del Decreto 2170 y suspendido por auto del Consejo de Estado, Sección Tercera, del 1.º de abril de 2004, exp. 26105.

culos de este decreto, y sus 38 páginas, son expresivos de la complejidad de la reglamentación de tan sólo dos artículos de la Ley 1150 (arts. 2.º y 5.º), cuyas dificultades de aplicación e interpretación han generado gran incertidumbre en la administración y distintos actores contractuales, así como la necesidad presente de reformar el decreto.

El propósito del presente análisis, circunscrito a la Ley 1150, nos impide abordar esta compleja temática, pero estas condiciones expuestas ponen de presente las dudas significativas sobre el logro de la simplificación del sistema.

Sin embargo, más allá de la estructuración formal de los cuatro procedimientos, la reforma sí parece introducir un cambio significativo en la concepción de la selección de los contratistas, al eliminar el criterio tradicional principal para la imposición de la licitación pública, esto es, el valor del contrato por suscribir. En efecto, sentado el principio general de la licitación pública, la justificación para contratar directamente ha estado relacionada tradicionalmente con el monto del contrato, que no amerita los costos administrativos y económicos de la licitación, o con la inconveniencia de la licitación, en atención a la particularidad del objeto por contratar (seguridad nacional, urgencia manifiesta, flexibilidad inherente a entidades inmersas en la competitividad industrial o comercial, prestación de servicios especializados, etc.).

El legislador de 2007 conserva este segundo criterio de excepción a la licitación pública, aunque a algunos casos dispone la tramitación de la selección abreviada, pero excluye el criterio referido al valor del contrato. Esta decisión, según consta en la exposición de motivos del proyecto de ley, se funda en que más que el valor del contrato, lo determinante para una licitación es la complejidad de la selección del contratista. Por consiguiente, la compra de bienes o servicios de uso corriente para la administración no es más compleja por su cantidad, ni por el valor importante del contrato. En términos simples, comprar 50.000 sillas para un ministerio no es necesariamente más complejo que comprar 50, a partir del momento en que se definen correctamente las condiciones técnicas del bien requerido.

Del artículo 2.º (num. 2) se deduce que la selección abreviada constituye un proceso simplificado, que se justifica por ciertas características del objeto por contratar, o bien por las circunstancias de la contratación o la cuantía del contrato, que no ameritan la realización de una licitación. El procedimiento así formulado incluye la mayoría de los antiguos casos de contratación directa, para los cuales, sin embargo, ya el Decreto 2170 había establecido procedimientos más o menos complejos. Por el contrario, la nueva concepción incluye los contratos cuyo trámite de selección de contratistas no resulta dispendioso, independientemente del monto del contrato.

Bajo esta concepción, la ley introduce el procedimiento abreviado para

[...] la adquisición o suministro de bienes y servicios de características técnicas uniformes y de común utilización por parte de las entidades, que corresponden a aquellos

que poseen las mismas especificaciones técnicas, con independencia de su diseño o de sus características descriptivas, y comparten patrones de desempeño y calidad objetivamente definidos (lit. a num. 2 art. 2.º).

El procedimiento aplicable a estas compras será la selección abreviada (num. 2 art. 2.º), pero su concreto desarrollo es definido por el reglamento (Dcto. 066 de 2008). En todo caso, el procedimiento para la adquisición de bienes y servicios de características uniformes parece especial, por cuanto se fundamenta en la particularidad del objeto de estos contratos, que hace posible su tratamiento masificado, lo que busca gran eficacia en la contratación. Para ello, el mismo artículo 2.º (lit. a num. 2) prevé la posibilidad, una vez más, según el reglamento, de hacer uso de procedimientos de subasta inversa o hacer la contratación mediante el procedimiento expedito de la "compra por catálogo, derivada de la celebración de acuerdos marco de precios". Este procedimiento, utilizado en varios países, como Brasil o Chile en América latina, está definido genéricamente en el párrafo 5.º del mismo artículo 2.º. El dispositivo está previsto en un primer estadio para los organismos nacionales.

El Gobierno Nacional debe designar la entidad o entidades que realizarán estos acuerdos marco de precios con proveedores seleccionados para la adquisición o suministro de bienes y servicios de características técnicas uniformes y de común utilización en las entidades estatales. Estos proveedores serán seleccionados mediante un procedimiento abierto y público, con el objeto de establecer un catálogo con los distintos bienes y servicios comunes por suministrar, y determinar la forma, plazo y condiciones de entrega, calidad y garantías correspondientes, así como el período determinado de validez del catálogo así definido.

Una vez celebrado este acuerdo entre los proveedores y la entidad especializada, las distintas entidades que se adhieran a él podrán hacer compras de los bienes y servicios ofrecidos en el catálogo de manera directa, favoreciéndose de los precios y las condiciones previamente establecidos, así como de un procedimiento supremamente expedito. El reglamento gubernamental, además de definir concretamente el funcionamiento de todo el procedimiento, establecerá cuándo las entidades de la rama ejecutiva del orden nacional tendrán que hacer uso del acuerdo de precios, que, además, podrá hacerse extensivo a los organismos autónomos, a los pertenecientes a las ramas legislativa y judicial y a las entidades territoriales, si no deciden ejercer su competencia para organizar y celebrar acuerdos marco de precios propios.

En la medida en que, según estimación de Planeación Nacional citada en la exposición de motivos del proyecto de reforma, los suministros de bienes y servicios de características técnicas uniformes y de común utilización constituyen más del 80% de la contratación pública, los mecanismos de acuerdos marco de precios constituirían una notable simplificación en la contratación. La expectativa frente a la reglamentación del sistema y de su funcionamiento es grande. De su

resultado dependerá en buena parte el éxito de la reforma, por cuanto estas simplificaciones constituyen uno de los ejes centrales de los objetivos del legislador de 2007. Al igual que los mecanismos de transparencia tratados precedentemente, así como las dificultades de su puesta en funcionamiento, el dispositivo exigirá importantes desarrollos tecnológicos, de formación e instrucción que exigen rigor y recursos considerables.

Pero estas compras masivas no son el único evento de procedimiento abreviado. La reforma incluye otros eventos que eran calificados por Ley 80 como contratación directa. Tal es el caso de los contratos de menor cuantía (lit. a num. 1 art. 24 Ley 80), los contratos de prestación de servicios de salud (lit. l num. 1 art. 24 Ley 80), los contratos fruto de licitación declarada desierta (lit. g num. 1 art. 24 Ley 80), la enajenación de bienes del Estado (par. 2.º art. 24 Ley 80), la compra de productos de origen o destinación agropecuarios ofrecidos en bolsas de productos (lit. k num. 1 art. 24 Ley 80), los contratos de las empresas industriales y comerciales estatales y de las sociedades de economía mixta, con excepción de los definidos en el artículo 32 (lit. g num. 1 art. 24 Ley 80) y los contratos referidos a los bienes y servicios que se requieran para la defensa y seguridad nacional (lit. i num. 1 art. 24 Ley 80), entre los que la reforma distingue los del sector defensa y del DAS que necesiten reserva para su adquisición, a los que asigna el procedimiento de contratación directa (lit. d num. 4 art. 2.º Ley 1150).

En fin, durante el trámite de la Ley 1150 se introdujo un nuevo evento: los contratos de las entidades a cuyo cargo se encuentren programas de protección de personas amenazadas, programas de desmovilización, reinserción y protección de derechos humanos de habitantes de la calle. La aplicación de esta causal de procedimiento abreviado tiene una amplitud e indefinición importante y delicada por cuanto el literal h numeral 2 del artículo 2.º que la trata no la define a partir de los contratos que realicen estos objetos, sino que la aplica a los contratos de las entidades que desarrollen este tipo de programas. La infortunada redacción hace que el procedimiento se pueda aplicar a todos los contratos de estas entidades concernidas, y no sólo a los que desarrollan los programas descritos, lo que, además, tiene otra consecuencia de indefinición del alcance de la causal, por cuanto estos programas podrían ser desarrollados por múltiples entidades. Por ello parece racional la restricción del Decreto 066 de 2008 (art. 52), que reglamenta estos contratos, cuando distingue aquellos que se refieren directamente a estos programas, a los que autoriza la contratación directa, de los que tienen por objeto condiciones técnicas uniformes y de común uso, caso en el cual remite al procedimiento señalado por el mismo decreto para este género de contratos (art. 17).

En cuanto a la contratación directa, la ley conserva los siguientes eventos definidos por el artículo 24 (num. 1) de la Ley 80: urgencia manifiesta (lit. f), empréstitos (lit. b), interadministrativos (lit. c), contratos para el desarrollo de actividades científicas y tecnológicas (lit. d), prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión, contratos para la ejecución de trabajos artísticos (lit. d),

arrendamiento o adquisición de inmuebles (lit. e), inexistencia de pluralidad de oferentes en el mercado (lit. j). La reforma tan sólo agregó un evento, referido a los contratos de encargo fiduciario celebrados por entidades territoriales para la ejecución del acuerdo de reestructuración de pasivos de las leyes 550 de 1999 y 617 de 2000.

De la anterior descripción se puede concluir que la reforma no establece simplificaciones particulares para estos eventos frente al texto de la Ley 80, porque, remitida la materia a la reglamentación, la expedición del Decreto 066 de 2008 indica que los procedimientos no se simplificaron. Y por una parte, la reglamentación, en particular el Decreto 2170 de 2002, había ya establecido distinciones importantes a nivel de procedimientos de contratación, dentro del género de contratación directa, definido por el numeral 1 artículo 24 de la Ley 80. No obstante, el artículo 2 de la reforma reitera algunos mandatos que deberán respetar tanto el reglamento como las entidades contratantes, en aras de la transparencia, como la obligación de justificar jurídicamente por qué se escoge un procedimiento determinado⁹ (par. 1.º), la publicidad de todos los procedimientos y actos, la convocatoria pública para los contratos de menor cuantía y la selección objetiva de las propuestas (par. 2.º).

Por otra parte, los procedimientos de selección se apoyan en dos simplificaciones también reguladas por la reforma: la distinción entre los requisitos de habilitación de los de evaluación, y el distanciamiento de la entidad frente a la calificación de los primeros, que confía al RUP. Hemos ya destacado las dificultades importantes del registro y abordaremos más adelante, de manera detallada, las dificultades inherentes a la habilitación que no fueron suficientemente discutidas en el trámite legislativo de la reforma y que serán objeto de análisis particulares posteriores. En lo que se relaciona con el procedimiento de selección abreviada, es significativo señalar que su funcionamiento correcto dependerá de la superación de estas dificultades.

También es importante señalar que la generalización de las subastas invertidas y los mecanismos de conformación dinámica de la oferta buscan flexibilizar la rigidez de la concepción tradicional de la intangibilidad de la oferta económica inicial, que impide a los proponentes adaptar sus ofrecimientos económicos frente a las ofertas de sus competidores, contrario a lo que sucede en los contratos comerciales frente a la dinámica del mercado. Con todo, la concepción de la Ley 1150 centra en extremo el concurso en el factor precio. En efecto, una vez definidos los requisitos de habilitación de los oferentes, esto es, su capacidad jurídica y las condiciones de experiencia, capacidad financiera y de organización,

9 Obligación implícita de todas maneras en el deber de motivar todos los actos contractuales, contenido en el num. 7 art. 24: "Los actos administrativos que se expidan en la actividad contractual o con ocasión de ella, salvo los de mero trámite, se motivarán en forma detallada y precisa [...]".

sabemos que la entidad se limita a su constatación a través de la información del certificado del registro del proponente RUP, cuyo contenido no puede ser objeto de verificación por parte de la entidad (num. 1 art. 6.º), como hemos visto. Luego, el único factor de competitividad será el precio. Pese a que el numeral 2 del artículo 5.º de la reforma establece que para determinar la oferta más favorable la entidad debe ponderar precisa y detalladamente los factores técnicos y económicos de cada una de las propuestas, en realidad el juego dejado a los aspectos técnicos, una vez establecidos en los requisitos de habilitación las condiciones técnicas de participación, es mínimo. Por una parte, la caracterización de las condiciones técnicas exigidas a los proponentes generalmente está prevista en el pliego de manera uniforme para todos, en la medida en que se refieren a las condiciones de ejecución del contrato, por lo que los factores técnicos a comparar tienen a verse reducidos a la posibilidad de hacer propuestas alternativas, que deben también estar expresamente previstas en el pliego. Y, por otra parte, los factores técnicos tienen relación con la experiencia, la organización del proponente y otros factores objeto de la calificación y clasificación del proponente en el RUP, que, sabemos, no son objeto de calificación sino de habilitación.

En estas condiciones, la concepción de la reforma incita a la competencia exclusiva sobre los precios, lo que tiende a adjudicar contratos por debajo de los precios reales del mercado, realidad que existe ya hoy, con la consecuencia de un ahorro inmediato para la entidad, pero un riesgo enorme de dificultades futuras para el normal desarrollo de la ejecución del contrato, sin contar con la sistemática solicitud de reconocimientos de modificaciones de precios y de desequilibrios contractuales por parte de los contratistas.

La concepción simplifica el procedimiento, pero puede generar perjuicios significativos para las entidades. Las dificultades señaladas en los contratos complejos pueden incluso existir en las compras corrientes, en las que las condiciones técnicas uniformes hacen que muchos bienes y servicios puedan ser definidos suficientemente en los pliegos, de tal suerte que sólo quede el precio como factor de evaluación. Es justamente la concepción del artículo 5.º (num. 3) de la reforma, según el cual

[...] en los pliegos de condiciones para las contrataciones cuyo objeto sea la adquisición o suministro de bienes y servicios de características técnicas uniformes y común utilización, las entidades estatales incluirán como único factor de evaluación el menor precio ofrecido.

Esta restricción absoluta introducida por la reforma tiende a que la administración compre bienes y servicios de mala calidad. Las condiciones técnicas establecidas en los pliegos para definir el bien o servicio por adquirir deben ser suficientemente generales para garantizar la concurrencia. Cualquier exigencia de calidad particular podrá ser calificada de elemento subjetivo tendiente a fa-

vorecer cierto tipo de proponentes. Esta tendencia es reforzada por el párrafo del mismo artículo 5.º, cuando prescribe que "las certificaciones de sistemas de gestión de calidad no serán objeto de calificación, ni podrán establecerse como documento habilitante para participar en licitaciones o concursos", lo que quiere decir que en ningún caso pueden tenerse en cuenta. Los pliegos tienden así a fijar las condiciones de mayor cumplimiento en el mercado, lo que implica nivelar por lo bajo en cuanto a la calidad. Y luego de establecerse los requisitos técnicos de esa manera, el precio más bajo será el ganador, sin que puedan ser tenidos en cuenta otros valiosos criterios de las ofertas como plazo de entrega, condiciones de garantías, calidades particulares de los bienes y servicios, servicios postventa o mejor relación costo-beneficio del bien o servicio por adquirir.

En el otro extremo, también parece exagerado proscribir por completo cualquier análisis del factor precio en los contratos de consultoría, como lo establece de manera perentoria el artículo 5.º (num. 4).

2. Delegación y desconcentración

La noción que introduce la ley sobre la desconcentración constituye un paso más en la distorsión de la figura, frente a la concepción establecida por la doctrina y la jurisprudencia administrativas. Como mecanismo de racionalización de la centralización administrativa, la desconcentración se estructura dentro de un sistema jerárquico, en el que se traslada la competencia de una dependencia superior a una inferior más especializada. A diferencia de la descentralización, este traslado se realiza dentro de la misma entidad pública, y a diferencia de la delegación, en la que el traslado de competencias se efectúa entre un servidor público superior (delegante) y uno inferior (delegatario), en la desconcentración la transferencia de competencia se realiza entre una dependencia superior y, en principio, una dependencia inferior. Esta reubicación de la competencia necesita una definición o cambio en la estructura administrativa de la entidad, lo que brinda mayor estabilidad a la desconcentración, frente a la delegación. Mientras que en esta última el delegante tiene la discrecionalidad de trasladar la competencia al delegatario, una vez ha obtenido la autorización legal para delegar¹⁰, en la desconcentración la transferencia de la competencia no está a la libre disposición del superior je-

10 Constitución Política de Colombia, artículo 211. "La ley señalará las funciones que el Presidente de la República podrá delegar en los ministros, directores de departamentos administrativos, representantes legales de entidades descentralizadas, superintendentes, gobernadores, alcaldes y agencias del Estado que la misma ley determine. Igualmente, fijará las condiciones para que las autoridades administrativas puedan delegar en sus subalternos o en otras autoridades.

La delegación exige de responsabilidad al delegante, la cual corresponderá exclusivamente al delegatario, cuyos actos o resoluciones podrá siempre reformar o revocar aquel reasumiendo la responsabilidad consiguiente.

rárquico, sino que exige un cambio legal o reglamentario de la organización de las dependencias de la entidad dentro de la cual se hace la desconcentración. La desconcentración puede venir entonces de un texto legal o reglamentario fundador de una entidad pública que atribuye una competencia a una dependencia, o de un texto igualmente legal o reglamentario que la modifica, redistribuyendo competencias entre las distintas dependencias.

Esta concepción y caracterización de la desconcentración ha sido bien explicada por la doctrina. El profesor GARCÍA TREVILIANO¹¹ considera que "la desconcentración, en cierta medida, es la variante práctica de la centralización, y desde un punto de vista dinámico, se ha definido como transferencia de funciones administrativas que corresponden a órganos de una misma persona administrativa", lo que le da su caracterización, en cuanto se realiza "directamente por el ordenamiento jurídico", lo cual impide su disponibilidad por parte de los distintos funcionarios, así estos sean los superiores de la administración. Además, "la competencia se confiere en forma exclusiva lo que significa que ha de ejercerse precisamente por el órgano desconcentrado y no por otro", lo que ratifica que los funcionarios no pueden disponer de ella, por cuanto su radicación se realiza en el órgano desconcentrado señalado en la norma de desconcentración. En fin, "el superior jerárquico no responde por los actos del órgano desconcentrado más allá de los poderes de supervisión propios de la relación jerárquica y no puede reasumir la competencia sino en virtud de nueva atribución legal"¹², lo que caracteriza la diferencia con la delegación, cuya

La ley establecerá los recursos que se pueden interponer contra los actos de los delegatarios."

Ley 489 de 1998, artículo 9.º. "Delegación. Las autoridades administrativas, en virtud de lo dispuesto en la Constitución Política y de conformidad con la presente ley, podrán mediante acto de delegación, transferir el ejercicio de funciones a sus colaboradores o a otras autoridades, con funciones afines o complementarias.

Sin perjuicio de las delegaciones previstas en leyes orgánicas, en todo caso, los ministros, directores de departamento administrativo, superintendentes, representantes legales de organismos y entidades que posean una estructura independiente y autonomía administrativa podrán delegar la atención y decisión de los asuntos a ellos confiados por la ley y los actos orgánicos respectivos, en los empleados públicos de los niveles directivo y asesor vinculados al organismo correspondiente, con el propósito de dar desarrollo a los principios de la función administrativa enunciados en el artículo 209 de la Constitución Política y en la presente ley.

Parágrafo. Los representantes legales de las entidades descentralizadas podrán delegar funciones a *ellas asignadas*, de conformidad con los criterios establecidos en la presente ley, con los requisitos y en las condiciones que prevean los estatutos respectivos." (énfasis añadido)

11 Citado en la Sentencia T-024 de 1996.

12 En el mismo sentido, Sentencia C-727 de 2000: "[...] en esta figura, el superior, titular originario de la competencia, no sólo no responde por los actos del órgano desconcentrado, sino que *no puede reasumirla sino en virtud de nueva atribución legal*, sin perjuicio de los poderes de supervisión propios de la relación jerárquica. Cfr. sentencias T-024 de 1996, C-496 de 1998 y C-561 de 1999 [...]." (énfasis añadido)

flexibilidad inherente supone que el superior delegante siempre puede reasumir la competencia que discrecionalmente ha confiado al inferior delegatario, como lo establece el artículo 211 de la Constitución, antes transcrito.

Pese a esta clara caracterización, nuestros textos legales han construido una noción especial de la desconcentración. La Ley 489 de 1998, sobre la organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional, dio una definición ambigua a la desconcentración, cuando la define, al comienzo del artículo 8.º, como "la radicación de competencias y funciones en dependencias ubicadas *fuera de la sede principal* del organismo o entidad administrativa", para luego prescribir que "podrá hacerse por territorio y *por funciones*" (énfasis añadido). La norma restringe inicialmente la desconcentración a la variante territorial, para luego afirmar que también puede ser funcional. En esta primera contradicción es necesario dar prioridad a esta última afirmación, como dos modalidades inherentes a la desconcentración. Restringirla a la desconcentración territorial implicaría la imposibilidad de racionalizar la distribución de competencias dentro de una entidad, lo que sería contrario a toda lógica y paralizaría la administración.

Además, el mismo artículo 8.º de la Ley 489 de 1998 establece que "los actos cumplidos por las autoridades en virtud de desconcentración administrativa sólo serán susceptibles del recurso de reposición en los términos establecidos en las normas pertinentes". La Corte Constitucional consideró que esta disposición no es violatoria del debido proceso, por cuanto la doble instancia no se impone a todo procedimiento administrativo. La corporación consideró también que el principio de eficacia favorece la restricción de la apelación en las funciones desconcentradas¹³. La disposición no viola, en efecto, la norma superior, por cuanto la Carta establece que la función administrativa se ejerce, entre otras condiciones, con arreglo a la desconcentración (art. 209), dejando al legislador la definición de la figura. Sin embargo, establecer que la función desconcentrada nunca es apelable equivale a proscribir el recurso administrativo de apelación. En efecto, a partir del momento en que la constitución o una ley, a nivel nacional, una ordenanza o acuerdo, a nivel departamental y local, respectivamente, crean una institución, todas las funciones encomendadas a sus órganos dependientes materializan un procedimiento de desconcentración, porque radican competencias y funciones en las distintas dependencias de la entidad. Concebir, entonces, que en ninguno de estos casos existe el recurso de apelación significa acabar con el principio de jerarquía administrativa y la responsabilidad del jefe de la entidad pública. Estas consecuencias de la prescripción del artículo 8.º de la Ley 489 no fueron tenidas en cuenta por la Corte Constitucional en su citada sentencia de 2000, lo que no ayuda a clarificar la figura de la desconcentración.

La Ley 80 de 1993 dio otro paso en la distorsión de la figura cuando estableció en su artículo 12 que "los jefes y representantes legales de las entidades estatales

13 Sentencia C-727 de 2000.

podrán [...] desconcentrar la realización de licitaciones o concursos en los servidores públicos que desempeñen cargos del nivel directivo o ejecutivo o en sus equivalentes". En este caso, el error conceptual de la desconcentración es doble. Por una parte, hemos visto ya cómo la desconcentración se realiza mediante normas legales o reglamentarias de la estructura administrativa de las entidades públicas, lo que impide que sea el jefe o representante legal de la entidad quien disponga de la desconcentración. Y, por otra parte, también hemos resaltado cómo la desconcentración no se hace en los servidores públicos, sino en órganos o dependencias de la entidad. En realidad, estas dos características hacen que la figura establecida por la Ley 80 corresponda a la delegación, como además aparece en el título del artículo¹⁴.

La Ley 1150 introduce una nueva caracterización de la desconcentración al prescribir que

[...] para los efectos de esta ley, se entiende por desconcentración la distribución adecuada del trabajo que realiza el jefe o representante legal de la entidad, sin que ello implique autonomía administrativa en su ejercicio. En consecuencia, contra las actividades cumplidas en virtud de la desconcentración administrativa no procederá ningún recurso (art. 21).

Bajo esta concepción, la distancia con la noción clásica de la desconcentración es total. Recordemos que el profesor GARCÍA TREVIANO describe como una de las características de la desconcentración el hecho de que "el superior jerárquico no responde por los actos del órgano desconcentrado más allá de los poderes de supervisión propios de la relación jerárquica y no puede reasumir la competencia sino en virtud de nueva atribución legal". Ello es normal en dicha concepción clásica, por cuanto no ha sido el superior jerárquico quien ha decidido sobre la desconcentración, sino las normas legales y reglamentarias. Por consiguiente, si la competencia está radicada en el inferior, es lógico que este sea responsable por su ejercicio. No obstante, también es lógico que su calidad de superior jerárquico, para que tenga algún sentido real, exige que mantenga los poderes de supervisión y control, entre los cuales está en primera línea el poder de revisar los actos en apelación, en la vía gubernativa, o el de revocación, no sólo por motivos de legalidad, sino, incluso, de disconformidad con el interés público o por causar agravio injustificado a una persona, como lo establece nuestro Código Contencioso Administrativo (art. 69).

Por el contrario, la concepción de la Ley 1150 excluye toda transferencia de competencia al órgano desconcentrado, al prescribir que la desconcentración

14 "Artículo 12. De la delegación para contratar. Los jefes y los representantes legales de las entidades estatales podrán delegar total o parcialmente la competencia para celebrar contratos y desconcentrar la realización de licitaciones o concursos en los servidores públicos que desempeñen cargos del nivel directivo o ejecutivo o en sus equivalentes."

no *implica autonomía administrativa en su ejercicio*. Por consiguiente, a diferencia de la noción clásica de la figura, y también de la delegación, el superior jerárquico conserva competencia y responsabilidad sobre la función. La desconcentración se ve así reducida a una simple asignación de funciones a algunos empleos o de tareas a algunas áreas o dependencias, como lo considera el profesor Pedro Alfonso Hernández¹⁵. Las dependencias y los servidores son así concebidos como simples colaboradores del jefe o representante legal de la entidad, quien será el único responsable por el ejercicio de las funciones contractuales, en la medida en que ha conservado la competencia de decisión ilustrada por sus inferiores colaboradores. Ello justificaría que la misma norma sea prudente al establecer de manera gaseosa que “las actividades” —y no las “competencias” — cumplidas —y no “ejecutadas” — en virtud de la desconcentración no tienen recurso alguno.

La desconcentración, así entendida, pese a las críticas doctrinales importantes que se le puedan formular, no parece contraria a la Constitución por la simple razón de que el Constituyente dejó a la ley la concepción y definición de la figura (sent. C-727 de 2000). No obstante, es necesario hacer algunas aclaraciones frente a la delegación, así como observaciones de orden constitucional.

Frente a la delegación, debemos recordar que la reforma de la Ley 1150 no modifica su concepción clásica, que no fue alterada por la Ley 80. En efecto, el artículo 12 de esta ley sólo estableció la autorización otorgada a los jefes o representantes legales de las entidades estatales para que delegaran total o parcialmente la competencia para celebrar contratos, restringiéndola a los servidores públicos que desempeñen cargos del nivel directivo o ejecutivo o en sus equivalentes. El Decreto legislativo 2150 de 1995, en su artículo 37, subrogó este artículo 12, al disponer que la delegación podría hacerse, en los mismos servidores, también, para “la realización de licitaciones o concursos”, sin consideración a la naturaleza o cuantía de los mismos, con lo cual también subrogó el artículo 14 del Decreto reglamentario 679 de 1994. Por su parte, el artículo 25 de la Ley 80 establece, únicamente, que la delegación es una manifestación del principio de economía¹⁶. La concepción de la delegación no es entonces tratada por la Ley 80, y para identi-

15 Autoridad en la materia, con su excelente libro *Descentralización, desconcentración y delegación en Colombia*, Bogotá, Legis, 1999.

16 “Artículo 25. Del principio de economía. En virtud de este principio:

[...]

Los jefes o representantes de las entidades a las que se aplica la presente ley, podrán delegar la facultad para celebrar contratos en los términos previstos en el artículo 12 de esta ley [...].”

ficarla es necesario acudir a la Constitución¹⁷ y a la Ley 489¹⁸, que la definen como la transferencia, por el agente delegante, del ejercicio de algunas de sus funciones, en cabeza de sus colaboradores delegatarios. La delegación implica entonces un traslado de competencia de decisión en cabeza del delegatario, razón por la cual, en virtud de la norma constitucional citada (art. 211), será éste el responsable, salvo que el superior reasuma la competencia, en virtud de su poder jerárquico y de la libertad en el otorgamiento de la delegación.

En estos términos, pese a que la noción de desconcentración de la Ley 1150 conlleve la responsabilidad concentrada del jefe de la entidad, es necesario recordar que aquella puede estar en cabeza de los funcionarios a quienes se han *delegado* funciones contractuales. No obstante, existen una restricción y una ampliación de esta responsabilidad en cabeza de los delegatarios.

El párrafo del artículo 12 de la Ley 489 de 1998 estableció que "en todo caso relacionado con la contratación, el acto de la firma expresamente delegada, no exime de la responsabilidad legal civil y penal al agente principal". Al declarar la exequibilidad de este artículo, la Corte Constitucional aclaró que la respon-

17 (Esta nota es exactamente la misma nota n.º 11. ¿Quiere mantenerla de todas maneras? Para evitar la repetición se puede, simplemente, poner "Ver nota al pie número 11 de este artículo") "Artículo 211. La ley señalará las funciones que el Presidente de la República podrá delegar en los ministros, directores de departamentos administrativos, representantes legales de entidades descentralizadas, superintendentes, gobernadores, alcaldes y agencias del Estado que la misma ley determine. Igualmente, fijará las condiciones para que las autoridades administrativas puedan delegar en sus subalternos o en otras autoridades. La delegación exime de responsabilidad al delegante, la cual corresponderá exclusivamente al delegatario, cuyos actos o resoluciones podrá siempre reformar o revocar aquel reasumiendo la responsabilidad consiguiente. La ley establecerá los recursos que se pueden interponer contra los actos de los delegatarios."

18 (Esta nota también repita la segunda parte de la nota 11. Se sugiere poner solo "Ver nota al pie número 11 de este artículo") "Artículo 9º. Delegación. Las autoridades administrativas, en virtud de lo dispuesto en la Constitución Política y de conformidad con la presente ley, podrán mediante acto de delegación, transferir el ejercicio de funciones a sus colaboradores o a otras autoridades, con funciones afines o complementarias. Sin perjuicio de las delegaciones previstas en leyes orgánicas, en todo caso, los ministros, directores de departamento administrativo, superintendentes, representantes legales de organismos y entidades que posean una estructura independiente y autonomía administrativa podrán delegar la atención y decisión de los asuntos a ellos confiados por la ley y los actos orgánicos respectivos, en los empleados públicos de los niveles directivo y asesor vinculados al organismo correspondiente, con el propósito de dar desarrollo a los principios de la función administrativa enunciados en el artículo 209 de la Constitución Política y en la presente ley. Párrafo. Los representantes legales de las entidades descentralizadas podrán delegar funciones a ellas asignadas, de conformidad con los criterios establecidos en la presente ley, con los requisitos y en las condiciones que prevean los estatutos respectivos."

sabilidad del agente principal delegante obedece al carácter restringido de la delegación de firma, en la que

[...] no opera propiamente ningún traslado de competencias entre el delegante y el delegado, pudiéndose afirmar que éste tan sólo firma, o suscribe un documento por aquél. Tarea material en que se sule al delegante, con finalidades de agilización de la función pública. Vistas así las cosas, la responsabilidad civil y penal que se deriva del acto de suscribir el contrato, no tiene por qué trasladarse al signatario, quien no es propiamente el que contrata a nombre de la persona jurídica pública, sino tan sólo quien firma el documento. Suscribe por aquél que conserva la plenitud de la responsabilidad civil y penal por el acto. Ello, sin perjuicio de la responsabilidad del delegatario, en la medida de sus atribuciones¹⁹.

En cuanto a la ampliación, la Ley 1150 establece que "en ningún caso, los jefes y representantes legales de las entidades estatales quedarán exonerados por virtud de la delegación de sus deberes de control y vigilancia de la actividad precontractual y contractual". La norma, sin embargo, no introduce una modificación en la materia, sino que consagra legalmente el entendimiento que la Corte Constitucional había ya dado a la responsabilidad del delegante. Con ocasión de una demanda contra el parágrafo 4.º del artículo 2.º de la Ley 678 de 2001, que consagró la responsabilidad del delegante en materia de repetición, la Corte declaró la exequibilidad condicional de la norma, y explicó que, pese a la transferencia de responsabilidad del delegante al delegatario, consagrada en la Constitución, ello no implica que el primero deje de tener importantes obligaciones de control frente al ejercicio de la competencia delegada. Su condición de superior jerárquico y la libertad con que otorga y retira la delegación lo obligan a tener la vigilancia y el control necesarios sobre el ejercicio de la competencia delegada, lo que le permite incluso, como lo consagra la Carta, revocar siempre los actos del delegatario²⁰. En estas condiciones, el delegante puede comprometer su responsabilidad por no realizar el debido control. La Corte señala además que la ley 489 de 1998 establece el deber de los delegatarios de "informarse en todo momento sobre el desarrollo de las delegaciones que hayan otorgado", así como el de "impartir orientaciones generales sobre el ejercicio de las funciones delegadas" (art. 10).

En fin, desde el punto de vista constitucional, aunque no pueda establecerse una violación de la Carta por la *errada* concepción de la desconcentración introducida por la Ley 1150, es necesario aclarar que ésta no puede impedir la realización de la *desconcentración material* prevista por el Constituyente.

En efecto, la Constitución hace una distribución de competencias entre las corporaciones de elección popular y las autoridades administrativas, en relación con la organización, la administración y la distribución de competencias. Los

19 Corte Constitucional. Sentencia C-727 de 2000.

20 ÍD. Sentencia C-372 de 2002.

artículos 150 (num. 7), a nivel nacional, 300 (num. 6), a nivel departamental y 313 (num. 6), a nivel local, confían a las respectivas corporaciones de elección popular, a través de leyes, ordenanzas y acuerdos, las funciones de determinar la estructura de la administración y crear, suprimir o fusionar instituciones de su jurisdicción, tanto del sector central como del descentralizado, lo que cubre toda la administración. Por su parte, los artículos 189 (num. 14), 300 (num. 7) y 315 (num. 7) entregan al Presidente, a los gobernadores y alcaldes, respectivamente, la competencia para crear, fusionar o suprimir, conforme a la ley, ordenanza o acuerdo, los empleos que demande la administración central, para el caso de la Nación, o de sus dependencias, para el caso de los departamentos y municipios, señalar sus funciones especiales y fijar sus dotaciones y emolumentos. En el caso de los sectores descentralizados, esta competencia corresponde a los órganos de dirección de cada institución²¹. La ley, la ordenanza y el acuerdo crean la estructura de la institución, sus órganos y dependencias, y la administración central o descentralizada define los empleos y las funciones específicas a ellos otorgadas.

Sin embargo, la Constitución previó desarrollos intermedios, mediante los cuales la ley, ordenanza o acuerdo establecen lineamientos específicos para que el Presidente, los gobernadores y alcaldes supriman o fusionen entidades de su jurisdicción. El alcance de estas competencias exige algunos comentarios.

En el caso del Presidente, la competencia es mayor, por cuanto al numeral 15 del artículo 189, equivalente al numeral 8 del artículo 300 de los gobernadores y al numeral 4 del artículo 315 de los alcaldes, relativos a la competencia para suprimir o fusionar entidades, la Constitución adiciona uno especial, el numeral 16, según el cual corresponde al Presidente "modificar la estructura de los Ministerios, Departamentos Administrativos y demás entidades u organismos administrativos nacionales, con sujeción a los principios y reglas generales que defina la ley". La Corte Constitucional explicó el equilibrio entre las competencias del Congreso y el Presidente, en los siguientes términos:

[...] en el caso del numeral 16 del mismo artículo 189 de la Carta, se establece que la ley sólo puede definir o señalar los principios y reglas generales con sujeción a los cuales el Ejecutivo podría modificar la estructura de los ministerios, departamentos administrativos y demás entidades u organismos administrativos nacionales, lo cual a su vez, se encuadra bajo el concepto de leyes marco según la noción doctrinaria y jurisprudencial que también se ha elaborado a partir de la Reforma de 1968, y que admite que, por esta vía, el Constituyente limita el ámbito de las competencias legislativas del Congreso en determinadas y precisas materias, hasta el punto de que el legislador

21 Es dudoso que esta competencia cuente hoy con algún control de tutela, en virtud del artículo 105 de la Ley 489 de 1998: "Control administrativo. El control administrativo sobre las entidades descentralizadas no comprenderá la autorización o aprobación de los actos específicos que conforme a la ley compete expedir a los órganos internos de esos organismos y entidades".

sólo queda habilitado para que defina los principios y objetivos generales que regulan la materia, a los cuales debe sujetarse el Gobierno para su actuación administrativa, dejando, como se observa, al ejecutivo el amplio espacio que resta para regular en detalle la materia en cada caso. En este sentido, las funciones de "modificar la estructura de los Ministerios, Departamentos Administrativos y demás entidades u organismos administrativos nacionales....", debe cumplirse dentro del marco de los principios y reglas generales que defina la ley, lo que presupone que no pueden ser ejercidas sin ley intermedia y que ésta sólo pueda establecer principios y reglas generales²².

En este delicado equilibrio de competencias el legislador no debe pecar ni por defecto ni por exceso, y por ello la Corte declaró la inexecutableidad de los numerales b), c), d), g), h) e i) del artículo 54 de la Ley 489 de 1998, al considerar que "es al Congreso a quien le corresponde «determinar la estructura de la administración nacional» y, en relación con cada entidad u organismo del orden nacional «señalar sus objetivos y estructura orgánica»" (num. 7, art. 150 C. N.). La Corte considera igualmente que los literales contravienen el numeral 16 del artículo 189 de la Carta "que señala que el Legislador es quien debe definir mediante Ley, los principios y reglas generales con sujeción a los cuales el ejecutivo le compete modificar la estructura de los ministerios, departamentos administrativos y demás entidades u organismos administrativos nacionales"²³

En el caso de los departamentos y municipios, esta competencia no está prevista en la Carta. No obstante, la supresión de entidades departamentales y municipales parece exigir una flexibilidad indispensable para redefinir la estructura interna de las distintas entidades. La Corte pone de presente también este equilibrio al considerar que

[...] el constituyente dejó en manos del legislador la competencia para definir las condiciones y requisitos, los objetivos, fines y controles pertinentes y predicables de la función del jefe del poder ejecutivo, prevista en el numeral 15 que se comenta, para que aquel establezca un régimen razonable y armónico, lo mismo que preciso y reglado, para regular el ejercicio de esta competencia del Presidente de la República²⁴.

Por esta razón el juez constitucional declaró la inexecutableidad del artículo 51 de la Ley 489 de 1998, observando que el legislador fijó ciertos parámetros excesivamente genéricos para el ejercicio de la competencia presidencial (inc. 1.º y 2.º) y a la vez restringió desmedidamente el juego de la competencia del Presidente yendo más allá de la fijación de principios, objetivos y fines (inc. 3.º, 4.º y 5.º).

Bajo estas condiciones, la *desconcentración material* existirá, independientemente de la denominación que le da la Ley 1150 para la contratación, en virtud de las

22 Corte Constitucional. Sentencia C-702 de 1999.

23 Ídem.

24 ÍD. Sentencias C-262 de 1995 y C-702 de 1999.

disposiciones constitucionales y de la ley, ordenanza o acuerdo que la determinen. Estas determinarán dentro de las entidades su estructura orgánica administrativa, señalarán los casos y condiciones en los que el Presidente, los gobernadores y alcaldes pueden suprimirlas o fusionarlas, lo que determinará igualmente el campo del reglamento de los mismos jefes superiores de la administración nacional, departamental y local para especificar, también por acto reglamentario, la creación, supresión o fusión de los empleos necesarios, con la determinación de sus funciones especiales. En todos estos casos habrá *desconcentración material*, diferente de la creada por la Ley 1150, por lo que será posible establecer competencias contractuales y precontractuales, asignadas a las distintas dependencias, así como funciones contractuales a los distintos empleos, con la correspondiente determinación jerárquica y los recursos administrativos posibles en cada caso.

La reforma no parece tener entonces el impacto que pudiera deducirse a primera vista, por cuanto si bien es cierto que la constitución no define lo que es la desconcentración, dejándola a la *sabiduría* del legislador, sí establece competencias precisas de las corporaciones de elección popular y del Presidente, los gobernadores y alcaldes, que el legislador no puede desconocer. Esta interpretación permite, además, conservar la responsabilidad que deben tener las distintas dependencias a las que se les atribuyen funciones contractuales, precontractuales y poscontractuales, sin perjuicio, claro está, de la responsabilidad de dirección, control y supervisión que siempre tienen los jefes o representantes jurídicos de cada entidad, en virtud de los principios generales que ha resaltado la Corte Constitucional y de la identificación del responsable de los contratos establecida por la Ley 80²⁵.

3. Formalismo vs racionalidad

El esfuerzo por lograr la transparencia enreda la contratación. Las garantías establecidas tendientes a acrecentar la transparencia propenden a la rigidez y al formalismo. Los ejemplos, reforzados por la Ley 1150, hacen que el respeto a lo establecido en la ley sacrifique la adaptación racional de la actividad contractual a la práctica concreta. Ello es particularmente latente en aspectos como:

- la obligación de fijar plazos preclusivos y perentorios en los procedimientos de selección de los contratistas;
- la aplicación exclusiva de las reglas contenidas en los pliegos;
- la determinación taxativa de las condiciones de habilitación;

25 "Artículo 26. Del principio de responsabilidad. En virtud de este principio: [...]

5. La responsabilidad de la dirección y manejo de la actividad contractual y la de los procesos de selección será del jefe o representante de la entidad estatal quien no podrá trasladarla a las juntas o consejos directivos de la entidad, ni a las corporaciones de elección popular, a los comités asesores, ni a los organismos de control y vigilancia de la misma."

- la intangibilidad de la calificación y clasificación consignada en el RUP;
- la prohibición de analizar el factor precio como factor de evaluación en las consultorías;
- la prohibición de utilizar certificaciones de calidad y
- la imposición del procedimiento de la subasta inversa.

El legislador de 1991 enunció una ley de principios, como reacción al reglamentarismo exacerbado del Decreto 222, en el que el administrador público se encontraba dentro de una camisa de fuerza que le impedía la más mínima flexibilidad, lo que auspiciaba el Estado paquidérmico, según la calificación del proyecto de ley gubernamental de la Ley 80. La propuesta de la Ley 80 fue, entonces, crear la posibilidad de un gestor público como verdadero gerente público, que pudiese acudir responsablemente a principios generales adaptados para cada caso en particular. La actividad contractual sería, así, un instrumento de desarrollo en el que los funcionarios públicos no serían tratados más como incapaces relativos, según el símil explícito del proyecto de la Ley 80, sino como administradores públicos responsables, capaces de tener iniciativas dentro de marcos precisos, pero genéricos, de legalidad.

La reforma parece partir del supuesto según el cual los funcionarios no pueden merecer trato de adultos. A través de estas previsiones rígidas regresa a la concepción del trato de incapaces. Los frecuentes escándalos y sospechas de variada envergadura sobre la corrupción en la gestión contractual llevan a abandonar toda confianza en los servidores públicos y auspician la adopción de medidas que los obliguen a ceñirse a regulaciones estrictas, cuyos linderos no podrán transgredir, so pena de exponerse a la imposición de sanciones administrativas, pecuniarias y, cada vez más, penales.

El principio de legalidad tiende a confundirse, así, con un principio de tipicidad, lo que no parece contribuir al avance de la gestión pública, ni a asegurar que los funcionarios obren con mayor respeto por la moralidad administrativa.

El respeto al principio de legalidad no significa que sea necesario cerrar las posibilidades de flexibilidad en la aplicación de las normas, en aras de su aplicación concreta, sino el desarrollo responsable de la función administrativa según criterios normativos. Esta filosofía de la Ley 80 se estructura en torno a la posibilidad de exigir un buen comportamiento del servidor público, esto es, de sancionar efectivamente toda desviación de poder hacia fines distintos de los previstos por los principios. La amplitud de la actividad lograda a partir del enunciado de principios se contrabalancea, entonces, con la flexibilidad del control sobre la base de los mismos principios.

Sin embargo, tal amplitud y tal flexibilidad son difíciles de administrar, porque requieren, en su aplicación práctica, medida y buen criterio, tanto del administrador como del controlador, sea este administrativo o judicial. Por ello, resulta más sencillo tender hacia el formalismo, en el que se define muy precisamente lo

que se puede hacer, para que también el control se realice sobre todo traspaso de frontera. Pero este simplismo no generará madurez en la gestión pública y propiciará que ella se torne cada vez más formal y "paquidérmica". Por una parte, ni la ley ni el reglamento podrán establecer coherentemente estas rígidas y detalladas reglas del juego. Por otra, sin adaptación posible, cualquier error en la *programación* será simplemente consignado por el servidor público, quien no podrá tocar la reglamentación establecida. Y desde el punto de vista del control, cualquier intento de aplicación racional fuera del texto explícito normativo (legal o reglamentario) justificará la aplicación de sanciones de distinto tipo, aunque el cambio sea racional y justificable.

II. ¿REGLAMENTACIÓN O DELEGACIÓN LEGISLATIVA?

A. CONCEPCIÓN DE LA REGLAMENTACIÓN

La reforma generaliza una técnica de regulación que había sido utilizada de manera puntual por la Ley 80, que constituye una ampliación formidable de la competencia reglamentaria. Con ella, el reglamento se acerca a la facultad legislativa, en virtud de la voluntad misma del legislador.

En aplicación de un principio jurisprudencial que define la amplitud del reglamento en relación con el grado de detalle de la ley reglamentada y a la necesidad que ésta tenga para su correcta ejecución²⁶, la reglamentación tiene estrecha relación con la ley reglamentada; pero ¿qué pasa si la voluntad del legislador es designar unos poquísimos elementos y dejar expresamente al Gobierno el desarrollo integral de la materia? Ello sucedió en la reglamentación del procedimiento de contratación directa ordenado por la misma Ley 80, cuando el legislador se limitó a establecer los eventos que darían lugar a él (num. 1 art. 24) y previó que el procedimiento sería establecido por el Gobierno Nacional mediante "un reglamento de contratación directa, cuyas disposiciones garanticen y desarrollen los principios de economía, transparencia y selección objetiva previstos en [la misma Ley 80]". La Corte Constitucional y el Consejo de Estado han considerado en varias ocasiones que estos lineamientos son base suficiente para el desarrollo reglamentario²⁷. Estando definidos en la ley los casos de contratación directa y la obligación de respetar los principios establecidos por la misma Ley 80, el Gobierno Nacional tiene, según la jurisprudencia, una base suficientemente definida para desarrollar el reglamento ordenado por el legislador.

26 Consejo de Estado, Sección Primera. Sentencia del 10 de octubre de 1962.

27 Corte Constitucional. Sentencias C-949, del 5 de septiembre de 2001 y C-508 del 3 de junio de 2002; Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 22 de marzo de 2001, exp. 9840.

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

La primera pone de presente la enorme diferencia que existe entre la primera reglamentación de la contratación directa, desarrollada por el Gobierno poco después de la Ley 80 por medio del Decreto 855 de 1994, y la concepción del Decreto 2170 de 2002. Mientras el primer reglamento estableció un procedimiento flexible con poca publicidad y concurrencia, que otorgaba a la administración contratante un amplio margen de discrecionalidad para escoger a su contratista, el Decreto 2170 de 2002 establece una restricción importante de la autonomía para convertir la mayoría de procesos de contratación directa en licitaciones, tan sólo un poco aligeradas. Bien es cierto que la vocación del reglamento es adaptarse a las condiciones cambiantes y que en materia de contratación directa la flexibilidad puso de presente el riesgo del favoritismo y la corrupción, por lo que el reglamento de 2002 limitó al máximo la libre decisión de las entidades en la selección de sus contratistas. Pero ¿podría en verdad afirmarse que los dos reglamentos desarrollan un mismo criterio general fijado por el legislador, cuando ellos tienen una concepción esencialmente diferente?

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

B. Amplitud de las materias reglamentadas

Esta técnica empleada de manera limitada en la Ley 80 de 1993 se usa de manera reiterada en la reforma, que confía al reglamento múltiples aspectos esenciales, como:

- la posibilidad de presentar oferta de manera dinámica, mediante subasta inversa (num. 1 art. 2.º);
- la selección abreviada. (num. 2 art. 2.º);
- acuerdos de precios y subasta inversa para la adquisición o suministros de bienes y servicios de características técnicas uniformes y de común utilización (lit. a num. 2 art. 2.º);
- la determinación del precio mínimo para enajenación de bienes (lit. e num. 2 art. 2.º);
- las condiciones para el concurso de méritos (num. 3 art. 2.º);
- las condiciones generales de los pliegos y contratos cuando se trate de adquisición o suministro de bienes y servicios de características técnicas uniformes y de común utilización (par 3.º art. 2.º);
- los mecanismos e instrumentos por medio de los cuales las entidades cumplirán con las obligaciones de publicidad del proceso contractual (art. 3);
- el Sistema Electrónico para la Contratación Pública (SECOP);
- la calificación de experiencia específica para los contratos de consultoría (num. 4 art. 5.º);
- el RUP (art. 6.º):

- Parágrafo 2.º art. 6.º: El reglamento señalará las condiciones de verificación de la información a que se refiere el numeral 1 del artículo 5.º, a cargo de cada entidad contratante, para el caso de personas naturales extranjeras sin domicilio en el país o de personas jurídicas extranjeras que no tengan establecida sucursal en Colombia, o en aquellos casos en que en el proceso de selección se hayan utilizado sistemas de precalificación;

- Calificación y clasificación.

- las garantías (art. 7.º):

- identificación de los mecanismos de garantía admisibles para la contratación;

- determinación de condiciones generales que deben incluirse en las pólizas de cumplimiento;

- determinación de criterios que deben seguir las entidades para la escogencia de las clases, niveles de garantías, amparos cubiertos, posibilidad de división por etapas o riesgos, en atención a la complejidad del contrato.

- las condiciones de publicidad de proyectos de pliegos y estudios previos (art. 8);
- los mecanismos de promoción del desarrollo a través de la contratación. Imposición de subcontratación preferente con Mipymes (art. 12).

La variedad e importancia de los temas remitidos al reglamento no sólo hace que hoy no tengamos una idea concreta del contenido de la reforma, sino que la composición de la ley así reformada no sea el resultado de trabajo legislativo, sino que tendrá que esperar el alcance del desarrollo [o creación] reglamentario, que concretará, en últimas, el alcance de la reforma, más aún, cuando el legislador otorgó al Presidente la competencia para compilar las normas de la Ley 1150 y de la Ley 80 (art. 31). En estas condiciones, el propósito de la ley original de principios puede verse bastante perturbado y la gestión contractual volverá sobre los pasos del Decreto-ley 222 de 1983.

III. INSTITUCIONES JURÍDICAS NO ESTUDIADAS SUFICIENTEMENTE

A. REQUISITOS DE HABILITACIÓN

La modificación introducida por la Ley 1150 contiene implícitamente un cambio en la concepción que la Ley 80 tuvo sobre las condiciones de evaluación de la oferta. Sin embargo, las consecuencias de este cambio no fueron discutidas en el Congreso, lo que podrá llevar a dificultades en la aplicación del artículo 5.º de la reforma. En efecto, el artículo 29 de la Ley 80 centraba el problema de la selección objetiva en la calificación de los factores de escogencia de las ofertas según su previa definición y detalle en los pliegos de condiciones. Siguiendo un razonamiento escalonado, este artículo establece que la selección objetiva, a la que están siempre obligadas las entidades, independientemente del procedimiento de selección de contratistas, es aquella en la que se escoge el ofrecimiento más favorable a la entidad, esto es, aquel que surge de la ponderación precisa, detallada y concreta de los factores de escogencia, previamente definidos en los pliegos.

En la concepción de la ley, el pliego o los términos de referencia establecen los distintos factores que serán evaluados. La ley enuncia algunos (cumplimiento, experiencia, organización, equipos, plazo, precio), los pliegos podrán adicionar otros y deberán darle concreto valor a los enunciados por aquélla. En la Ley 80, todos los factores enunciados son objeto de valoración, razón por la cual el Consejo de Estado consideró que el reglamento no podía establecer divisiones en el seno de los factores enunciados por el legislador, para darles a unos la naturaleza de habilitantes y a otros la de factores objeto de calificación²⁸. Pero, además,

28 Consejo de Estado. Auto del 1.º de abril de 2004, GUILLERMO SEBASTIÁN RINCÓN URIBE, exp. 26.105.

la concepción tiende al análisis de estos elementos de manera simultánea en el desarrollo de las licitaciones. En efecto, los pliegos deben señalar un plazo para que la entidad elabore los estudios técnicos, económicos y jurídicos de las ofertas (num. 7 art. 30), para luego ponerlo a disposición de los proponentes, con el fin de obtener sus observaciones sobre todos los puntos (num. 8 art. 30), luego de lo cual la entidad adjudica directamente o realiza la audiencia pública prevista en la CN 273 (num. 10 art. 30), que tiene por objeto ventilar por última vez las evaluaciones, luego de las observaciones de los proponentes y la respuesta a éstas dada por la entidad²⁹. Además, en aplicación de la prevalencia del derecho sustancial, el art. 25 (num. 15) prohíbe el rechazo de ofertas a las que les falten requisitos o documentos que no sean necesarios para su comparación con las otras³⁰, por lo que el Decreto 2170 permite su solicitud por parte de las entidades contratantes "en cualquier momento, hasta la adjudicación"³¹ (art. 4.º, par.), lo que permitió al Consejo de Estado consagrar el derecho conexo de los contratistas a aportarlos. En estas condiciones, teniendo en cuenta que la audiencia concluye con la adjudicación, que los plazos y las etapas establecidas en los pliegos son perentorios y preclusivos³² y que pueden aportarse documentos y cumplir requisitos hasta el

29 Decreto 2170, art. 3.º:

"[...]

2. La audiencia se llevará a cabo con el propósito de presentar el proyecto de respuesta a las observaciones presentadas por los oferentes en la oportunidad establecida en el numeral 8 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993, así como para escuchar a estos en relación con la falta de respuesta a observaciones presentadas dentro del término legal o para señalar cuando alguna de éstas haya sido resuelta en forma incompleta, en intervenciones de duración limitada. Haciendo uso del mismo período de tiempo podrán intervenir las demás personas presentes.

3. En el acto de adjudicación se deberán resolver todas las observaciones formuladas en la oportunidad establecida en el numeral 8 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993. Parágrafo. La comunicación a que se refiere el numeral 11 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993 se podrá surtir a través del empleo de un mensaje de datos en aquellos casos en que la entidad cuente con la infraestructura tecnológica y de conectividad que asegure la inalterabilidad del documento."

30 Ley 80, artículo 25 (inc. 2.º num. 15):

"La ausencia de requisitos o la falta de documentos referentes a la futura contratación o al proponente, no necesarios para la comparación de propuestas, no servirá de título suficiente para el rechazo de los ofrecimientos hechos."

31 Decreto 2170 de 2002 (art. 4.º, parág.): "En desarrollo de lo previsto en el inciso 2.º del numeral 15 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993, los documentos y requisitos allí relacionados podrán ser solicitados por las entidades en cualquier momento, hasta la adjudicación".

32 Ley 80. "Artículo 25. Del principio de economía. En virtud de este principio:

1.º. En las normas de selección y en los pliegos de condiciones o términos de referencia para la escogencia de contratistas, se cumplirán y establecerán los procedimientos y etapas estrictamente necesarios para asegurar la selección objetiva de la propuesta más favorable. Para este propósito, se señalarán términos preclusivos y perentorios para las diferentes etapas de la selección y las autoridades darán impulso oficioso a las actuaciones".

último momento, la evaluación no debe fragmentarse, será monolítica, por cuanto todos los aspectos que la estructuran son objeto de discusión hasta el último momento.

La práctica contractual, sin embargo, en contra de esta unidad, instauró mecanismos de distinción entre los factores de evaluación y los de habilitación, definiendo que los aspectos relativos a las condiciones jurídicas del proponente, la experiencia mínima exigida y los requerimientos de su capacidad financiera y técnica no serían objeto de evaluación sino de exigencia para poder calificar de apta la propuesta. Más aún, los escándalos recurrentes de corrupción en los procesos de selección llevaron a que se redujera aún más la variedad de factores de calificación, instaurando sistemáticamente, como único, el valor de la oferta, cuya favorabilidad resultaba de la aplicación de fórmulas matemáticas escogidas al azar entre varias previstas en los pliegos.

Las dificultades de distorsionar la concepción inicial no se hicieron esperar y, en múltiples ocasiones, los procesos licitatorios se dilataron y enredaron, por cuanto, en aplicación del derecho positivo, los asuntos referidos a la habilitación de proponentes fueron discutidos aun después de efectuar la evaluación económica de las propuestas, lo que obligaba en ocasiones a retrotraer la evaluación al paso precedente, pese a la prohibición legal señalada, con la alteración necesaria de la evaluación económica, cuando se cambiaba la calificación de la habilitación, por cuanto la calificación económica de las propuestas está supeditada generalmente a las específicas condiciones económicas ofertadas por los proponentes habilitados.

La Ley 1150 se limitó a elevar a rango legal esta práctica de licitación, sin establecer consecuentemente la división de las etapas de calificación, de tal suerte que la discusión sobre las condiciones de habilitación quede definitivamente cerrada antes de analizar las propuestas económicas de los contratistas. El parágrafo 1.º del artículo 5.º establece tan sólo en el caso de la subasta que los factores que no son objeto de asignación de puntaje pueden ser exigidos hasta el momento de realización de aquella³³. En todos los otros casos, podrán ser solicitados y aportados hasta la adjudicación, con lo cual no existirá la posibilidad de dividir lógicamente la evaluación.

33 "Parágrafo 1º. La ausencia de requisitos o la falta de documentos referentes a la futura contratación o al proponente, no necesarios para la comparación de las propuestas, no servirán de título suficiente para el rechazo de los ofrecimientos hechos. En consecuencia, todos aquellos requisitos de la propuesta que no afecten la asignación de puntaje, podrán ser solicitados por las entidades en cualquier momento, hasta la adjudicación. No obstante lo anterior, en aquellos procesos de selección en los que se utilice el mecanismo de subasta, deberán ser solicitados hasta el momento previo a su realización."

B. EQUILIBRIO FINANCIERO DEL CONTRATO

El equilibrio financiero del contrato ha dado lugar a importantes controversias por las relevantes consecuencias económicas originadas en los cambios de las condiciones de ejecución de los contratos. La Ley 80 consagró el principio de la ecuación contractual, descrito en el artículo 27, según el cual debe mantenerse la igualdad o equivalencia entre derechos y obligaciones surgidos al momento de proponer o de contratar. Las partes deben entonces adoptar las medidas necesarias para restablecer el equilibrio cuando éste se vea alterado. Este principio instauraba un tratamiento igualitario entre las partes, por cuanto no sólo el contratista, sino también la administración contratante, podrían ver alterado el equilibrio en su contra y tener derecho al restablecimiento. Esta igualdad contrastaba, sin embargo, con el tratamiento tradicional del equilibrio financiero en contratos administrativos, que ve en el equilibrio un derecho para el contratista y no para la administración contratante. En esta línea, el legislador de 1993 incluyó dos nociones que dieron lugar a interpretaciones controvertidas. El artículo 3.º de la ley estableció que el Estado garantiza la protección de la obtención de utilidades de los contratistas, y el artículo 5.º (num. 1) prescribe que éstos tienen derecho "a que la administración les restablezca el equilibrio de la ecuación económica del contrato a un punto de no pérdida por la ocurrencia de situaciones imprevistas" que no les sean imputables.

Sobre la base de estos artículos, la jurisprudencia del Consejo de Estado llegó a afirmar que desde el comienzo del contrato las partes tienen bien definidas las finalidades diversas que cada una persigue: el contratista, realizar un negocio económico y la entidad, prestar un servicio o lograr fines de interés general. Por consiguiente, cuando haya un desequilibrio de las condiciones iniciales del contrato, la administración contratante tiene la obligación de garantizarle al contratista sus utilidades³⁴. Por su parte, la Corte Constitucional llegó a afirmar que varias normas de la Carta (arts. 2.º, 13, 58 y 83) daban origen a un derecho constitucional de los contratistas a la *garantía integral del patrimonio de los particulares*, en virtud del cual todo riesgo no previsto e imprevisible para las partes deberá ser trasladado a la administración contratante, que debe soportar así la integridad de sus consecuencias³⁵.

La jurisprudencia, sin embargo, desarrolló las nociones. La Corte Constitucional aceptó que el monto de las indemnizaciones y la concreción de la indemnización integral prevista en el artículo 16 de la Ley 446 de 1998 no significa indemnización plena, sino justa, y que la justicia puede estar definida por el legislador³⁶, lo que significa que el alcance de los derechos indemnizatorios de los

34 Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 9 de mayo de 1996, SAE, exp. 10151.

35 Corte Constitucional. Sentencia C-892 de 2001.

36 ÍD. Sentencias C-916 de 2002 y C-965 de 2003: "[...] el derecho a la reparación es un de-

contratistas no tiene rango constitucional, sino legal o jurisprudencial³⁷. Por su parte, el Consejo de Estado revisó su posición excesivamente favorable para los contratistas y retornó a las teorías clásicas sobre el equilibrio financiero del contrato, destacando las particularidades de la teoría del hecho del príncipe frente a la imprevisión, para resaltar que, en el caso de imprevisión, el contratista tiene derecho a una indemnización limitada a la pérdida efectiva que soporta, sin que ello incluya el lucro cesante³⁸.

La reforma de la Ley 1150 parte de esta evolución, al derogar la expresión "sobre la garantía de ganancias del contratista" (art. 32), contenida en el artículo 3.º de la Ley 80, referido. El legislador también se ocupó de elevar a ley la previsión del artículo 8.º (num. 5) del Decreto 2170, que obligaba a las entidades a incluir en los estudios previos a la contratación un "análisis de los riesgos de la contratación y en consecuencia el nivel y extensión de los riesgos que deben ser amparados por el contratista", dándole una precisión significativa.

Esta identificación y atribución de los riesgos del contrato no es nueva en la contratación. Desde 1991, cuando comenzó la estructuración de las concesiones, en particular las viales, un seminario organizado por el Ministerio de Hacienda y Planeación Nacional había puesto de presente la importancia de determinar los distintos riesgos del contrato para poderlos distribuir entre las partes según la capacidad de éstas para preverlos y manejarlos mejor. Luego de diez años y de la ejecución de proyectos traumáticos de concesiones viales y aeroportuarias, estas reflexiones se ratificaron en documentos Conpes: *Política de manejo de riesgo contractual del Estado para procesos de participación privada en infraestructura* (Conpes 3107 y 3133 de 2001).

La reforma de la Ley 1150 reitera la importancia de la distribución de riesgos, estableciendo en el artículo 4.º que éstos deben tener una estimación, tipificación y asignación en los pliegos, y advirtiendo que éstos últimos deben señalar en qué momento pueden los oferentes revisar esta asignación de riesgos para establecer su distribución definitiva, antes de la presentación de las ofertas.

Este diálogo contribuirá a que los riesgos sean mejor distribuidos y a que las partes los asuman conscientemente, lo que limita los eventos de desequilibrio contractual, en la medida en que los riesgos previstos y asignados conllevan su asunción por la parte a quien se le atribuyen y, por consiguiente, forman parte de los derechos y deberes iniciales que estructuran el equilibrio contractual. La ocurrencia de un riesgo previsto genera entonces la aplicación de la cláusula contractual que

recho regulable y materia de configuración legislativa, el escenario adecuado para debatir sobre la forma como tiene que aplicarse el sistema de reparación a favor de las víctimas y afectados es el Congreso de la República y no la Corte Constitucional [...]".

37 ÍD. Sentencia C-965 de 2003.

38 Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 29 de mayo de 2003, *Pavimentos Colombia Ltda.*, exp. 14577.

lo ha identificado y atribuido, lo que significa que no constituye un desequilibrio contractual imprevisible e indemnizable para ninguna de las partes.

Pese a este avance, es lamentable que las discusiones parlamentarias no hayan abordado las dificultades de fondo sobre el equilibrio financiero del contrato. El texto de la reforma se refiere a los riesgos previsible por las partes. Estos riesgos han sido tratados de manera genérica en la práctica contractual, estableciendo, por ejemplo, que los riesgos constructivos deben ser asumidos por el contratista porque los conoce y controla mejor. Por su parte, los riesgos relativos a la normatividad sobreviniente deben ser asumidos por la entidad contratante, por cuanto su calidad de entidad pública tiende a hacerla responsable por los cambios normativos. No obstante, esta asignación genérica no permite encontrar una solución en caso de materialización del riesgo. Así, la asignación genérica del riesgo constructivo al contratista no tiene en cuenta el origen de los diseños para la realización de la obra, la modalidad de ésta, sus particularidades técnicas, lo que puede tener una incidencia importante sobre la asunción de aquél. De igual manera, la asignación genérica de este riesgo no indica la amplitud del mismo. El hecho de que el contratista asuma el riesgo constructivo o el de la adquisición de licencias o la compra de terrenos para la obra no significa que deba soportar las consecuencias de la materialización de alguno de estos, independientemente de su gravedad. La *previsibilidad* del riesgo conlleva una valoración de una amplitud razonablemente normal, mas no una anormal. Para el trámite de una licencia, por ejemplo, el contratista no podrá alegar un desequilibrio en el evento en que esta se tarde más de lo especificado en la reglamentación correspondiente. De lo contrario, no habría un riesgo asumido. Pero ello no significa que las demoras exageradas, completamente extraordinarias, deban ser soportadas integralmente por el contratista. Y en el caso de la administración, el hecho de asumir el riesgo normativo, por ejemplo, no significa que la entidad contratante deba responder por cualquier norma nueva que incida en la ejecución del contrato. En la medida en que los eventos que caracterizan la razonabilidad del riesgo asumido no pueden ser objeto de una enunciación detallada y taxativa, la concreción de la previsibilidad será objeto de valoración jurisdiccional, en caso de litigio, dinamizando así la distribución de riesgos hecha en el contrato.

La distribución contractual de los riesgos debe entonces ser objeto de una armonización con las distintas teorías sobre el equilibrio financiero de los contratos, que ha venido precisando la jurisprudencia del Consejo de Estado y que tienen su origen en el texto mismo de la Ley 80, en particular los artículos 5.º (num. 1), 4.º (num. 3) y 27. Resulta, por ejemplo, importante determinar si la indemnización al punto de no pérdida, prevista para el contratista en la Ley 80 para el caso de la imprevisión (num. 1 art. 5.º), constituye un norma de orden público, o si las partes podrían establecer indemnizaciones menos favorables para el contratista en la distribución de riesgos. Igual cuestionamiento cabe en el deber de restablecer el equilibrio inicial de derechos y obligaciones (art. 27).

En fin, la técnica de la distribución de riesgos parte de una concepción particular del manejo de los aleas del contrato que tendrá repercusión sobre la apreciación del precio del mismo. Si las partes definen inicialmente los riesgos y el contratista asume unos significativos de manera consciente y responsable, será natural que tienda a transferir este costo al precio propuesto. La dinámica del equilibrio financiero del contrato del derecho administrativo francés, en la que el déficit de lo anormal no imputable a las partes es asumido por la administración, *si el evento llega a presentarse*, es remplazada por un cálculo *ex ante* no de un equilibrio inicial sino de una *contingencia* que se incorpora al contrato, similar a la lógica de los contratos de seguros. El precio del contrato tendrá entonces en cuenta, normalmente, por lo menos buena parte de este *costo*, por lo que, en últimas, será la entidad contratante la que asuma el riesgo, o buena parte de él, en la medida en que paga el valor de la contingencia. Si el riesgo no se materializa, el *costo* de la contingencia será una ganancia neta para el contratista. Y si el riesgo se materializa más allá de las previsiones de las partes, la técnica del cálculo de las contingencias será remplazada por el equilibrio financiero del contrato en la que la administración deberá también indemnizar a su contratista.

Esta dinámica pone de presente particularidades de la técnica de la distribución de riesgos y la distancia con la concepción fundada en el equilibrio financiero del contrato. La compatibilidad entre las dos instituciones debió ser discutida en los debates parlamentarios, lo que brilló por su ausencia, como muchos otros aspectos esenciales de la contratación. No realizado por el legislador, el análisis debería preocupar de manera especial a los estructuradores de contratos, so pena de llegar a soluciones inequitativas.

C. PRERROGATIVAS DE PODER PÚBLICO

Las modificaciones de la reforma sobre distintas prerrogativas del poder público toman partido respecto de las distintas versiones expuestas por la jurisprudencia del Consejo de Estado, lo que en principio genera más estabilidad jurídica. Sin embargo, las instituciones reformadas no fueron objeto del debate necesario sobre el alcance de lo que se reguló.

En el caso de las multas y la declaratoria unilateral de incumplimiento del contrato, el Consejo había proferido providencias contradictorias y consolidado finalmente una visión restringida de estas dos instituciones. La corporación consideró inicialmente que la Ley 80 no había regulado estas dos manifestaciones de prerrogativas de poder público de la administración, por lo que no podrían aplicarse³⁹. Pero luego cambió de posición, al observar que las multas están previstas en la legislación privada, por lo que estimó que sería posible pactarlas, aun

39 Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 21 de octubre de 1994, *Omega Ltda.*, exp. 9288.

cuando ello no permitía a la administración imponerlas unilateralmente⁴⁰. En otras ocasiones, reconoció incluso que la autonomía de la voluntad permitiría que las partes pactaran un procedimiento para imponerlas unilateralmente, al igual que la posibilidad de que la entidad declarara unilateralmente incumplido el contrato, en virtud de la autonomía de la voluntad⁴¹. En fin, la jurisprudencia encontró también otras bases para decidir que la administración siempre conservaba un poder de control de la ejecución del contrato, por lo que podía imponer las multas pactadas en virtud de la autotutela declarativa que brinda a la administración la posibilidad de expedir actos administrativos (art. 64 CCA)⁴². Por esta vía, la jurisprudencia consideró además que la declaratoria de caducidad de un contrato era asimilable a la declaratoria de incumplimiento del mismo, no prevista en la Ley 80⁴³. Por consiguiente, como la jurisprudencia establecía la competencia de la administración para declarar el incumplimiento del contrato se extendía hasta su liquidación, por cuanto era el momento en el que se podía tener un balance final del cumplimiento de todas las prestaciones, también era posible considerar lo mismo frente a la caducidad, por lo que la administración conservaba competencia para caducar el contrato hasta la liquidación.

En fin, esta visión fue restringida en una última tendencia de la jurisprudencia en la que, sin mayor explicación, el Consejo de Estado volvió a su posición de diez años antes, al afirmar que si el derecho privado permite pactar multas, también consagra la igualdad jurídica de las partes, lo que impide que la administración imponga unilateralmente una multa y, por el contrario, determina que esté obligada a acudir al juez para solicitarle su imposición⁴⁴.

El legislador de 2007 reacciona ante estas distintas versiones, al consagrar en el artículo 17 que las entidades contratantes tienen la facultad de imponer multas, cuando hayan sido pactadas, y declarar el incumplimiento de los contratos. La norma precisa que la imposición de multas debe estar precedida de audiencia del afectado y un procedimiento que garantice su derecho de defensa. Además, restringe temporalmente la posibilidad de imponer la multa, porque la entidad sólo podrá hacerlo "mientras se halle pendiente la ejecución de las obligaciones a cargo del contratista".

40 ÍD. Auto del 20 de febrero de 1997, *Industrias Full S.A.*, exp. 12669. En el mismo sentido, sentencias del 16 de noviembre de 1994, *Confianza S.A.*, exp. 8449; 10 de (falta el mes) 1995, *Relikassa Sistemas Ltda.*, exp. 3303; 15 de agosto de 1996, *Colmotores S.A.*, exp. 8358;

41 ÍD. Sentencias del 18 de marzo de 2004, *ANTONIO MARÍA ESCOBAR ENRÍQUEZ*, exp. 15936 y del 14 de julio de 2005, *JORGE HUMBERTO VANEGAS RAMÍREZ*, exp. 14289.

42 ÍD. Auto del 4 de junio de 1998, *CARLOS MARIO HINCAPIÉ MOLINA*, exp. 13988.

43 ÍD. Sentencias del 13 de septiembre de 1999, exp. 10.264, del 18 de marzo de 2004 y auto del 4 de junio de 1998, exp. 13.988.

44 ÍD. Sentencia del 20 de octubre de 2005, *Consortio Nacional de Ingenieros Contratistas Conic S.A.*, exp. 14579.

En estas condiciones, la reforma refuerza el carácter particular de las multas como instrumento de control de la ejecución de las prestaciones a cargo del contratista. Frente a la jurisprudencia que limitaba temporalmente la imposición de multas al plazo de ejecución de las prestaciones, la reforma contiene una variante, por cuanto no limita la potestad al periodo fijado por el contrato, sino al hecho de estar pendientes de ejecución obligaciones del contratista. Por consiguiente, si al vencimiento del plazo de ejecución del contrato el contratista está en mora, será posible imponerle multas para compelerlo a su cumplimiento. Sin embargo, la institución así legislada debió ser objeto de un mayor análisis en las discusiones parlamentarias, por cuanto la jurisprudencia ha sido incierta en relación con el alcance de los plazos contractuales. El Consejo de Estado ha distinguido, por ejemplo, el plazo de ejecución de las obligaciones de vigencia del contrato, al poner de presente que, luego de haber concluido el plazo establecido contractualmente para ejecutar las obligaciones principales, el contrato está aún vigente hasta que no se liquide. Más aún, entre el final de las obligaciones principales y la liquidación, las partes tienen aún obligaciones que cumplir, como precisamente la de liquidar el contrato. Este razonamiento permitió a la jurisprudencia extender temporalmente las prerrogativas de caducidad, declaratoria de incumplimiento, e incluso multas hasta la liquidación del contrato⁴⁵.

En contra de estos argumentos, se puede señalar que las obligaciones de las partes no pueden tratarse todas de la misma manera. Las prestaciones principales de las partes no tienen la misma relevancia, al igual que su incumplimiento, frente a obligaciones administrativas como la de liquidar el contrato. La relevancia de las distintas obligaciones no parece entonces caracterizarse por su temporalidad, sino por su naturaleza. Por otra parte, existen algunas obligaciones que, originadas en el contrato, subsisten cuando éste ya está liquidado, como las que conciernen a las garantías civiles frente a la estabilidad de la obra, la calidad de los bienes o servicios suministrados o ciertas prestaciones posventa o postservicio, que perfectamente pueden estar previstas en el contrato.

La previsión de la reforma sobre la imposición de multas "mientras se halle pendiente la ejecución de las obligaciones a cargo del contratista" debió entonces estar precedida de la discusión sobre estos aspectos. Por no haber existido esta discusión previa, será la jurisprudencia la encargada de precisar el alcance de estas disposiciones. Para ello, algunos criterios fijados por la misma jurisprudencia y por los textos legales pueden ilustrar el posible desarrollo.

En primer lugar, resulta importante resaltar la finalidad particular de las prerrogativas de la administración contratante. De manera genérica, el artículo 14 de la Ley 80 establece que el ejercicio de las facultades excepcionales está supeditado a las finalidades específicas de éstas, a saber, "el exclusivo objeto de evitar la paralización o la afectación grave de los servicios públicos a su cargo y asegurar la

45 ÍD. Sentencia del 24 de agosto de 2000, *JAVIER MONTROYA y Asociados Ltda.*, exp. 12082.

inmediata, continua y adecuada prestación" de los mismos. Esta finalidad especial, reforzada de manera particular por los artículos referidos a las distintas prerrogativas (15, 16, 17 y 18), ha permitido al juez administrativo hacer un control de los actos por medio de los cuales se ejercen, para sancionar las desviaciones de poder de la administración⁴⁶.

En segundo lugar, la multa consagrada en el artículo 17 de la reforma es una manifestación del deber de las entidades estatales de control y vigilancia sobre los contratos, lo que brinda igualmente una finalidad particular que debe ser controlada por el juez administrativo, de conformidad con criterios de proporcionalidad frente a la naturaleza y magnitud de los incumplimientos. No sería entonces razonable legitimar una multa impuesta 20 meses después de haber concluido el plazo de ejecución de las obligaciones principales, so pretexto de *hallarse pendiente la ejecución de la obligación de liquidar el contrato*, o incluso la imposición de una multa porque el proponente no ejecuta su obligación de garantizar la estabilidad de la obra, cuando existe un deterioro de ésta siete años luego de liquidado el contrato⁴⁷. Por el contrario, sería razonable imponer una multa si llegado el último día del plazo de ejecución del contrato, el contratista tiene aún pendientes prestaciones, lo que implicaría imponer la multa después del plazo de ejecución, pero atendiendo a que se halla pendiente la ejecución de algunas de sus prestaciones. En igual sentido, la jurisprudencia ha admitido la sanción en el contrato de arrendamiento cuando, vencido el plazo de éste, no se realiza la entrega⁴⁸.

En tercer lugar, la reforma refuerza la particularidad y caracterización de la caducidad, lo que en principio haría volver la jurisprudencia a su noción anterior a la Ley 80. En efecto, la reforma autoriza a las entidades para *declarar el incumplimiento del contrato con el propósito de hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria incluida en él*. Esta redacción pone de presente que el objetivo de la declaración de incumplimiento del contrato es exclusivamente económico, hacer efectiva la cláusula penal, lo que permite resaltar, por contraste, el objetivo particular de la cláusula de caducidad, definido no sólo de manera genérica por el artículo 14 de la Ley 80, sino

46 ÍD. Sentencia del 26 de septiembre de 2002, *GERMÁN BARBERI PERDOMO*, exp. 9759. La Corte Constitucional también ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre el carácter reglado de la caducidad, Sentencia C-949 de 2001.

47 En este sentido, es pertinente recordar que si bien es cierto que los contratos suelen tener una póliza que ampara el siniestro de estabilidad de la obra por cinco años, luego de entregada esta a satisfacción de la entidad, el contratista es responsable de esta garantía por diez años, en virtud de la ley. Código Civil (num. 3 artículo 2060): "Si el edificio perece o amenaza ruina, en todo o parte, en los diez años subsiguientes a su entrega, por vicio de la construcción, o por vicio del suelo que el empresario o las personas empleadas por él hayan debido conocer en razón de su oficio, o por vicio de los materiales, será responsable el empresario: si los materiales han sido suministrados por el dueño, no habrá lugar a la responsabilidad del empresario sino en conformidad al artículo 2041, inciso final".

48 Consejo de Estado. Sentencia del 4 de septiembre de 2003, *JAIME GUTIÉRREZ CASTILLO*, exp. 17100.

de manera particularmente concreta por el artículo 18, cuando prescribe que la caducidad está reservada a los casos de incumplimiento doblemente calificado: por una parte, ha de ser muy relevante, al punto de afectar de manera grave y directa la ejecución del contrato, y por otra, debe evidenciar que puede conducir a la paralización de este.

En estas condiciones, no parece apropiado imponer la caducidad de un contrato luego del plazo de ejecución, por cuanto la sanción no podrá lograr el particular objetivo de la institución, en la medida en que el contrato se encuentra ya terminado. En últimas, la caducidad tiene por objeto reemplazar oportunamente al contratista que con su grave incumplimiento pone en riesgo la prestación del servicio vinculado con la ejecución del contrato, objetivo que no puede cumplirse cuando el plazo de ejecución se encuentra vencido, y la administración deberá buscar otro contratista no para sustituir sobre la marcha al incumplido, sino para reparar el daño que éste ya ha consolidado.

Por el contrario, el objetivo netamente económico de la declaratoria de incumplimiento permite a la administración hacer un balance de la ejecución del contrato luego de concluido el plazo de ejecución de las prestaciones principales, por lo que la jurisprudencia consideró en su momento que este ejercicio se hacía de manera concreta para la liquidación del contrato, razón por la cual hasta este momento la administración conserva competencia para declarar unilateralmente el incumplimiento⁴⁹.

Desde otra perspectiva, es necesario analizar las modificaciones que la Ley 1150 introdujo al régimen de actos administrativos relacionados con la actividad contractual.

El artículo 17 prescribe que tanto la cláusula penal como las multas se harán efectivas directamente por las entidades estatales, incluso mediante jurisdicción coactiva, lo que implica restringir el alcance de la jurisprudencia de la Sala Plena del Consejo de Estado, que consideró que el artículo 75 de la Ley 80 derogó el numeral 4 del artículo 68 del Código Contencioso Administrativo. Este numeral consagraba el carácter ejecutivo por jurisdicción coactiva de "los contratos, las pólizas de seguro y las demás garantías que otorguen los contratistas a favor de entidades públicas, que integrarán título ejecutivo con el acto administrativo de liquidación final del contrato, o con la resolución ejecutoriada que decreta la caducidad, o la terminación según el caso". El Consejo de Estado consideró que el artículo 75 atribuyó competencia al contencioso administrativo para todos los procesos ejecutivos contractuales⁵⁰. Posteriormente, esta posición le permitió afir-

49 ÍD. Sentencia del 29 de enero de 1988, *DARÍA VARGAS SANZ*, exp. 3615.

50 El Consejo de Estado en sala plena interpretó que el texto del artículo 75 que atribuye competencia a la jurisdicción administrativa para "los procesos de ejecución o cumplimiento" no podría interpretarse, como lo entendían los numerosos salvamentos de voto a la providencia, como restringido las controversias sobre *la ejecución o el cumplimiento*, sino que se refiere

mar claramente que las ejecuciones contractuales no se realizaban directamente por la entidad contratante por jurisdicción coactiva, como lo prevé el artículo 68 del CCA, sino siempre a través de la jurisdicción administrativa⁵¹.

El artículo 17 de la Ley 1150 reintroduce entonces el cobro coactivo, y no jurisdiccional, de los créditos derivados de la cláusula penal o de la multa, cuya efectividad sea declarada unilateralmente por la entidad contratante. Esta disposición contenida en el párrafo del artículo no fue precedida de una discusión importante en dos sentidos.

En el primero, la disposición no modifica el artículo 75 de la Ley 80 de manera integral, puesto que no se refiere a todas las controversias reguladas en ella, sino, de manera particular, a las que tienen por objeto la efectividad de la cláusula penal y de las multas. Por consiguiente, no se puede considerar que el artículo 75 referido haya sido derogado, en lo referente a todos los procesos ejecutivos contractuales, sino tan sólo a los derivados de la imposición de estas dos sanciones. Quiere ello decir que la ejecución de una liquidación de contrato, así sea unilateral, o de una póliza distinta de las que amparen cláusulas penales o multas, o cualquier otro crédito claro expreso y exigible derivado de un contrato, tendrá que hacerse ante la jurisdicción contencioso administrativa, y no directamente por la entidad contratante mediante jurisdicción coactiva.

Esta primera falla, que reintroduce inseguridad jurídica, se complementa con una observación sobre la constitucionalidad de la jurisdicción coactiva, aplicada a los créditos contractuales. Con ocasión de una demanda del numeral 4 del artículo 68 del CCA, apoyada en el argumento según el cual las entidades vinculadas no pueden ejercer jurisdicción coactiva por desarrollar actividades de tipo industrial y comercial y no administrativo, la Corte Constitucional recordó que los numerales 1, 2 y 3 del artículo 68 se refieren a entidades que ejercen funciones administrativas

concretamente a todos los procesos ejecutivos derivados de la actividad contractual. ÍD. Sala Plena. Auto del 29 de noviembre de 1994, *RIGOBERTO ARENAS OLMOS*, exp. S414.

51 ÍD. Sección Tercera. Auto del 27 de septiembre de 1995, *AUGUSTO MORENO MURCIA*, exp. 10709: "La sala precisa, en relación con la providencia recurrida: a) No es del todo cierto que todo título ejecutivo en favor del Estado sea del conocimiento exclusivo de la jurisdicción coactiva. Y no lo es porque existen títulos, como los de origen contractual, que se deben ventilar ante la jurisdicción administrativa por el procedimiento ejecutivo regulado en los arts. 497 y ss.; y porque, además, existen otros que se hacen valer por la vía del procedimiento administrativo coactivo ante la misma administración. b) No todo título ejecutivo a favor de los particulares es del conocimiento por la vía del proceso ejecutivo, de la jurisdicción ordinaria, porque los de origen contractual derivados de un contrato estatal serán de esta jurisdicción (art. 75 Ley 80/93). Así como en los procesos de conocimiento contractual, en los ejecutivos de esta índole la entidad podrá ser ejecutante o ejecutada. c) Serán de esta jurisdicción los procesos ejecutivos cuyo título se deriva de un contrato estatal; y no sólo los que surjan de una sentencia definitiva de una controversia de esa índole. Así, el título podrá surgir también de un acto administrativo unilateral, de un convenio o acuerdo entre las partes, o de cualquiera de los mecanismos de solución directa regulados en la ley (arts. 79 y ss.) [...]".

y, aunque los numerales 4, 5 y 6 permiten el ejercicio de la jurisdicción coactiva en actividades contractuales, que por su naturaleza son expresión de la función de gestión y no de autoridad, el artículo 75 de la Ley 80 atribuyó la competencia a la jurisdicción contencioso administrativa. Bajo estas observaciones, la Corte declara que

[...] las expresiones acusadas solamente pueden aceptarse como ajustadas a la Constitución si se entiende que la autorización legal para ejercer el poder coactivo se refiere al cobro o recaudación de recursos provenientes de funciones netamente administrativas confiadas por el legislador de modo expreso a los entes vinculados, siempre que en la misma norma legal correspondiente se autorice la función de ejecución coactiva y se determinen las condiciones de su ejercicio, exclusivamente en cuanto a los aludidos recursos⁵².

El razonamiento de la Corte parte entonces de la restricción de la jurisdicción coactiva a las funciones que constituyen manifestaciones de autoridad, y no de simple gestión, por lo que se encontraría comprometida la constitucionalidad de la atribución de poder coactivo derivado de la gestión contractual.

Esta observación abre un campo de reflexión importante sobre la caracterización misma de las multas y la declaratoria de incumplimiento, como prerrogativas de poder público. Si bien es cierto que el Consejo de Estado considera que toda decisión unilateral impuesta por una parte a su contratante es una manifestación de un poder exorbitante, por cuanto ello no es posible en el derecho privado⁵³, el derecho comercial no sigue en realidad esta concepción, cuando autoriza resoluciones unilaterales de contratos, como en el caso de la agencia comercial (art. 1325 CCO), el contrato de suministro (art. 973 CCO) o varios de los contratos corrientes en las relaciones comerciales contemporáneas, como la franquicia o la concesión comercial. Igualmente, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia legitima estos poderes en estos contratos⁵⁴ y reconoce una amplia aplicación a la autonomía de la voluntad⁵⁵.

52 Corte Constitucional. Sentencia C-666 de 2000.

53 Consejo de Estado, Sección Tercera. Auto del 26 de marzo de 1998, *Ichi Ban Motors S. A.*, exp. 14000; sentencia del 21 de octubre de 1994, *Omega Ltda.*, exp. 9288.

54 Consejo Superior de la Judicatura. Cas. del 35 de octubre de 1995, exp. 4701, *Distrimora Ltda. vs Shell Colombia S. A.*; cas. del 28 de febrero de 2005, exp. 7504, *Industrias Jomar Ltda. vs Curtiembres Búfalo S. A.* (Resolución unilateral de contratos de agencia comercial); cas. del 20 de septiembre de 2005, exp. 04837, *Servicios Técnicos de Alimentación Masiva y Cía. Ltda.-Tecnialimentos Ltda. vs Ecopetrol* (multa y resolución unilateral de contrato de suministro comercial); cas. del 14 de marzo de 1994, exp. 3061, *Gaico S. A. y otros vs Occidental de Colombia Inc.* (resolución unilateral de contrato de obra civil).

55 ÍD. Cas. del 2 de diciembre de 1960, *Máximo Parra vs Panauto Ltda.*

Declaratoria de siniestro

La Ley 1150 establece en su artículo 7.º que las entidades tendrán la competencia para declarar la ocurrencia de los siniestros amparados por las pólizas de los contratos, mediante la expedición de acto administrativo, lo que tiene implicaciones jurídicas muy significativas que no fueron puestas de presente en las discusiones parlamentarias. La Ley 80 sólo menciona el siniestro en el artículo 18, referido a la caducidad y sus efectos, para prescribir que "La declaratoria de caducidad será constitutiva del siniestro de incumplimiento". El mismo artículo establece previamente que la entidad contratante profiere el acto de caducidad por el que se termina el contrato, por lo que se ordena su liquidación en el estado en que se encuentre. En estas condiciones, la caducidad, como acto administrativo, crea la situación jurídica particular y concreta del incumplimiento por parte del contratista, incumplimiento que ha de ser grave y atentatorio de la ejecución del contrato, al punto de hacer evidente la posibilidad de su paralización. Esta situación jurídica del contratista materializa el siniestro de incumplimiento, que hace efectiva la cláusula penal y la respectiva póliza. A través de la caducidad, la administración declara unilateralmente el incumplimiento del contrato, lo que a su vez constituye el siniestro, sin que las dos cosas coincidan en un solo acto jurídico.

En armonía con esta concepción, el numeral 4 del artículo 68 del CCA establece que las garantías que otorguen los contratistas a favor de entidades públicas necesitan estar acompañadas de la resolución ejecutoriada que declara la caducidad o la liquidación del contrato para integrar con ellas un título ejecutivo.

Por consiguiente, en virtud de este numeral, los títulos ejecutivos derivados de un contrato están limitados a los derivados de los actos contractuales de caducidad y liquidación del contrato. Frente a la terminación unilateral del contrato, también prevista en el artículo, no habría aplicación bajo la Ley 80, en su versión de 1993, en la medida en que, por una parte, ella no contempló sanciones económicas para el contratista por la terminación unilateral (art. 17), y por otra, no reprodujo la declaración de incumplimiento prevista en el Decreto 222 para hacer efectiva la cláusula penal (art. 72)⁵⁶.

Así, el numeral 5 del artículo 68 del CCA no parece referirse a garantías contractuales, sino a todas las demás provenientes de otros tipos de relaciones jurídicas con la administración. En efecto, el numeral prescribe que también prestan mérito

56 "Artículo 68. Definición de las obligaciones a favor del Estado que prestan mérito ejecutivo. Prestarán mérito ejecutivo por jurisdicción coactiva, siempre que en ellos conste una obligación clara, expresa y actualmente exigible los siguientes documentos:
[...]

4. Los contratos, las pólizas de seguro y las demás garantías que otorguen los contratistas a favor de entidades públicas, que integrarán título ejecutivo con el acto administrativo de liquidación final del contrato, o con la resolución ejecutoriada que decreta la caducidad, o la terminación según el caso."

ejecutivo "las demás garantías que a favor de las entidades públicas se presten por cualquier concepto, las cuales se integrarán con el acto administrativo ejecutoriado que declare la obligación". En estos casos, las normas especiales establecen la competencia específica de la entidad pública para declarar el incumplimiento de una determinada obligación cuyo cumplimiento está amparado por una garantía.

Sin embargo, el Consejo de Estado no lo entendió así, y ha considerado que, en virtud de este numeral, las entidades estatales están habilitadas para declarar siniestros derivados del contrato estatal, distintos de los previstos en el numeral 4 mencionado⁵⁷. En otras ocasiones, la corporación ha fundado la prerrogativa en el poder genérico de autotutela declarativa previsto en el artículo 64 del CCA⁵⁸. Frente a los dos fundamentos cabe la crítica consistente en resaltar que ninguno de los artículos citados por el Consejo de Estado establece el poder de declarar una obligación en cabeza del contratista o de la aseguradora, sino la necesidad de contar con un acto administrativo que tenga estos efectos. Consagrar prerrogativas genéricas sin sustento legal expreso constituye una deformación del principio de legalidad y un peligro de arbitrariedad, como lo señalaba la aclaración de voto a la sentencia de 2001 citada⁵⁹.

57 Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 10 de junio de 1997, exp. 9286: "Aquí surge el primer interrogante. ¿Podía la entidad contratante declarar en forma unilateral la ocurrencia del siniestro? Para la Sala la respuesta es afirmativa, por cuanto la administración tenía la facultad para hacerlo unilateralmente luego de la terminación y liquidación del contrato. Facultad que se derivaba no sólo de la póliza que garantizó la estabilidad de la obra (cláusula 4ª ord 1º) y de lo dispuesto en las resoluciones de la Contraloría General de la Nación que señalaban las bases que debían cumplir en aquel entonces las pólizas de seguro de los contratos estatales (Resoluciones n.ºs 10500/84 10610/84 y 10756/84), sino, primordialmente, de lo que prevé el num. 5 del art. 68 del C. C. A. cuando dispone que prestarán mérito ejecutivo «las demás garantías que a favor de las entidades públicas se presten por cualquier concepto las cuales se integrarán con el acto administrativo ejecutoriado que declare la obligación»".

ÍD. Sentencia del 18 de marzo de 2004, exp. 15936: "[...] ha precisado la sala, que el acto que expide la administración pública con el fin de hacer efectiva alguna de las garantías que prestó el contratista para amparar el cumplimiento de sus obligaciones contractuales, no es en estricto sentido el ejercicio de una potestad exorbitante en la actividad contractual, como quiera que el acto es la forma de acreditar el siniestro y de integrar con la póliza el título ejecutivo, en los términos del art. 68 del C. C. A."

58 ÍD. Sentencias del 24 de mayo de 2001, exp. 13598, del 11 de septiembre de 2003, exp. 14290, auto del 10 de junio de 2004, exp. 22117.

59 Aclaración de voto del consejero ALIER HERNÁNDEZ ENRÍQUEZ: "[...] La ilegalidad, por falta de competencia, de la resolución de liquidación unilateral del contrato no se puede purgar a través del "principio de decisión previa" a que se alude en las páginas 32 y siguientes de la sentencia, porque tal privilegio le permite al Estado tomar decisiones sin necesidad de contar con el consentimiento de los afectados, siempre y cuando tenga competencia legal para adoptarlas.

Este es un presupuesto del privilegio de lo previo, y no al revés, como se trata de mostrar en

Pese a estas observaciones, la reforma de la Ley 1150 ratificó la concepción del Consejo de Estado y le dio un piso legal a la prerrogativa de la administración, puesto que consagró el poder de *declarar el siniestro mediante acto administrativo* (art. 7.º), lo que trae como consecuencia que el respectivo acto concentra consecuencias tanto para el contratista (caducidad, multa, declaratoria de incumplimiento, efectividad de garantía de estabilidad de obra, calidad del servicio etc.) como para la aseguradora (acaecimiento del siniestro).

D. PRÓRROGAS DE CONCESIONES

Las prórrogas y adiciones a los contratos públicos constituyen un elemento particularmente sensible de la actividad contractual. La adición de un contrato pone en tela de juicio la planificación y estructuración del contrato realizada con antelación a él. La Ley 80 insiste en la obligación de realizar estudios, diseños y proyectos previos (num. 12 art. 25) e incluso el análisis sobre la conveniencia o inconveniencia del objeto por contratar (num. 7 art. 25). Por otra parte, las modificaciones al contrato originalmente suscrito y, sobre todo, al proyecto que fue objeto del concurso público para su adjudicación, ponen también en tela de juicio el proceso de selección del contratista, en la medida en que éste se realizó para un específico contrato, en el que se pactaron determinadas condiciones de ejecución, de tal suerte que el cambio de éstas genera dudas sobre la selección misma, por cuanto otros proponentes distintos del adjudicatario habrían eventualmente podido hacer una mejor propuesta. Los cambios van entonces en contra del principio de igualdad de los proponentes.

El legislador de 1993, consciente, no obstante, de la distancia entre la realidad y las aspiraciones de planificación, previó la posibilidad de adicionar los contratos hasta por un 50% de su valor inicial, lo que implica aceptar un desfase muy importante entre lo ideal y lo real. La expresión genérica de la ley, adición de contrato, incluye en principio todas las variantes de modificación del contrato, que en el pasado dieron lugar a incertidumbres por la falta de fiabilidad de las definiciones jurisprudenciales sobre las nociones de contrato adicional, adición a contrato u otrosí.

La reforma da un tratamiento particular a las concesiones de obra. El tema fue introducido en las discusiones parlamentarias y los textos aprobados se referían a la adición en inversiones acumuladas (Senado)⁶⁰, y al valor inicial del contrato (Cámara) estableciendo que no podrían superar el 60% de uno y otro. Se conservaba entonces el criterio de la Ley 80, aumentando el valor de la adición admitida. No obstante, el informe de conciliación incluyó una modificación substancial,

la sentencia, de donde se deduciría que el privilegio de lo previo constituye el fundamento de la competencia".

60 *Gaceta del Congreso*, n.º 282 de 2006.

sin explicación alguna, al establecer que el porcentaje de las adiciones no estaría referido al valor del contrato, sino a su duración. Las concesiones de obra pública pueden prorrogarse o adicionarse hasta por el 60% del plazo estimado.

El cambio, sin embargo, ameritaba discusiones. El plazo en las concesiones resulta un elemento esencial del contrato. En la medida en que la remuneración principal del contratista proviene de la explotación económica del bien dado en concesión, el tiempo que el concesionario tiene esta explotación depende de la magnitud de las obras, cuyo valor deberá amortizarse con los ingresos de la concesión, así como de los ingresos proyectados por el contratista y de los riesgos de la explotación que éste asume. El montaje financiero que surge de las diferentes variables hace que la modificación del plazo incida directamente sobre los distintos factores que caracterizan la concesión, de tal suerte que una modificación del 60% del plazo inicial permite la realización de un contrato muy distante, en su contenido, del inicialmente suscrito. El artículo 28 de la reforma restringe las obras por realizar a aquellas adicionales directamente relacionadas con el objeto del contrato y que se refieran al mismo corredor vial, pero en ambos casos los vínculos de las obras nuevas con la original son bastante flexibles.

El artículo 28 establece una restricción para las ampliaciones que tienen por objeto la recuperación de la inversión, por cuanto en este caso debe haber un soporte técnico y económico que lo justifique. Por el contrario, la sustentación de las obras adicionales brilla por su ausencia, lo que abre la puerta a ampliaciones discrecionales y a que las concesiones tengan sistemáticamente un plazo 60% superior al inicial. Frente a esta perspectiva, el reglamento y los pliegos deberían exigir de los proponentes calificaciones técnicas y financieras superiores en un 60% a la calificación básica prevista en ellos.

En el caso de las concesiones nacionales, será necesario obtener concepto del Conpes, lo que constituye un examen de justificación de la ampliación, caso que no se dará en las concesiones de las entidades territoriales y locales.

Por lo demás, la prórroga calculada en tiempo de la concesión permite pensar que la remuneración de las obras adicionales no se realizará nunca mediante pagos de obras, ya que las extensiones no se refieren a valores del contrato, sino a plazos de la concesión.

En relación con las prórrogas de las concesiones de telecomunicaciones y televisión, a las anteriores observaciones cabe agregar que el artículo 27 de la Ley 1150 condena las prórrogas automáticas, pero, al mismo tiempo, legitima las prórrogas indefinidas de diez años, sin exigir justificación alguna, lo que limita la concurrencia en el sector, que podrá ver perpetuados a los mismos concesionarios.

* * *

El panorama de la reforma así expuesto no permite ser optimistas frente a sus alcances. Luego de tantos años de intentos por reformar la Ley 80, de varios pro-

yectos de ley naufragados durante su trámite, el resultado materializado en la Ley 1150 no constituye un avance significativo para la gestión contractual. Muchos de los problemas tratados por el legislador son simples confirmaciones legales de aspectos desarrollados en reglamentos o por la jurisprudencia. Y en los casos en los que los reglamentos fueron suspendidos o anulados por el Consejo de Estado, por corresponder a la regulación legal, la reforma no siempre es afortunada en su tratamiento.

Además, la ley refleja un importante desgreño en la actividad legislativa, al conservar errores en la redacción y en la formulación de instituciones, a veces por falta de discusión, pero en otras ocasiones por descuidos y negligencias en el trámite legislativo o incluso por desconocer, sin justificación alguna, observaciones hechas antes de la reforma o durante ella, aun en los mismos debates, como ocurre con la inconstitucionalidad de las audiencias públicas impuestas (art. 9) luego de que el Consejo de Estado suspendió provisionalmente el artículo 3.º del Decreto 2170 de 2002 que permitía las audiencias de oficio⁶¹, o los privilegios otorgados a empresas locales y departamentales y las Mipymes, contenidos en el artículo 12 sobre la promoción del desarrollo, cuando la Corte Constitucional ha tutelado el derecho a la igualdad por ventajas otorgadas por pliegos a empresas locales⁶², igualdad reforzada por la dinámica de los tratados de libre comercio suscritos y por suscribir.

Es significativo, también, el giro que ha tomado la actividad reglamentaria en materia contractual. A pesar de que el Constituyente atribuyó concretamente al Congreso la competencia para expedir el estatuto general de contratación (art. 150, inc. final) el desarrollo de muchas instituciones a través del reglamento obliga a repensar el alcance de la potestad reglamentaria y a revisar la jurisprudencia de la Corte Constitucional que abrió esta vía al encontrar constitucional la reglamentación de la contratación directa, prevista por el artículo 24 de la Ley 80⁶³, sin analizar en profundidad la amplitud de la reglamentación así confiada al Presidente.

En todo caso, independientemente de estas observaciones, resulta palmario que la amplitud de la reglamentación prevista por la ley, así como la facultad otorgada al Presidente para la compilación de las normas de la Ley 80 y la reforma, hacen que conocido el texto de la ley no se pueda determinar su alcance específico sino cuando los múltiples reglamentos sean expedidos. Igualmente, la febril actividad reglamentaria pondrá en tela de juicio no sólo el propósito de simplificación del

61 Informe de ponencia para primer debate al proyecto acumulado 035, 083 Senado y 086 de 2004 Cámara, Consejo de Estado, auto del 13 de mayo de 2004, *JORGE MANUEL ORTIZ GUEVARA*, exp. 24524.

62 Corte Constitucional. Sentencia T-147 de 1996. Las dudas sobre la inconstitucionalidad de estas preferencias también fueron expresadas en el "Informe de ponencia para primer debate al proyecto acumulado 035, 083, Senado, y 086 de 2004, Cámara".

63 Corte Constitucional. Sentencia C-508 de 2002.

régimen contractual, sino también el espíritu inicial de la Ley 80, como ley de principios.

No obstante, la reforma plantea interesantes modificaciones para la modernización de la contratación pública a través de los sistemas de publicidad y el Sistema Electrónico de Contratación Pública, aunque la experiencia del SICE obliga a un cuidadoso desarrollo de estos sistemas, a riesgo de encontrar efectos perversos de la introducción de la tecnología en el sector.