ANÁLISIS DE 25 AÑOS DE APLICACIÓN DE LA LEY 80 DE 1993

FELIPE DE VIVERO ARCINIEGAS
(Compilador)

ANÁLISIS DE 25 AÑOS DE APLICACIÓN DE LA LEY 80 DE 1993

XVI Jornadas de Contratación Estatal

- V Congreso de Compra Pública

Universidad de los Andes | Facultad de Derecho

Bogotá - Colombia
2020

Nombres: De Vivero Arciniegas, Felipe, compilador, autor. | Mier Barros, Patricia, autora. | Ariza Moreno, Weiner, autor. | Quintero Navas, Gustavo Arnulfo, autor. | Palacio Jaramillo, María Teresa, autora. | Zambrano Barrera, Carlos Alberto, autor. | Caicedo Ferrer, Juan Martín, autor. | Cediel de Peña, Martha, autora. | Naranjo Luján, Julieta, autora. | Namén Vargas, Álvaro, autor. | Sánchez Luque, Guillermo, autor. | Jornadas de Contratación Estatal (16 : 2018 : Cartagena de Indias) | Congreso de Compra Pública (5 : 2018 : Cartagena de Indias)

Título: Análisis de 25 años de aplicación de la ley 80 de 1993. XVI Jornadas de Contratación Estatal - V Congreso de Compra Pública / Felipe de Vivero Arciniegas (Compilador).

Descripción: Bogotá : Universidad de los Andes, Facultad de Derecho, Ediciones Uniandes, 2020. | xiv, 355 páginas ; 16 × 23 cm.

Identificadores: ISBN 978-958-798-022-6 (rústica) | ISBN 9789587980233 (electrónico)

Materias: Ley 80 de 1993 – Congresos, conferencias, etc.| Contratos públicos – Colombia – Congresos, conferencias, etc.

Clasificación: CDD 346.023–dc23 SBUA

Primera edición: septiembre de 2020

© Felipe De Vivero Arciniegas
© Patricia Mier Barros, Weiner Ariza Moreno, Gustavo Arnulfo Quintero Navas, María Teresa Palacio Jaramillo, Carlos Alberto Zambrano Barrera, Juan Martín Caicedo Ferrer, Martha Cediel de Peña, Julieta Naranjo Luján, Álvaro Namén Vargas, Guillermo Spanchez Luque
© Universidad de los Andes, Facultad de Derecho

Ediciones Uniandes
Calle 19 n.° 3-10, oficina 1401
Bogotá, D. C., Colombia
Teléfono: 3394949, ext. 2133
http://ediciones.uniandes.edu.co
infeduni@uniandes.edu.co

ISBN: 978-958-798-022-6
ISBN *e-book*: 978-958-798-023-3
DOI http://dx.doi.org/10.15425/2017.337

Cuidado de los textos: área de publicaciones Facultad de Derecho
Diagramación interior y cubierta: Angélica Ramos

Impreso en Colombia – Printed in Colombia

Universidad de los Andes | Vigilada Mineducación.
Reconocimiento como universidad: Decreto 1297 del 30 de mayo de 1964.
Reconocimiento de personería jurídica: Resolución 28 del 23 de febrero de 1949, Minjusticia.
Acreditación institucional de alta calidad, 10 años: Resolución 582 del 9 de enero del 2015, Mineducación.

Todos los derechos reservados. Esta publicación no puede ser reproducida ni en su todo ni en sus partes, ni registrada en o transmitida por un sistema de recuperación de información, en ninguna forma ni por ningún medio, sea mecánico, fotoquímico, electrónico, magnético, electro-óptico, por fotocopia o cualquier otro, sin el permiso previo por escrito de la editorial.

ÍNDICE GENERAL

PÁG.

Presentación..... XIII

CAPÍTULO I

ALCANCES Y LÍMITES DE LA RENEGOCIACIÓN DE LOS CONTRATOS ESTATALES

PATRICIA MIER BARROS

1. El contrato estatal y las posibilidades de su modificación 1
2. La normativa vigente en materia de adición de los contratos de concesión 4
3. Las posibilidades legales de adición de los contratos de concesión de obra pública en infraestructura de transporte..... 6
   A) La Ley 105 de 1993..... 6
   B) La Ley 1150 de 2007..... 11
   C) Ley 1450 de 2011, "por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo, 2010-2014" 12
4. La situación actual: la evolución normativa y jurisprudencial de la viabilidad de adicionar los contratos de concesión y los límites de ella 14

Conclusiones 20

CAPÍTULO II

LA RENEGOCIACIÓN DE LAS CONCESIONES

WEINER ARIZA MORENO

1. Las renegociaciones en América Latina y Colombia 23
2. Renegociaciones oportunistas 25
3. La renegociación y sus supuestos..... 27
4. Eventos originadores de las renegociaciones y el principio interpretativo de la mutabilidad del contrato..... 30

PÁG.

5. Renegociación y modificación unilateral de los contratos 32
6. La renegociación por ruptura del equilibrio financiero del contrato 33
7. La renegociación por voluntad de la administración 34
8. La Ley 1508 de 2012 y la renegociación de las concesiones por adición o prórroga 35
9. La renegociación a instancia de terceros 37
10. La renegociación como consecuencia de la transacción..... 38
11. Las renegociaciones y sus límites..... 41
12. Renegociación y entropía 44

Capítulo iii

LA LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN Y LA RESPONSABILIDAD FISCAL: BALANCE AGRIDULCE

Gustavo Arnulfo Quintero Navas

Introducción..... 47
1. Responsabilidad fiscal y su naturaleza 48
2. La inhabilidad derivada de la declaratoria de responsabilidad fiscal y sus dos consecuencias negativas 52
A) Limitación al ejercicio del derecho fundamental al sufragio pasivo 52
B) Limitación para contratar con el Estado..... 54
C) El impacto de la solidaridad en la responsabilidad fiscal..... 54
D) Insuficiencia de garantías judiciales frente a las condenas de responsabilidad fiscal..... 55
3. La realidad de la efectividad de las condenas de responsabilidad fiscal..... 57
4. La necesidad de cambiar el enfoque..... 58
Conclusiones 59

PÁG.

CAPÍTULO IV

NECESIDAD DE REPENSAR LAS HERRAMIENTAS JURÍDICAS EN LA LUCHA ANTICORRUPCIÓN

MARÍA TERESA PALACIO JARAMILLO 61

CAPÍTULO V

REQUISITOS HABILITANTES Y FACTORES DE ESCOGENCIA

CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA 85

CAPÍTULO VI

LA IMPORTANCIA DE LOS PLIEGOS TIPO PARA EL SECTOR DE LA INFRAESTRUCTURA

JUAN MARTÍN CAICEDO FERRER

1. La problemática. Estado del arte 95
2. Beneficios del pliego tipo 97
3. Reglamentación: retos y expectativas 98
4. Demanda ante la Corte Constitucional 100

CAPÍTULO VII

LA AMIGABLE COMPOSICIÓN EN EL CONTEXTO DE LOS MÉTODOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS EN EL DERECHO COLOMBIANO

MARTHA CEDIEL DE PEÑA

1. La amigable composición 111
2. La transacción 135
3. Aspectos presupuestales 145

PÁG.

Capítulo viii

UNA EXPERIENCIA DE SERVIDOR PÚBLICO:
LOS ORGANISMOS DE CONTROL Y LOS MEDIOS

Julieta Naranjo Luján 149

Capítulo ix

LOS CONTRATOS ESTATALES Y LA CORRUPCIÓN:
INSTRUMENTOS JURÍDICOS PARA PREVENIRLA,
MITIGARLA Y CORREGIRLA

Álvaro Namén Vargas

Introducción..... 155
1. Delimitación del tema..... 157
2. Instrumentos internacionales adoptados por Colombia
para luchar contra la corrupción..... 162
3. Mecanismos para prevenir la corrupción y controlar
o mitigar sus efectos 165
A) Aplicación de los principios constitucionales
y las reglas legales a la contratación estatal 165
B) Estimación, asignación y cobertura
del "riesgo de corrupción" 167
C) La cooperación y la asistencia internacional..... 168
D) Interpretación adecuada y aplicación del régimen
de inhabilidades, incompatibilidades, conflictos de
intereses e impedimentos 169
E) Otros mecanismos legales..... 171
4. Remedios para corregir y sancionar los actos de corrupción
en la contratación pública..... 174
A) Corrupción en la celebración del contrato estatal
(o sus modificaciones)..... 174
B) La nulidad del contrato celebrado por corrupción 186
C) La corrupción en la ejecución del contrato 214
D) La corrupción en la liquidación del contrato..... 216
Conclusión final 218

PÁG.

Capítulo x

OPORTUNIDAD PARA DEMANDAR LA CONTROVERSIA CONTRACTUAL

Felipe de Vivero Arciniegas

1. Panorama antes de la Ley 80 de 1993 233
2. La Ley 80 de 1993: el término de prescripción 235
3. La jurisprudencia generada con ocasión de la Ley 80 de 1993 237
4. Vigencia de la Ley 446 de 1998 y su jurisprudencia 240
5. La Ley 1150 de 2007 y su determinación de los dos meses para liquidar 245
6. El panorama actual: la expedición de la Ley 1437 de 2011 247

Capítulo xi

CONSTITUCIONALIZACIÓN DE LA CONTRATACIÓN ESTATAL: ¿REMEDIO O ENFERMEDAD?

Guillermo Sánchez Luque

Introducción 261
1. La constitucionalización aparente: ¿muchas normas y ningún mandato? 272
   A) De la pretensión constitucional de un estatuto universal de contratación estatal al fomento de regímenes especiales 272
   B) Proliferación de disposiciones constitucionales triviales y desarticuladas 287
2. La constitucionalización real: la tiranía de los "principios" contra el imperio de la ley 301
   A) "Principios" constitucionales y administración: ¿una regulación de la contratación estatal cada día más lejos de la ley? 301
   B) "Principios" constitucionales y jueces: la judicialización de la contratación estatal 321
Conclusiones 332

Presentación

Con ocasión de las XVI Jornadas de Contratación Estatal-V Congreso de Compra Pública, consideramos, en razón de que en dicha fecha se cumplía el vigésimo quinto aniversario de la sanción de la Ley 80 de 1993, que podría ser una buena ocasión para dar una mirada retrospectiva a la aplicación de esta norma desde el momento en que empezó a regir hasta la fecha.

Es necesario recordar que esta ley fue sancionada el 30 de octubre de 1993 y solo una parte de ella inicia su vigencia en ese momento: aquella que regulaba aspectos del proceso de selección para la telefonía móvil celular, cuyo proceso iniciaba su desarrollo en sus etapas tempranas. El resto de la ley, esto es, aquello que no tenía que ver con telecomunicaciones, entró a regir el 1.° de enero de 1994.

Desde sus inicios, la Ley 80 se presentó como un instrumento de principios donde el marco general normativo estaría regido por la libre autonomía de la voluntad del derecho privado. Esta ley no surgió por generación espontánea o por el simple deseo de modernizar las instituciones. Fue una de aquellas leyes que surgieron por la imperiosa necesidad de hacerlas acordes al cambio constitucional que se dio en el país en 1991. A título de ejemplo, encontramos todas las leyes sectoriales de servicios (salud, educación, servicios públicos domiciliarios, ley eléctrica, entre otras). La necesidad de expedir un nuevo estatuto surge como consecuencia de la modificación introducida por el artículo 365 constitucional al eliminar el monopolio en la prestación de los servicios públicos en cabeza del Estado y consagrar la libre competencia en su prestación pero manteniendo la obligación en cabeza del Estado de que se presten de manera eficiente.

Fue así como se presentó un proyecto de ley que contenía fundamentalmente principios y que en todo caso pretendía ser el Estatuto Único de Contratación de la Administración Pública. El tránsito por el Congreso y el tiempo fueron desdibujando estos dos objetivos. En primer lugar, se introdujeron reglas que fueron adicionando los principios iniciales; y, en segundo lugar, en poco tiempo, se fueron expidiendo las

diferentes regulaciones sectoriales que contenían sus propias reglas de contratación, de manera tal que muchos podrían decir que pasó de ser el Estatuto Único de Contratación de la Administración Pública para ser el Estatuto Excepcional de Contratación de la Administración Pública.

Luego de varios años de repetir lo anterior, esto es, que era realmente un estatuto excepcional, hoy no sé si lo que me ha pasado es que lo he entendido indebidamente. Ahora pienso que es probable que siempre haya sido el Estatuto Único de las actividades monopólicas del Estado. Para todo aquello en libre competencia existen regulaciones sectoriales, y por ello éste aplica pero para reenviar a la norma sectorial pertinente, convirtiéndose la Ley 1150 de 2007 en el puente que une la Ley 80 y la ley sectorial particular. Lo anterior se podría ver a través de la revisión de su contenido. Su encabezamiento lo sugiere: "por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y transparencia en la Ley 80 de 1993 y se dictan otras disposiciones generales aplicables a la contratación con recursos públicos".

En todo caso, hechos los comentarios anteriores, regreso a que en el año 2018, con ocasión del encuentro anual para pensar en temas de contratación, decidimos hacer un balance de lo que ha sido la aplicación de la Ley 80 de 1993 durante estos 25 años.

Esta publicación contiene análisis profundos de estudiosos de la contratación estatal con reconocimiento no solo nacional sino internacional. Por ello, su pretensión fundamental es aportar las herramientas que requiere el operador de la contratación estatal para entender que el contrato es el medio para obtener los bienes y servicios que necesita el ciudadano y no un fin en sí mismo. Si esto se cumple, muy seguramente lograremos el desarrollo y la disminución de la desigualdad social.

Reitero en esta presentación lo que hemos venido manifestando en las jornadas anuales de contratación: *Educar es proteger lo público*.

Felipe de Vivero Arciniegas

Capítulo i

Alcances y límites de la renegociación de los contratos estatales*

Patricia Mier Barros**

1. El contrato estatal y las posibilidades de su modificación

Sea lo primero contraponer a la inmutabilidad del contrato privado la esencia mutable del contrato estatal cuandoquiera que las necesidades del servicio o el interés público involucrado en su objeto así lo requieran. En aquél, el contrato, una vez celebrado, es ley para las partes y a su cumplimiento en los términos pactados habrán de avenirse los co-contratantes, de modo tal que de la observancia estricta de sus estipulaciones solo podrán sustraerse en los precisos supuestos previstos en la ley: por mutuo acuerdo de las partes contractuales o por expresas disposiciones legales que impongan su finalización[1].

El contrato público, por el contrario, obedece en su causa y resultados a un solo propósito, que escapa de la esfera de disposición de las partes: *el interés público*. Por ello la contratación estatal está signada por la naturaleza mutante que impone la adecuación de su objeto y finalidades a las necesidades del servicio público y del bienestar general.

Por esta razón, la misma ley, como fundamento esencial del contrato público, establece la posibilidad de su modificación, sea por las partes en la búsqueda de la realización de la finalidad de su objeto, sea unilateralmente por el Estado, cuando el contratista no se aviniere a su modificación.

* Doi: http://dx.doi.org/10.15425/2017.338.

**Abogada y especialista en Derecho Administrativo. Profesora de cátedra, Facultad de Derecho, Universidad de los Andes (Bogotá); consultora privada.

[1] Artículo 1602, C. C.: "Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales".

Esta potestad de las partes del contrato estatal o de la entidad contratante, cuando actúa de manera unilateral, encuentra límites, que también responden al interés público, referidos, por una parte, al valor mismo de la modificación –cuando ella consista en la adición del valor pactado– que no podrá exceder del 50% "del valor del respectivo contrato", o a la inclusión de actividades o labores extrañas a su objeto que naturalmente no se requieran para su realización.

Así, la modificación del contrato debe propender a la inclusión por las partes de nuevos derechos u obligaciones que, no previstos inicialmente, resulten necesarios para el cabal cumplimiento de su objeto, y en ello, salvo los límites legales, las partes cuentan con la libertad derivada del principio de la autonomía de la voluntad que gobierna el contrato conmutativo, cualidad jurídica propia de los contratos estatales[2].

Sobre este particular, precisó el Consejo de Estado[3]:

> […] para el sentenciador resulta incuestionable que la mayor cantidad de obras y las obras adicionales a que se ha hecho referencia, indispensables en el desarrollo del contrato, fueron ordenadas por la administración en ejercicio del *ius variandi* que ella tiene como poder, y al cual no pudo el contratista, resistir. Si en el caso en comento[,] y como lo dice el vicepresidente de telecomunicaciones rurales de la empresa, *las obras adicionales fueron indispensables para la construcción de los edificios de esas localidades*, [¿]qué sentido tenía ordenar las cosas mal para que quedaran definitivamente mal? Estas situaciones son las que llevan al profesor Eduardo García de Enterría a señalar:
>
> "Límites en este sentido no existen ni pueden existir, porque las exigencias del interés público, el servicio a la comunidad, no pueden quedar comprometidos por el error inicial de la administración contratante o por un cambio en las circunstancias originariamente tenidas en cuenta en el momento de contratar. El interés general debe prevalecer en todo caso y en cualesquiera circunstancias, porque, de otro modo, sería la propia comunidad la que habría de padecer las consecuencias. Obligar a la comunidad a soportar una carretera, un puerto o un embalse mal planteado ab initio, inútiles o ineficaces desde su misma concepción, por un simple respeto al *contratus lex* no tendría sentido, al servicio del interés público y de sus concretas e insoslayables exigencias, el *ius variandi* de la

[2] Artículo 32, Ley 80 de 1993.

[3] Sección Tercera, sentencia del 6 de septiembre de 1995, expediente n.° 7625.

> administración contratante es ilimitado en extensión o intensidad ya que el interés público prima sobre cualquier otra consideración" (*Curso de Derecho Administrativo*, tomo I, cuarta edición, Civitas, p. 675) [énfasis original].

De lo anterior resulta claro que es un *deber* de las partes del contrato estatal adoptar las modificaciones necesarias para responder por la buena ejecución de los trabajos y el logro del fin perseguido con la contratación; es un imperativo de su gestión, del cual no podrán sustraerse sin desconocer las finalidades del contrato público. Desde luego que si las modificaciones requeridas implican adiciones en el alcance del objeto contractual o exigen la creación de nuevos ítems de contrato o variación en los precios pactados, tales modificaciones deberán recogerse en un contrato adicional; si ellas solo exigen modificaciones de diseño o de cantidades de obra simplemente –para circunscribirnos al contrato de obra, o al de concesión de obra pública en el que se contengan pactos de este tipo–, no será necesario suscribir un contrato adicional y bastará, entonces, el acuerdo entre las partes.

Al responder la consulta elevada por el ministro del Interior con ocasión de la posibilidad de adicionar un contrato de obra rebasando las limitaciones legales en esta materia, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado conceptuó[4]:

> Para dar respuesta a la consulta, la Sala hace las siguientes consideraciones:
>
> 1. *Adición de un contrato, celebración de contratos adicionales. Concepto. Utilización.*
>
> De conformidad con la ley 80 de 1993, art. 40, parágrafo, inciso 2, es posible adicionar los contratos hasta en el 50% más del valor del contrato inicial. Dispone la norma:
>
> "Parágrafo. […]. Los contratos no podrán adicionarse en más del cincuenta por ciento (50%) de su valor inicial, expresado éste en salarios mínimos legales mensuales."

[4] Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. CP Susana Montes de Echeverri. Concepto del 18 de julio de 2002. Radicación n.° 1439. Actor: ministro del Interior. Referencia: Contratos estatales de obra. Adición del contrato y contratos adicionales: límites. Véase también: sentencias 3886 del 6 de agosto de 1987 y 7625 del 6 de septiembre de 1995, Sección Tercera, conceptos 677 del 24 de marzo de 1995; 1121 del 26 de agosto de 1998 y 1073 del 28 de enero de 1998, Sala de Consulta. Autorizada la publicación con oficio 2534 del 5 de agosto de 2002.

> Es clara la norma al prohibir la "adición" de un contrato en más del 50% de su valor histórico actualizado.
>
> Pero, ¿qué es adicionar un contrato estatal?
>
> Para una adecuada interpretación de la citada norma de la ley, es preciso entender cuál fue el verdadero sentido atribuido por ella y, por consiguiente, cuándo ha de entenderse que existe una verdadera "adición" al contrato, pues la administración pública en general, ha hecho, sistemáticamente, una inadecuada aplicación de la norma, desatendiendo la jurisprudencia que sobre el particular ha sentado el Consejo de Estado, en especial la Sección Tercera.
>
> De conformidad con la ley es posible celebrar contratos de obra con diferentes modalidades de pago, a saber: a precio global; por administración delegada; por reembolso de gastos más honorarios; por concesión y aún, es posible crear otras modalidades de pago, según el contrato que se quiera celebrar.
>
> En efecto, los artículos 13 y 40 de la ley 80, permiten utilizar todas las modalidades de contrato que requiera la administración y la inclusión de las cláusulas que se estimen necesarias para conseguir la satisfacción de los fines o cometidos estatales. […]
>
> *Es preciso, entonces, entender que solamente habrá verdadera "adición" a un contrato*[5] *cuando se agrega al alcance físico inicial del contrato algo nuevo, es decir, cuando existe una verdadera ampliación del objeto contractual*, y no cuando solamente se realiza un simple ajuste del valor estimado inicialmente del contrato, en razón a que el cálculo de cantidades de obra estimada en el momento de celebrar el contrato no fue adecuada; en otros términos, los mayores valores en el contrato no se presentan debido a mayores cantidades de obra por cambios introducidos al alcance físico de las metas determinadas en el objeto del contrato, sino que esas mayores cantidades de obra surgen de una deficiente estimación inicial de las cantidades de obra requeridas para la ejecución de todo el objeto descrito en el contrato. [...]

2. La normativa vigente en materia de adición de los contratos de concesión

Antes de la expedición de la Ley 1150 de 2007, la adición de los contratos de concesión constituía una problemática confusa y errática

[5] En igual sentido, esta sala emitió su concepto en consulta n.° 1121 de fecha 26 de agosto de 1998.

para los operadores jurídicos de la administración responsable, por cuanto el contenido obligacional de este contrato estatal no permitía la aplicación del artículo 40 de la Ley 80 de 1993, en punto a las limitaciones que en materia de adición de los contratos del Estado establecía de modo perentorio el legislador.

En efecto, los límites y restricciones consignados en la disposición en cita resultaban lógicos en su enunciado cuando el Estado contratante afectaba directamente su presupuesto en la obtención de bienes y servicios para el cumplimiento de sus cometidos, mediante el instrumento contractual. No así cuando –como en el supuesto corriente de las concesiones– la financiación de un proyecto realizado mediante este sistema de contratación de obras o servicios provenía del mismo contratista-concesionario y su retorno o repago, por regla general, tenía como fuente las tasas o erogaciones a cargo del usuario del bien o servicio objeto del convenio.

Hasta 1993, con la expedición de la Ley 105 de ese año, el legislador no solo aventuró una fórmula legal de regulación especial para el sistema de concesiones como alternativa para la construcción de infraestructura de transporte, sino que también previó, por primera vez, la posibilidad de adicionar los contratos sin sujeción a los límites generales impuestos por la ley contractual pública.

En el tema específico de concesión de obra para infraestructura de transporte, la Ley 105 de 1993, que en su condición de ley especial debe tener aplicación prevalente en la materia, no consagró una definición expresa del contrato de concesión de obra pública, razón por la cual deberá acudirse en esta materia a la definición legal contenida en la Ley 80 de 1993 (artículo 32), ley general de contratación estatal.

Por determinación legal, es claro, entonces, que la participación del sector privado en la construcción, rehabilitación y el mantenimiento de la infraestructura del transporte será solamente a título de colaborador del Estado en la gestión de su función, cuando sea invitado a celebrar un contrato con el ente respectivo, bien a través de un contrato convencional de obra pública o también bajo la modalidad de concesión, incluyendo las actuales asociaciones público-privadas incorporadas al ordenamiento por la denominada Ley de Infraestructura (leyes 1508 de 2012 y 1882 de 2018). Para este último caso o posibilidad, se limitó el legislador especial a establecer reglas particulares de la concesión de obra pública cuyo objeto fuera la construcción, rehabilitación y conservación de proyectos de infraestructura del transporte en general, incluida la vial.

La política estatal en materia de concesiones apunta a distintos objetivos involucrados en una misma finalidad de explotación económica: la construcción, rehabilitación y el mantenimiento de la infraestructura vial, por supuesto la prestación del servicio y, además, el logro del bien público, cuya construcción constituye el móvil estatal para celebrar el contrato.

3. Las posibilidades legales de adición de los contratos de concesión de obra pública en infraestructura de transporte

En tanto contrato estatal, se aplican de manera general al contrato de concesión de obra pública los conceptos y nociones ya esbozados, frente a la posibilidad jurídica de su adición.

Procede ahora definir si, según los cuestionamientos antes planteados, la opción jurídica de adicionar los contratos de concesión, en general, y particularmente los contratos de concesión para la construcción de infraestructura de transporte, se encuentra sujeta a los límites impuestos en esta materia para la contratación estatal en el artículo 40 de la Ley 80 de 1993.

A los efectos de dilucidar los interrogantes que surgen frente al tema en cuestión, debemos acudir a la normativa especial que regula la concesión de infraestructura de transporte, así:

A) *La Ley 105 de 1993*[6]

Tratándose de infraestructura vial de transporte, la Ley 105 de 1993 refiere de manera particular al contrato de concesión, en sus artículos 30 a 40. De esta normativa se destacan las siguientes particularidades introducidas al concepto tradicional de *concesión*, con especial énfasis en las disposiciones atinentes a la posibilidad de ampliar o adicionar el objeto inicial del proyecto.

El artículo 33 de la Ley 105 faculta al ente público contratante (concedente) para "establecer garantías de ingresos mínimos" al concesionario, utilizando recursos de su propio presupuesto. Y como contrapartida a esta atribución, prevé, en guarda del interés público que anima el contrato, "que cuando los ingresos sobrepasen un máximo, los ingresos adicionales podrán ser transferidos a la entidad contratante a medida

[6] Bajo la égida de sus disposiciones se celebraron los contratos de concesión de primera, segunda y tercera generaciones.

que se causen, ser llevados a reducir el plazo de la concesión, o utilizados para obras adicionales dentro del mismo sistema vial".

En punto a la posibilidad de adiciones al objeto de los contratos de concesión de infraestructura, particularmente en cuanto hace a la ampliación del contrato para la ejecución de obras adicionales cuya ejecución se ubica por fuera del alcance físico del proyecto inicialmente pactado en el contrato, resulta relevante el concepto emitido por la Sala de Consulta y Servicio Civil, en el que con ponencia del consejero César Hoyos Salazar[7] se establece la posibilidad de adición del contrato de

[7] Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. CP César Hoyos Salazar. Concepto del 12 de diciembre de 1997.

Texto de la consulta formulada por el ministro de Transporte:

"El señor ministro de Transporte, José Henrique Rizo Pombo, formula a la Sala la siguiente consulta:

'Siendo la Ley 105 de 1993 norma de carácter especial debe aplicarse de preferencia a la Ley 80 de 1993 que es de naturaleza general. Se pregunta si:

'1. Las adiciones al valor, en los contratos de concesión para la realización de obras de infraestructura vial que celebra el Estado, se encuentran o no sometidas a los límites de cuantía establecidos por el parágrafo del artículo 40 de la Ley 80 de 1993, en los siguientes eventos:

'- Cuando las obras adicionales se financian con los recursos excedentes del recaudo de peaje.

'- Cuando las obras adicionales que requiere el Estado sean ejecutadas con recursos del presupuesto nacional.

'- Cuando las obras se financian con recursos provenientes del impuesto de valorización.

'- Cuando las obras se financian por el propio concesionario y la entidad concedente le autoriza la cesión de nuevos peajes para recuperar la inversión, o la extensión del plazo de operación de la vía.

'Si las adiciones al valor en los contratos de concesión no se encuentran sometidas al límite previsto por la Ley 80 de 1993, [¿]podría el Instituto Nacional de Vías hacer adiciones al contrato principal por valor ilimitado dentro del mismo proyecto vial? o [¿]tendría que ceñirse a algún tope?

'2. Cuál es la interpretación que debe darse a la frase 'dentro del mismo sistema vial' prevista en el artículo 33 de la Ley 105 de 1993:

'- [¿]Necesariamente las obras adicionales que se contraten deben estar ubicadas dentro de los límites físicos del proyecto vial previsto en el contrato de concesión?

'- [¿]La interpretación correcta es que dichas obras pueden superar los límites físicos del proyecto, bien sea realizando una vía alterna o prolongando la vía en cualquiera de sus extremos?'".

obra en concesión más allá del alcance físico inicial del proyecto, siempre que tal ampliación se dé dentro del mismo sistema vial:

> a. La adición de los contratos de concesión para obras de infraestructura de transporte.
>
> […]
>
> 2.1. La adición de los contratos de concesión para la construcción, rehabilitación o conservación de proyectos de infraestructura vial, llamados también de concesión de obras de infraestructura de transporte, no tiene límite cuando se utilizan ingresos adicionales, esto es, ingresos que sobrepasen un monto máximo acordado en el contrato, para la realización de obras adicionales dentro del mismo sistema vial, de conformidad con el artículo 33 de la ley 105 de 1993.
>
> Si se utilizan recursos distintos a los mencionados ingresos, la adición de tales contratos tiene como límite el cincuenta por ciento (50%) del valor del contrato original, de acuerdo con el artículo 40 de la ley 80 de 1993.
>
> 2.2. *La expresión "dentro del mismo sistema vial" mencionada en el artículo 33 de la ley 105 de 1993 significa que las obras adicionales deben tener relación directa con éste, ya sea que constituyan una vía alterna a la proyectada, una prolongación o derivación de la misma en cualquiera de sus extremos, y por tanto no necesariamente deben estar ubicadas dentro de los límites físicos del proyecto vial de la concesión inicial*.

De la doctrina en cita debemos en principio concluir que ella, como en seguida veremos, ha resultado revaluada por disposiciones legales que han regulado la materia tras su expedición. Sin embargo, y sin referentes a limitaciones en montos por el origen de los recursos –como lo implica el Consejo de Estado al interpretar el contenido del artículo 33 de la Ley 105/93–, debemos afirmar que la posibilidad fáctica prevista por el legislador continúa vigente, como una alternativa de adición de los contratos de concesión, utilizando a tal fin, los recursos adicionales generados durante la operación del proyecto, mencionados en la norma.

Nótese que la mentada "limitante" no fue nunca establecida en la ley, y su inclusión en el manejo jurídico de los contratos derivó en su momento de la posición doctrinaria de la Sala de Consulta del alto tribunal, que hoy definitivamente resulta inaplicable por contrariar prescriptiva superior sobre la materia, como veremos.

En cualquier caso, y dada la descripción legislativa, esta posibilidad pareciera sobrevivir para los contratos denominados de "primera generación de concesiones viales", en los cuales se incluyó la cláusula de ingresos mínimos garantizados, en cuanto hace al origen de los recursos (excedentes) que hoy, a pesar de su vigencia, cayó en desuso por el cambio conceptual y la evolución generacional del sistema de concesiones.

Ahora bien: téngase en cuenta que en un proyecto en concesión, dentro de la expresión "obras adicionales", deben entenderse comprendidas todas aquellas que resulte conveniente agregar, sumar o "adicionar" al alcance físico del contrato, a los efectos de mejorar las características del proyecto, beneficiar su funcionalidad o potenciar las ventajas de su construcción y su utilización por los beneficiarios.

En tanto "obras adicionales", su ejecución debe necesariamente resultar en la adición de "algo" al contrato principal, vale decir, obras que no se previeron desde el inicio del proyecto y que debieron ser incluidas en el alcance original por pertenecer a la esencia del objeto de la contratación, bien por ser ellas necesarias para su adecuado cumplimiento, bien porque ellas se requieran para minimizar el impacto que el desarrollo de los trabajos tenga sobre la comunidad, bien porque esas obras mejoren la operatividad o funcionalidad del proyecto en concesión.

En últimas, en un contrato de obra pública en infraestructura de transporte vial, por el sistema de concesión, el alcance físico inicial no tipifica o constituye, en forma excluyente, el objeto de la contratación –como sí sucede en un contrato de obra pública por cualquier otro sistema–, sino que éste se define por el proyecto que integra el sistema vial contratado.

Y, siguiendo al Consejo de Estado en el concepto del 12 de diciembre de 1997, que viene de citarse, y en un todo conforme con la normatividad vigente, debe tenerse en cuenta que en la posibilidad jurídica de adicionar los contratos de concesión de infraestructura, "dentro del mismo sistema vial", se incluyen las obras que "guarden relación directa con el sistema vial objeto de la concesión, no necesariamente que estén comprendidas dentro de los límites físicos del proyecto inicial, sino que tengan conexión con la vía proyectada, bien sea que constituyan una vía alterna o una prolongación de aquella en cualquiera de sus extremos". Nada distinto hace la Sala a confirmar el concepto técnico de "conectividad", que implica la posibilidad de

adicionar los contratos de concesión con otras vías que si bien pudieran en principio desbordar los límites físicos iniciales del proyecto, tienen "conexión" con él, atendiendo a la necesidad de mejoramiento o la eficiencia del sistema.

En este orden de ideas, son adicionales todas aquellas obras o actividades que se anexen al proyecto objeto del contrato, bien porque le sean propias y no habían sido contratadas inicialmente, bien porque lo complementan o mejoran, bien porque lo acrecen en su alcance sin desnaturalizarlo.

De todo lo anterior se impone concluir que no podrá cuestionarse, en tratándose de un contrato de concesión de obra en infraestructura de transporte, la posibilidad legal vigente de adicionar obras o metas físicas al contrato, inicialmente no previstas en su objeto, pero pertenecientes al sistema vial a cargo de la concedente, inclusive cuando tal adición exceda el alcance o la meta física originariamente establecidos en su objeto, todo de conformidad con lo previsto en el artículo 33 de la Ley 105 de 1993, sin que a tal propósito aplique –y en ello debemos insistir– limitación alguna derivada del artículo 40 de la Ley 80 de 1993.

En efecto, si bien el contrato de concesión de obra pública en infraestructura vial, en tanto contrato estatal, de manera general encuentra su régimen jurídico, en principio, en el estatuto contractual de la administración pública (leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007), se tiene que, por la especialidad de su objeto, también integran dicho régimen, en particular, la Ley 105 de 1993 (artículos 30 a 40) y la reciente normativa que sin participar de la tipicidad propia de la materia contiene disposiciones que o bien modifican o bien eliminan vía derogatoria previsiones legislativas del estatuto contractual público, particularmente sobre el tema objeto de este escrito, como en seguida se explica. Por lo mismo, las posibilidades legales de la adición del contrato estatal de concesión de obra pública en infraestructura vial serán aquellas permitidas en la aludida normativa.

Las posibilidades de ampliación o adición de los contratos de concesión tienen el universo que define el sistema vial al que se integran las obras que constituyen el objeto del contrato. En consecuencia, es jurídicamente viable la modificación del contrato, siempre que esta encuentre ubicación en el sistema y redunde en beneficio probado para el proyecto.

B) *La Ley 1150 de 2007*

Como se dijo, hasta la expedición de la Ley 1150 de 2007 el legislador no se había ocupado por regular de modo especial las posibilidades de adición de los contratos de concesión de infraestructura vial[8].

El artículo 28 de la Ley 1150 de 2007 dirimió con fuerza vinculante las diversas interpretaciones que el silencio del legislador había suscitado sobre este particular aspecto, especialmente por cuanto, como atrás se dijo, el contrato de concesión carece de un referente económico cierto, vertido en un "precio" con cargo al presupuesto estatal que permitiera predicar cómodamente a sus eventuales adiciones la aplicación del artículo 40 de la Ley 80 de 1993, en punto a las limitantes allí establecidas. Dijo la norma en cita:

> […]
> Artículo 28. *De la prórroga o adición de concesiones de obra pública*. En los contratos de concesión de obra pública, podrá haber prórroga o adición hasta por el sesenta por ciento (60%) del plazo estimado, *independientemente del monto de la inversión*, siempre que se trate de obras adicionales directamente relacionadas con el objeto concesionado o de la recuperación de la inversión debidamente soportada en estudios técnicos y económicos. Respecto de concesiones viales deberá referirse al mismo corredor vial.
>
> Toda prórroga o adición a contratos de concesión de obra pública nacional requerirá concepto previo favorable del Consejo Nacional de Política Económica y Social –Conpes.
>
> No habrá prórrogas automáticas en los contratos de concesiones.

Del artículo 28 de la Ley 1150 de 2007 resultan relevantes los siguientes aspectos:

(a) Permite la adición de los contratos de concesión, entendiendo por tal la ampliación del plazo, esto es la operación del proyecto (o término de recuperación de la inversión del concesionario), "hasta por el sesenta por ciento (60%) del plazo estimado", sin que a tal efecto tengan incidencia alguna los valores invertidos por las partes en el proyecto. En efecto, es específica la ley al permitir la prórroga de los contratos con independencia del "monto de la inversión", sin precisar el titular de esta (público o privado).

[8] Se hicieron algunas formulaciones en la Ley 80 de 1993 referidas a las concesiones en telecomunicaciones.

(b) Establece la norma unas precisas y taxativas condiciones para que la autorización que confiere se haga efectiva, así: (1) debe tratarse de la adición de obras que estén "directamente relacionadas con el objeto concesionado o de la recuperación de la inversión debidamente soportada en estudios técnicos y económicos"; y (2) para el caso de las concesiones viales, su ejecución deberá referirse "al mismo corredor vial".

(c) Se estableció un requisito de perfeccionamiento, ajeno a las partes del contrato, consistente en el "concepto previo y favorable del Consejo Nacional de Política Económica y Social –Conpes".

C) *Ley 1450 de 2011, "por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo, 2010-2014"*

Por su parte, la Ley 1450 de 2011 –artículo 276– derogó expresamente el inciso segundo del artículo 28 de la Ley 1150 de 2007[9].

[9] "Artículo 276. Vigencias y derogatorias. La presente ley rige a partir de la fecha de su publicación y deroga todas las disposiciones que le sean contrarias.

"Con el fin de dar continuidad a los objetivos y metas de largo plazo planteados en los anteriores planes de Desarrollo, se mantienen vigentes las siguientes disposiciones de la Ley 812 de 2003 los artículos, 20, 59, 61, 64, 65, 81 y 121; de la Ley 1151 de 2007 los artículos 11, 13, 14, 15, 19, 21, 22, 24, 25, 27, 28, 31, 39, 49, 50 excepto su tercer inciso, 62, 64, 67, los incisos primero y tercero del 69, 70, 71, 76, 80, 82, 87, 88, 89, 90, 91, 97, 98, 106, 110, 112, 115, 118, 121, 126, 127, inciso primero del 131, 138, 155 y 156, de la Ley 1151 de 2007. Amplíase hasta el 6 de agosto de 2012, las funciones establecidas en el artículo 65 de la Ley 1350 de 2009.

"Deroga en especial el artículo 9.° del Decreto 1300 del 29 de julio de 1932; los artículos 3.º y 4.º del Decreto 627 de 1974; 19 de la Ley 55 de 1985; 9.º de la Ley 25 de 1990; elimínase la periodicidad de dos (2) años prevista en el artículo 2.° de la Ley 1ª de 1991 para la presentación y aprobación de los Planes de Expansión Portuaria y en el artículo 15 de la Ley 105 de 1993 para la presentación y aprobación de los Planes de Expansión Vial, 21 de la Ley 160 de 1994; el inciso segundo del artículo 151 de la Ley 223 de 1995; el numeral 5 del artículo 2.° de la Ley 549 de 1999; los artículos 2.°, 19, 20, 21, 22 y 23 de la Ley 590 de 2000; 10, 11 y el parágrafo del artículo 12 de la Ley 681 de 2001; parágrafo 3.° del artículo 19 de la Ley 769 de 2002 modificado por el artículo 5.° de la Ley 1383 de 2010; parágrafo 2.° del artículo 7.° de la Ley 872 de 2003; 26, *inciso 2.º del artículo 28 de la Ley 1150 de 2007*; 32 y 33 de la Ley 1176 de 2007; *artículo 69 de la Ley 1341 de 2009* exceptuando su inciso segundo; parágrafo 2.° del artículo 12 y el artículo 30 de la Ley 1382 de 2010 y el parágrafo del *artículo 63 de la Ley 1429 de 2010*.

"Deroga las Leyes 188 de 1995; 812 de 2003 y 1151 de 2007, a excepción de las disposiciones citadas en el segundo inciso del presente artículo.

De esta manera, el efecto inmediato de la entrada en vigencia de la norma es la eliminación del requisito de perfeccionamiento de las prórrogas o ampliaciones de los contratos de concesión, establecido en la Ley 1150/07, consistente en la necesaria obtención de "concepto previo y favorable del Consejo Nacional de Política Económica y Social –Conpes".

Con esta derogatoria, se entiende que sobre el Decreto 3460 de 2008, "por el cual se establecen los parámetros para el otorgamiento del concepto previo y favorable del Consejo Nacional de Política Económica y Social, Conpes, para la prórroga o adición a contratos de concesión de obra pública nacional", operó el fenómeno de pérdida de fuerza ejecutoria, toda vez que desapareció (a raíz de la derogatoria de la norma legal que reglamentaba) su fundamento de derecho, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 66 del Código Contencioso Administrativo[10], para entonces vigente.

De la misma manera, y por las mismas razones, debe entenderse derogado por la disposición bajo análisis el artículo 61 de la Ley 1150 de 2007, por la cual se "Decreta el presupuesto de rentas y recursos de

---

"Del artículo 3.°, literal a) numeral 5 de la Ley 1163 de 2007 la expresión 'y cruces de información no sujeta a reserva legal de las bases de datos de la entidad' y del numeral 8 suprímase la expresión 'Servicios de procesamiento, consulta de datos de identificación'.

"Suprímanse del artículo 424 del Estatuto Tributario los siguientes bienes, partida y subpartida arancelaria: 82.01 Layas, herramientas de mano agrícola y el inciso primero del parágrafo del artículo 1.° de la Ley 1281 de 2009.

"Del inciso primero del numeral 14 del artículo 879 del Estatuto Tributario, suprímase la expresión 'salvo lo correspondiente a las utilidades o rendimientos que hubiere generado la inversión, los cuales son la base gravable para la liquidación del impuesto, el cual será retenido por el comisionista o quien reconozca las utilidades o rendimientos'".

[10] Artículo 66. Pérdida de fuerza ejecutoria. Código derogado por el artículo 309 de la Ley 1437 de 2011. Rige a partir del dos (2) de julio del año 2012. El texto vigente hasta esta fecha es el siguiente:

"Salvo norma expresa en contrario, los actos administrativos serán obligatorios mientras no hayan sido anulados o suspendidos por la jurisdicción en lo contencioso administrativo, *pero perderán su fuerza ejecutoria en los siguientes casos*:

"1. Por suspensión provisional.

"2. *Cuando desaparezcan sus fundamentos de hecho o de derecho.*

"3. Cuando al cabo de cinco (5) años de estar en firme, la administración no ha realizado los actos que le correspondan para ejecutarlos.

"4. Cuando se cumpla la condición resolutoria a que se encuentre sometido el acto.

"5. Cuando pierdan su vigencia."

capital y ley de apropiaciones para la vigencia fiscal del 1.º de enero al 31 de diciembre de 2008", en cuanto disponía que "Las modificaciones a los contratos de concesión que impliquen mayores aportes estatales y/o mayores ingresos esperados y/o ampliación del plazo, pactado contractualmente, requerirán la evaluación fiscal previa por parte del Consejo Superior de Política Fiscal –Confis". Y ello es así, no solo por la vigencia de la ley y los límites temporales de su aplicación, sino por contrariar expresamente la Ley del Plan vigente en la actualidad.

4. La situación actual: la evolución normativa y jurisprudencial de la viabilidad de adicionar los contratos de concesión y los límites de ella

En la sentencia C-300 del 25 de abril de 2012, nada nuevo sobre los extremos normativos que imponen límites a los contratos de concesión definió la Corte Constitucional. Dijo sobre este particular el alto tribunal:

> […]
>
> 2.1. Exequibilidad condicionada de la disposición acusada
>
> […]
>
> En resumen, la Sala concluye que la segunda interpretación impone una restricción desproporcionada a los principios de la función administrativa –especialmente a los de eficacia y economía– y de libre concurrencia, toda vez que, si bien puede estar dirigida a fines legítimos a la luz de la Constitución, se vale de un medio que no es idóneo para alcanzar todos esos objetivos y, en todo caso, sus beneficios no exceden los sacrificios que debe soportar la administración en términos de acceso a mejores ofertas, eficiencia y riesgos de fracaso de contrato.
>
> Por el contrario, para la Sala, la primera interpretación sí se ajusta a las características del contrato de concesión de obra y es respetuosa de los principios de la función administrativa –especialmente los de eficacia y economía– y de libre concurrencia; por ello debe ser mantenida dentro del ordenamiento.
>
> Como se indicó en apartes previos –consideración 2.7.1.3–, la relación del contrato de concesión con la prestación de un servicio público genera que su objeto sea amplio, aunque no ilimitado, pues no solamente incluye la construcción de una obra pública destinada al uso público o a la prestación de un servicio público,

sino también las actividades necesarias para su funcionamiento adecuado, continuo y eficiente, incluido su mantenimiento durante el término de la concesión y su adecuación a las nuevas exigencias de la prestación del servicio. Estas últimas son llamadas "obras accesorias" y pueden comprender la proyección, ejecución, conservación, reposición y reparación de: (a) obras complementarias necesarias para que la obra principal cumpla su finalidad y sea debidamente aprovechada, (b) obras necesarias para adaptar y modernizar la obra principal a nuevas exigencias técnicas y funcionales; y (c) obras para la reparación y reposición de la obra principal, cuando sea necesario.

En vista de la amplitud del objeto y de que la remuneración usualmente está ligada al pago de peajes o contribuciones por valoración por parte de los usuarios de la obra, es posible que, por ejemplo, se estructuren contratos con contenidos básicos y alcances progresivos[11]. *De acuerdo con esta modalidad contractual, en el contrato se establece una serie de obras básicas –contenido básico– que el concesionario se obliga a ejecutar en el plazo del contrato, y otras obras o actividades complementarias –alcance progresivo– que se realizarán en caso de que los ingresos de la concesión excedan determinadas metas o los niveles de tráfico superen ciertos índices. Las obras o actividades del alcance progresivo, que usualmente corresponden a las obras accesorias a las que se hizo referencia en el párrafo anterior, están sujetas a una condición suspensiva*

[11] Véase el documento Conpes 3413 de 2006. Según este documento, con el fin de maximizar la inversión privada, se sugiere que se defina en los proyectos de concesión de obra un alcance básico y uno progresivo. "*El alcance progresivo corresponderá al desarrollo de obras sujetas a condiciones, que complementarían las obras de alcance básico*. Estas condiciones estarían relacionadas, entre otros, con aspectos tales como el nivel de tráfico, la disposición de recursos y/o demás condiciones que estimen relevantes y justifiquen el desarrollo de *obras adicionales*." Para hacer posible tal estructuración de los contratos de concesión de obras, el Conpes solicitó al Inco: (1) Realizar estudios para definir el alcance progresivo de los proyectos. (2) Incluir en la estructuración legal de los contratos, mecanismos para poder desarrollar el alcance progresivo y realizar las inversiones complementarias. (3) Incluir en la estructuración legal de los contratos, mecanismos "para definir las condiciones que activen el desarrollo del alcance progresivo, estableciendo que se llevará a cabo sólo cuando se hayan alcanzado determinados índices de tráfico y ciertas metas de ingresos, y estén dadas las condiciones de financiamiento requeridas" (p. 10). Según el mismo documento Conpes, en los contratos que se adjudicaran bajo estas condiciones: (a) El alcance básico consistiría en la rehabilitación de las calzadas sencillas existentes y en la construcción de segundas calzadas con una longitud de 673 km. (b) El alcance progresivo sería la construcción de segundas calzadas con una longitud de 1076 km.

–cumplimiento de metas de ingresos o tráfico– que, cuando se cumple, da lugar a una adición del contrato.

Este entendimiento del contrato desarrolla entonces los principios constitucionales de eficiencia, libre concurrencia y continuidad de la prestación de los servicios públicos. Además, estas características distinguen al contrato de concesión de obra pública de un mero contrato de obra, pues en este último el objeto se circunscribe a la construcción de la misma, sin que su funcionamiento o adecuación a nuevas exigencias de la prestación del servicio puedan ser considerados como parte de su objeto, como sí sucede en el contrato de concesión.

La primera interpretación se ajusta a estas características del objeto del contrato de concesión, pues permite su adición o prórroga para la realización de todas aquellas obras que se denominan accesorias en los términos de los párrafos anteriores. Además, refleja la intención del legislador en el sentido de permitir las adiciones y prórrogas para el adecuado funcionamiento de los corredores viales[12]. En este sentido, esta interpretación desarrolla los principios de eficacia, economía, libre concurrencia y continuidad de la prestación de los servicios públicos.

En todo caso, es necesario recordar que la posibilidad a la que da lugar esta interpretación, debe basarse en razones autorizadas por la ley, como las previstas en los artículos 14 y 16 de la ley 80[13], debidamente probadas y sustentadas en estudios técnicos –como el mismo artículo 28 de la ley 1150 establece. Entendida de esta forma la disposición acusada, se otorga entonces a la administración una herramienta útil para administrar un contrato incompleto y relacional como el de concesión.

Nótese que esta misma lógica inspiró la expedición del artículo 7 de la ley 1508 sobre asociaciones público privadas, el cual dispone: "solo se podrán hacer adiciones y prórrogas relacionadas directamente con el objeto del contrato, después de transcurridos los primeros tres (3) años de su vigencia y hasta antes de cumplir las primeras tres cuartas (3/4) partes del plazo inicialmente pactado en el contrato". Esta posibilidad buscó limitar aún más la posibilidad

[12] Véase la consideración 2.9.8.

[13] "[...] evitar la paralización o la afectación grave de los servicios públicos a su cargo y asegurar la inmediata, continua y adecuada prestación" o "[...] evitar la paralización o la afectación grave del servicio público que se deba satisfacer con él [el contrato]".

de renegociaciones de los contratos para evitar conductas oportunistas de los concesionarios.

En este orden de ideas, la Sala declara la exequibilidad del precepto acusado en el entendido que solamente autoriza la prórroga o adición de obras o actividades excepcional y necesariamente requeridas para cumplir el objeto del contrato inicial.

2.1.1. Examen de la frase "independientemente del monto de la inversión"

[...]

Para la Sala, la primera interpretación es completamente errada, pues a partir de una interpretación gramatical del precepto, es fácil concluir que la frase hace referencia a una cuestión completamente distinta, esto es, que la adición puede operar independientemente del precio del contrato inicial.

En efecto, a juicio de la Sala, mientras las frases "*hasta* por el sesenta por ciento (60%) del plazo estimado" y "*siempre que* se trate de obras adicionales directamente relacionadas con el objeto concesionado o de la recuperación de la inversión" comienzan con expresiones que dan cuenta de la introducción de una limitación a una regla general, la frase "independientemente del monto de la inversión", no empieza por una expresión semejante. Por ello debe concluirse que esta última frase está calificando la frase "hasta por el sesenta por ciento (60%) del plazo estimado" en el sentido de que la prórroga del plazo es posible, sin importar cuál fue el valor de la inversión requerida por el contrato inicial.

Esta lectura es además acorde con la finalidad del precepto –interpretación teleológica, la cual consiste en permitir la modificación del contrato de concesión –dentro de unos límites objetivos– cuando (1) no haya sido posible prever todas las aleas al inicio de la relación contractual o (2) cuando se hayan previsto alcances progresivos. Desde este punto de vista, el precio inicial del contrato no importa, pues lo que determina la modificación es el surgimiento de contingencias que impiden su ejecución y que requieren una solución negociada para poder cumplir con los fines estatales involucrados en el respectivo negocio.

En este orden de ideas, la Sala considera que la frase "independientemente del monto de la inversión" es acorde con los principios de economía y eficacia de la función pública, así como con el principio de eficacia en la prestación de servicios públicos, pues la posibilidad excepcional de modificar un contrato de concesión

> surge de circunstancias ajenas a su precio (como ha explicado la Sala); por el contrario, imponer límites derivados del precio del contrato inicial conllevaría un obstáculo para la adecuada prestación de los servicios ligados a la obra concesionada, cuando las adiciones o prórrogas sean necesarias. Por esta razón la frase también será declarada exequible.

A mi juicio, el juez constitucional se limitó a precisar el contenido y los alcances jurídicos del tenor del artículo 28 de la Ley 1150 de 2011, objeto del estudio de constitucionalidad que acometiera con el fin de resolver las pretensiones de inexequibilidad formulada contra el precepto en cuestión, por aspectos tales como –en criterio del demandante[14]– el desconocimiento del principio de la selección objetiva y la violación de los límites legales normativos a la posibilidad de

[14] 1.2. La demanda

El ciudadano Martín Bermúdez Muñoz considera que el primer inciso del artículo 28 de la Ley 1150 de 2007 vulnera los artículos 209, 273 y 333 de la Constitución, por las siguientes razones:

1.2.1. Para comenzar, el demandante explica que al expedirse la Ley 80 de 1993, el artículo 40 estableció la regla general de que los contratos estatales no podrían adicionarse en más del 50% de su valor inicial. Señala que esta regla fue extendida por el artículo 33 de la ley 105 de 1993, a las concesiones para obras de infraestructura en transporte, con una excepción, esta es que en los casos en los que los ingresos obtenidos por el concesionario en virtud de la concesión sobrepasaran el máximo estipulado, los ingresos adicionales podrían destinarse para obras adicionales. Sostiene que el artículo 28 de la Ley 1150 de 2007 introdujo una excepción a esta regla, pues habilita al concesionario, durante el desarrollo de la concesión o su prórroga, para que ejecute obras públicas nuevas, que si bien pueden relacionarse con el objeto concesionado, no se previeron en el objeto inicial del contrato y en realidad constituyen nuevos objetos, previa contratación directa con la entidad pública interesada y sin que medie proceso de selección alguno.

Argumenta que "[l]a lectura de los documentos Conpes 3562 del 30 de diciembre de 2008 al 3695 del 28 de marzo de 2011, evidencia que mediante este mecanismo se han *adicionado* a las concesiones vigentes obras que no son adicionales ni complementarias a las propias concesiones, por cuantías que evidentemente habrían requerido de la realización de una licitación pública". Para demostrar este argumento, suministra copia de los documentos Conpes 3531, 3535, 3562, 3563 de 2008; 3584, 3593, 3606 y 3626 de 2009; 3636, 3644, 3645, 3653 y 3666 de 2010; y 3695 de 2011, en los que se autorizaron varias adiciones a contratos de concesión.

Señala que la situación se tornó aún peor después de que la Ley 1450 de 2011 derogara el segundo inciso del artículo 28, el cual sujetaba la prórroga de los contratos de concesión al concepto previo favorable del Conpes.

1.2.2. En este contexto, el actor sostiene que el precepto acusado *desconoce el artículo 209 superior*, ya que:

adicionar los contratos de concesión, que, como bien lo analiza la Corte Constitucional, encuentran norma especial (precisamente, el artículo 28 de la Ley 1150 de 2009), y mal pudieran tenerse por cobijados por la regla que de modo general se aplica a los contratos estatales, según lo previsto en el artículo 40 de la Ley 80 de 1993.

"a. Favorece al titular de la concesión y desconoce los intereses generales de la comunidad que resulta favorecida si las obras públicas se contratan mediante procesos de selección que garanticen la vinculación del mejor contratista y la adjudicación del contrato a la mejor oferta.

"b. Desconoce el principio de igualdad porque, al permitir que los contratos se adicionen para objetos distintos y sin límite a la cuantía, impide la participación de otros proponentes habilitados para ejecutar el contrato y le otorga una ventaja absolutamente injustificada al titular de la concesión."

Explica que los procedimientos de selección de contratistas son una forma de ejercicio de función administrativa que, por tanto, debe regirse por los principios propios de dicha función y estar dirigida a la satisfacción del interés general. No obstante, indica que la disposición censurada no satisface ni el interés general ni el principio de igualdad, pues (i) "[...] cierra la posibilidad de adelantar un proceso de selección en donde pueda escogerse al mejor contratista o la mejor oferta" y, por esta vía, (ii) "[...] otorga al titular de una concesión –por la simple circunstancia de tener esta condición– el derecho a ejecutar obras públicas distintas a las que son materia de su contrato de concesión, sin obtener adjudicación en una licitación pública".

En relación con la última parte del inciso, es decir, la que exige que en las concesiones viales, la adición o prórroga se refiera al mismo corredor vial, agrega que en tanto (i) no sujeta el nuevo negocio al límite del 50% del valor previsto en el contrato inicial y (ii) permite cualquier nuevo objeto contractual siempre que se refiera al mismo corredor vial, termina por autorizar la contratación directa de objetos contractuales que de otro modo tendrían que someterse a licitación pública. Al respecto, manifiesta:

"Si no existe una relación entre las obras que se adicionan y el contrato adicionado lo que se advierte con toda claridad es que no estamos ante un contrato sino ante dos: y el segundo ha sido adjudicado directamente a un contratista por el solo hecho de ser titular de una concesión mediante la cual se estén ejecutando obras que se refieren al mismo corredor vial."

1.2.3. En segundo lugar, el actor aduce que el precepto demandado *vulnera el principio de libre competencia consagrado en el artículo 333 de la Constitución.* En su criterio, "[l]a libre competencia [...] implica ventajas para los consumidores y usuarios de los servicios y obras públicas; y en este caso implica también ventajas para el Estado, pues le permite escoger el mejor proponente", lo que no es promovido por el precepto bajo escrutinio.

1.2.4. Por último, afirma que el primer inciso del artículo 28 de la Ley 1150 *viola el artículo 273 de la Carta*, que se refiere al sistema de licitación pública para escoger a los contratistas del Estado. A juicio del demandante, como se indicó en la sentencia C-400 de 1999, el hecho de que la Constitución hiciera referencia a la licitación pública

Así, a mi juicio, sobra el condicionamiento que para la aplicación de la norma impone la Corte Constitucional. Creo que desde siempre, desde su expedición, ese fue el único entendimiento posible de su texto. Sin embargo, a la doctrina constitucional habremos de estar con el fin de precisar el alcance de la preceptiva en comento, a la luz de los principios constitucionales que gobiernan la actividad pública, en ella comprendida la contractual administrativa, especialmente cuando en ella va involucrada la ejecución del presupuesto público.

En cuanto hace a la vigencia del artículo 28 de la Ley 1150 de 2009, es claro que el análisis realizado *goza de plena aplicación* por cuanto no obstante su derogatoria expresa por el artículo 39 de la Ley 1508 de 2012, la norma continúa produciendo efectos sobre los contratos celebrados bajo su regencia, tal como lo puntúa la Corte Constitucional en la sentencia C-300 del 25 de abril de 2012, en doctrina que hago mía para concluir la fuerza vinculante de su contenido[15].

Conclusiones

Partiendo del supuesto cierto de que so pretexto de modificar o adicionar el contrato estatal de concesión no podrá modificarse su objeto, se tiene que dentro del marco legal del que se ha dado cuenta en este escrito las variaciones a aquel deben atender y consultar la voluntad de las partes, expresada de conformidad con lo previsto en el contrato y con el respeto de las limitantes legales, en los términos expuestos.

Es así como, partiendo del supuesto de la imposibilidad legal de modificar el objeto del contrato público –en ellos incluidos los contratos de concesión–, por su implicación directa en el desconocimiento de

---

implica "[...] considerar que, para el ordenamiento superior, no es suficiente que esa escogencia simplemente se haga entre aquellos que se encuentren inscritos en un Registro de Proponentes, ni puede pensarse que esa condición les confiere a los inscritos la igualdad de derechos para obtener la adjudicación". Agrega que "[s]i de conformidad con la Constitución Política la escogencia del contratista debe hacerse mediante licitación pública, resulta contrario a ella que la ley autorice la prórroga de concesiones en los términos de la norma demandada, en la medida en que mediante dicho instrumento se elimina la posibilidad de contratar a través de licitación pública".

[15] "Como consecuencia de la regla anterior, la Sala encuentra que *existe al menos una hipótesis en la que el precepto acusado continúa proyectando sus efectos* dentro del ordenamiento: el caso de las adiciones y prórrogas que se hayan celebrado o se celebren después de la entrada en vigencia de la ley 1508, en el marco de contratos concesión de obra pública suscritos al amparo del artículo 28 de la ley 1150."

principios superiores que informan la contratación estatal, tales como la igualdad y la selección objetiva, las modificaciones contractuales podrán acordarse entre las partes *siempre* que ellas se dirijan:

(1) a obtener las optimizaciones requeridas para el adecuado funcionamiento de la obra y del servicio público derivado dentro de la concepción inicial del proyecto;

(2) a la adición de obras accesorias o necesarias para lograr el objetivo perseguido con la contratación, siempre referidas a la prestación del servicio público que constituye la finalidad última del proyecto;

(3) o bien a concretar dentro del cuerpo del contrato los alcances progresivos "prepactados" –cuyo desarrollo forma parte del objeto inicialmente pactado–, al darse los supuestos fácticos de cuya realización pendía su ejecución, incluyendo, por supuesto, en el espectro obligacional del convenio, los deberes y derechos de las partes en relación con el desarrollo de otras etapas o de los nuevos alcances o metas físicas, cuya ejecución surge con fuerza vinculante para ellas, al verificarse las condiciones a las que aquella se encontraba sujeta;

(4) *en cualquier caso*, a garantizar *la conectividad* del proyecto a proyectos aledaños que aseguren el propósito de la contratación;

y (5) *siempre*, con el fin de restablecer la ecuación contractual cuando ella se vea afectada por hechos ajenos a las partes, y en cualquier caso al contratista.

Capítulo ii

La renegociación de las concesiones*

Weiner Ariza Moreno**

1. Las renegociaciones en América Latina y Colombia

1. Al menos en nuestro medio y en algunos países de América Latina la renegociación o revisión de los contratos de concesión se ha tornado tan relevante como su ejecución. Más aún, la renegociación suele estar unida, en los casos en que las partes acuden a ella, a la debida ejecución del objeto concesionado.

2. En el pasado reciente la renegociación de los contratos de concesión ha sido una constante en la región[1]. Un estudio del Banco Mundial del 2004, que analizó 1000 concesiones celebradas en Latinoamérica en los años noventa, constató que en el 55% de los casos de concesiones de obras públicas se había producido una renegociación del contrato.

3. En Chile, por ejemplo, de 50 concesiones firmadas entre 1993 y 2007, por un valor de US 11.270 millones, se produjeron 148 renegociaciones (78 bilaterales y 70 por conciliaciones o arbitrajes), por un valor de US 2810 millones.

4. En Perú, de los 22 contratos suscritos hasta el 2010 en el sector transporte, el 82% (18) se renegoció con la suscripción de 69 adendas.

* Doi: http://dx.doi.org/10.15425/2017.339.

** Abogado de la Universidad Externado de Colombia, consultor en derecho administrativo y contratos. Ex procurador auxiliar; ex director de la Especialización de Gestión Pública e Instituciones Administrativas de la Universidad de los Andes y profesor de ésta y de pregrado de la Facultad de Derecho de dicha universidad durante varios años; árbitro del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá.

[1] La información y referencias secundarias son tomadas de Suto, Fénix *et al*. *Renegociación de contratos de concesión en infraestructura de transporte: diagnóstico, análisis y propuestas de mejora*. Lima: Universidad esan, 2013 (Serie Publicaciones en Finanzas y Derecho Corporativo, 6).

Para el año 2011, de 27 contratos de concesión, el 70% (19) había sido renegociado.

5. En lo que a Colombia concierne, un estudio de Planeación Nacional, publicado en diciembre de 2017, intitulado "Asociaciones público-privadas (APP) en infraestructura en Colombia para el período 1993-2010", y elaborado, entre otras, para sustentar la derogatoria del artículo 28 de la Ley 1150 de 2007, arribó a las siguientes conclusiones:

(a) Superamos de lejos a Perú y Chile en la cantidad promedio de renegociaciones por concesión (20,5 frente a 4,8 y 3,3), en el costo fiscal de la renegociación (US 266,8 frente a US 47,2 y US 28,9) y en el tiempo promedio de adición (6,3 años frente a 0,8 y 0,9 años).

(b) El costo promedio de las renegociaciones ascendió al 280% del costo inicial del contrato.

(c) En general, de las 25 concesiones evaluadas entre 1993 y 2010 se han realizado 430 cambios, con un costo de 5,6 billones y 131 años adicionales.

6. Las reestructuraciones en el país se han producido ordinariamente por la vía arbitral. Destaco las convenidas en los siguientes contratos:

(a) Contrato de concesión para la revisión técnico-mecánica en Bogotá: se reestructuró la remuneración del contrato como consecuencia de la inexequibilidad de la revisión obligatoria técnico mecánica de los vehículos[2].

(b) Contratos de concesión de televisión: al igual que lo ocurrido con los contratos de los canales nacionales, el precio del canal local de Bogotá fue reducido por los árbitros debido a la crisis de 1999[3].

(c) Contratos de concesión de primera generación: la estipulación de restablecimiento del equilibrio prevista en ellos fue modificada para reconocer los intereses correspondientes al pago del ingreso mínimo garantizado desde el momento de la causación efectiva del déficit y no desde su cómputo anual[4].

(d) Contrato de concesión del Aeropuerto Alfonso Bonilla Aragón: la ejecución de la nueva terminal internacional se suspendió hasta que el tráfico aéreo y los niveles de servicio se recuperaran, luego

[2] Laudo de Orlando Riascos contra el Fondatt del 26 de enero de 2001.

[3] Laudos de El Tiempo del 19 de agosto de 2003 y 13 de febrero de 2006.

[4] Laudos de Santa Marta Paraguachón del 24 de agosto de 2001 y Sabana de Occidente del 26 de marzo de 2003.

de la caída del tráfico internacional y de los ingresos, derivados de los hechos del 11 de septiembre de 2001[5].

(e) Contratos de concesión de las carreteras de Bogotá-Villavicencio y Bogotá-Girardot: se reestructuraron para que las partes compartieran los efectos anormales e imprevistos del riesgo geológico[6].

7. Otras se han hecho directamente. Unas homologadas por conciliación y otras no. He aquí algunas:

(a) Contratos de concesiones portuarias: por acuerdo entre las partes se adicionaron obras para la modernización de los puertos de Santa Marta, Barranquilla y Buenaventura.

(b) Contrato de la concesión de la Autopista del Café: se suprimieron unas obras, se adicionaron otras, se crearon nuevas estaciones de pesaje, se eliminaron algunas de las existentes y se pactaron aportes estatales adicionales para hacer viable la concesión[7].

(c) Concesión del Aeropuerto El Dorado: se modificó parcialmente el objeto para demoler en vez de modernizar la terminal existente, se construyó una nueva terminal nacional integrada a la internacional y se pagó una suma adicional a título de delta, correspondiente al saldo entre el valor resultante de la construcción de la nueva terminal nacional y el que fue proyectado inicialmente para la vieja terminal nacional[8].

2. Renegociaciones oportunistas

8. Ha habido voces críticas frente a la renegociación o reestructuración de las concesiones. Una de las más autorizadas es la de José Luis Guasch, profesor de la Universidad de San Diego, quien en un texto publicado por el Banco Mundial en el 2005[9], en el que se evalúan

[5] Laudo de Aerocali del 5 de octubre de 2005.

[6] Laudos de Coviandes del 29 de julio de 2004 y 14 de junio de 2007 y Devisab del 21 de septiembre de 2009.

[7] Auto del Tribunal de Arbitramento del 16 de septiembre de 2004, mediante el cual se aprobó la respectiva conciliación.

[8] Otrosí n.° 7 del 8 de mayo de 2012, suscrito entre en la Unidad Administrativa Especial de la Aeronáutica Civil y Opain.

[9] Guasch, José Luis. *Concesiones en infraestructura: cómo hacerlo bien*. Washington: The World Bank, 2005, pp. 54-55.

las renegociaciones en América Latina, ha cuestionado las que él ha denominado "renegociaciones oportunistas". Dice Guasch:

> En principio, la renegociación puede ser un instrumento positivo cuando aborda la naturaleza forzosamente incompleta de los contratos de concesión. Si se utiliza correctamente, la renegociación puede aumentar el bienestar común. Aunque la existencia de algún grado de renegociación es aconsejable, adecuada y natural, esta alta incidencia excede los niveles esperados y razonables y pone en tela de juicio la validez del modelo de concesión. Podría incluso indicar un comportamiento oportunista excesivo por parte de nuevos operadores o de los gobiernos. Tal comportamiento socava la eficiencia de los procesos y del bien común, ya que la renegociación se suscita meramente entre el gobierno y el operador, de modo tal que no se encuentra sujeta a presiones competitivas y la disciplina que ello trae aparejado. Cuando se implementa de manera oportunista o estratégica por parte de un operador o del gobierno, con el fin de procurarse beneficios adicionales, y no bajo la motivación de la naturaleza incompleta del contrato, la renegociación puede perjudicar la integridad de una concesión, afectar al bienestar general y amenazar el programa de reforma estructural deseado de la infraestructura en cuestión. La alta incidencia de renegociaciones que se expone en la presente obra debería ser motivo de preocupación. || La renegociación, y la renegociación oportunista en particular, puede menoscabar o eliminar los beneficios esperados de una licitación competitiva. [...] Las renegociaciones sólo deben desarrollarse cuando están justificadas por las contingencias expresadas en el contrato original o por importantes acontecimientos imprevistos.

9. El recelo hacia la renegociación de los contratos perdura en los debates legislativos. Así, en la motivación del ambicioso proyecto de ley del año 2016, elaborado por la Agencia Nacional Colombia Compra Eficiente para la expedición de un nuevo estatuto del sistema de compra pública, se lee lo siguiente:

> La literatura económica ha encontrado que uno de los aspectos más relevantes para alcanzar un contrato óptimo es que exista un compromiso creíble de no renegociar las condiciones iniciales del contrato, cuando existe un contexto de proyectos complejos de largo plazo, sujetos a conocimientos específicos y diversos riesgos. De lo contrario, el proveedor cuenta con una ventaja respecto de la entidad estatal en el momento de esa renegociación, e

> incluso puede comportarse de manera oportunista disminuyendo u ocultando su nivel de esfuerzo en la etapa inicial de ejecución del contrato, y exigir sumas elevadas para continuar con la ejecución del proyecto ya comenzado.
>
> La posibilidad de renegociar los contratos puede reducir o eliminar los beneficios de un proceso con competencia abierta, al tener la oportunidad de modificar las condiciones, haciendo que las ofrecidas por quien no fue adjudicatario sean las mejores condiciones para la entidad estatal. De otra parte, si durante la competencia el oferente percibe la posibilidad de renegociar, adopta una estrategia de competencia distinta a si sabe que su oferta es "santa", es decir la expectativa de una negociación posterior genera mayor oportunismo y el afán por ser adjudicatario a pesar de la inviabilidad intrínseca de su oferta[10].

3. La renegociación y sus supuestos

10. La renegociación, revisión o modificación de los contratos de concesión tiene dentro de sus supuestos la necesidad de conservación del contrato. Esto ha llevado a la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado a volver principio general dicha necesidad, estructurándolo a partir del artículo 3.° de la Ley 80 de 1993. Dice la Sala:

> La norma transcrita [art. 3.° de la Ley 80] determina el deber ser de la actuación de la Administración y de los contratistas en punto al cumplimiento de los fines del Estado: el interés general se ve honrado por la continuidad y eficiencia en la prestación de los servicios contratados y el feliz término de los mismos. [...] Recuerda la Sala que la justificación del principio general de conservación de los contratos reside en que no obstante que se pueden observar imperfecciones en el curso de la ejecución del contrato, las partes normalmente tienen interés en mantener vigente el negocio originario, ya que lo contrario supondría comenzar de nuevo con la consecuente pérdida de tiempo y de recursos, razón por la cual se les impone el deber de hacer "lo que sea necesario para que el objeto contratado se cumpla" y acordar "los mecanismos y

[10] Colombia Compra Eficiente. "Motivaciones del proyecto de reforma del sistema de compra pública". Disponible en https://www.colombiacompra.gov.co/content/reforma-la-normativa-del-sistema-de-compra-publica-0. Recuperado el 2 de mayo de 2019.

> procedimientos pertinentes para precaver o solucionar rápida y eficazmente" las situaciones que lleguen a presentarse[11].

11. Recientemente, conforme a un laudo expedido a finales de febrero del presente año, un tribunal de arbitramento[12] ha considerado que los artículos 4.° (numeral 9) y 5.° (numeral 2) de la Ley 80 de 1993 y 1620 del Código Civil son también fundamento del principio de conservación del contrato. Se dijo al respecto:

> En esta línea de argumentación, el numeral 9 del artículo 4.° de la Ley 80, que consagra los derechos y deberes de las entidades estatales, prescribe que "actuarán de tal modo que, por causas a ellas imputables, no sobrevenga una mayor onerosidad en el cumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista. Con este fin, en el menor tiempo posible, corregirán los desajustes que pudieren presentarse y acordarán los mecanismos y procedimientos pertinentes para precaver o solucionar rápida y eficazmente las diferencias o situaciones litigiosas que llegaren a presentarse". Asimismo, dentro de los derechos y deberes correlativos del contratista, el numeral 2 del artículo 5.° de la Ley 80 dispone que "colaborarán con las entidades contratantes en lo que sea necesario para que el objeto contratado se cumpla y que éste sea de la mejor calidad; acatarán las órdenes que durante el desarrollo del contrato ellas les impartan y, de manera general, obrarán con lealtad y buena fe en las distintas etapas contractuales, evitando las dilaciones y entrabamiento que pudieran presentarse".
>
> Igualmente, se ha acudido al principio de conservación como un criterio interpretativo del contrato estatal, en virtud del cual "su interpretación debe conducir a lograr que el contrato o algunas de sus estipulaciones resulten eficaces", es decir, en términos del artículo 1620 del Código Civil debe preferirse el «efecto útil» de las cláusulas del contrato; asimismo, de conformidad con las previsiones del artículo 1622 de la misma codificación "las cláusulas de un contrato se interpretarán unas por otras, dándosele a cada una el sentido que mejor convenga al contrato en su totalidad", en virtud de lo cual no puede atribuirse sentido a una de sus estipulaciones –en este caso de la duración del contrato– de forma inconexa respecto de las demás cláusulas.

[11] Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 5 de julio de 2016. Radicación 2278. CP Germán Bula Escobar.

[12] Laudo Concesión Vial de los Llanos S. A. S. contra la ANI del 28 de febrero de 2019.

12. Al lado del principio de conservación del contrato, otro supuesto de la renegociación de las concesiones reside en el carácter incompleto de los contratos de larga duración. Tal característica fue resaltada como argumento de fondo por la Corte Constitucional al fallar sobre la exequibilidad del artículo 28 de la Ley 1150 de 2007. Dijo la Corte que los contratos de concesión eran

> por naturaleza incompletos, es decir, (1) los afectados por asimetrías de información que impiden la previsión de todas las contingencias que pueden afectar su ejecución, y (2) en el marco de los cuales, por esa misma razón, es difícil prever ex ante los remedios necesarios para afrontar tales contingencias, como ocurre por lo general con los contratos de largo plazo. En efecto, con el paso del tiempo, pueden surgir nuevas exigencias sociales, tecnológicas, culturales, etc. sobre la forma cómo el Estado debe cumplir sus fines y sobre cómo se deben prestar los servicios públicos, o simplemente pueden aparecer circunstancias extraordinarias e imprevisibles al momento del diseño del negocio, para que las que tampoco era posible, en dicho momento, prever un remedio adecuado y específico. En este tipo de contratos es preciso entonces el diseño de reglas que permitan la adaptación y la resolución pacífica de las controversias para evitar el fracaso[13].

13. Esto último es coincidente con lo enseñado por la teoría económica. Según Oliver Hart y Bengt Holmström, premio Nobel de Economía en el 2016, citados por la Corte en la sentencia anterior, en entornos llenos de incertidumbre los contratos son necesariamente incompletos, habida cuenta de que a las partes no les es posible conjeturar todas las contingencias que puedan afectar su relación contractual futura.

14. Esto explica la renegociación de los contratos. Y da lugar, en sistemas tan distintos del nuestro como el derecho estadounidense, a la doctrina de la impracticabilidad comercial. Dice al respecto el especialista peruano Alfredo Bullard González:

> Esta defensa está prevista en el artículo segundo, sección 615 del Código Comercial Uniforme de los Estados Unidos. La norma excusa al deudor de cumplir con sus obligaciones [...] si su ejecución de la manera pactada sería impracticable por la ocurrencia de una contingencia cuya no ocurrencia fue un presupuesto básico sobre el cual se celebró el contrato o por el cumplimiento de buena fe de

[13] Corte Constitucional. Sentencia C-300 de 2012. MP Jorge Ignacio Pretelt.

> cualquier regulación gubernamental extranjera o doméstica aplicable u orden se pruebe o no posteriormente que esta fue invalidada[14].

15. Para resaltar la dificultad de las partes de anticipar todas las vicisitudes que pueden surgir en un contrato de tracto sucesivo, algunos especialistas han propuesto calificarlos como contratos relacionales. Ha dicho sobre el particular Ricardo Luis Lorenzetti, profesor titular de contratos civiles y comerciales de la Universidad de Buenos Aires:

> En los contratos de larga duración, el objeto es una envoltura, un cálculo probabilístico, un sistema de relaciones que se modifica constantemente en su intención con finalidades adaptativas. Esta cualidad debe ser preservada puesto que de lo contrario, toda fijación produce la inadaptabilidad del contrato [por lo cual la conmutatividad de aquellos debe ser entendida mediante un concepto relacional y dinámico][15].

4. Eventos originadores de las renegociaciones y el principio interpretativo de la mutabilidad del contrato

16. La renegociación puede resultar de eventos ajenos a las partes (imprevisión, hecho del príncipe o dificultades materiales imprevistas), pero también puede ser consecuencia de la voluntad de ellas (como ocurre cuando es necesario adicionar obras no previstas o complementarias ligadas sustancialmente al objeto del contrato), o ser producto de una transacción, o derivarse de la recomendación de un tercero (organismos de control o el juez de contrato, por ejemplo).

17. Se expresa ordinariamente en un contrato adicional. Implica una modificación del contrato. Ordinariamente, en la esfera estatal tiene límites en su cuantía, pero no siempre, según más adelante se verá al referirnos al derogado artículo 28 de la Ley 1150 de 2007. No todas las variantes tienen el mismo alcance; por ejemplo, no es igual la negociación de un contrato cuando simplemente se trata de adicionar obras no previstas que la resultante de una reestructuración del contrato para hacerlo viable.

[14] Bullard González, Alfredo. *Derecho y economía. El análisis económico de las instituciones legales*. Palestra Editores, Lima, 2009, segunda edición, p. 350.

[15] Lorenzetti, Ricardo Luis. "Esquema de una teoría sistémica del contrato", en Alterini, Aníbal *et al*. (eds.). *Contratación contemporánea*, t. I. Bogotá: Editorial Temis, 2000, p. 35.

18. La renegociación puede explicarse por el principio de mutabilidad de los contratos públicos, reconocido también en su origen por la doctrina y la jurisprudencia francesas. Sobre este principio ha dicho en nuestro medio la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, en concepto del 13 de agosto de 2009[16], lo siguiente:

> [L]a mutabilidad constituye un principio interpretativo de los contratos estatales de especial trascendencia en la concesión del servicio público.

19. La Sala añadió, citando al efecto al conocido especialista español José Meilán Gil, que

> hoy en día, la literatura jurídica habla de una *cláusula presunta de progreso* en los contratos de concesión de servicio público haciendo especial énfasis en los cambios o adelantos tecnológicos.

20. La mutabilidad no es un principio exclusivo del derecho público. En el contexto de hechos imprevistos y con el artículo 27 de la Ley 80 de 1993, ella también tiene aplicación en el derecho privado. Dice al respecto el privatista uruguayo Juan J. Benítez Caorsi, en su extensa obra sobre la revisión de los contratos entre particulares:

> La vida de los contratos –como la de cada humano– no es lineal, ni inalterable. El contrato no es un fetiche, sino un elemento dinámico de la vida, es un guardián y no un destructor. Frente a circunstancias nuevas, el contrato, que es algo viviente, no puede ser absolutamente rígido, permanece con una cierta dirección general, pero vivir es transformarse y por consiguiente la revisión se impone. Es tan ostensible que el contrato se haya ligado a la coyuntura económica, como que esta es fluctuante; en ese universo, la inmutabilidad del contrato aparece como una pieza de museo. El contrato moderno se representa como proceso o una *choise vivante*, aparece como una figura mucho más sensible a los cambios, goza de una nueva "plasticidad", tiene una "textura abierta". La fuerza obligatoria de los contratos es variable. Ante ello, lo único que debe mantenerse inquebrantable durante la evolución de la relación negocial, es la correspondencia de la conducta de los

[16] Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto de agosto 13 de 2009. Radicación 1952. CP Enrique Arboleda Perdomo.

> contratantes respecto a la realización de los propósitos inherentes al programa prestacional[17].

21. En una línea más cercana con los artículos 868 del Código de Comercio y 27 de la Ley 80 de 1993, los Principios para los Contratos de Comercio Internacional de Unidroit, aprobados en mayo de 1994 por el Consejo de Gobierno del Instituto para la Unificación del Derecho Privado, se refieren a la renegociación en los siguientes términos:

> Arts. 6.2.3. 1. En caso de excesiva onerosidad (*hardship*), la parte en desventaja puede solicitar la renegociación del contrato. Tal solicitud deberá formularla sin demora injustificada, con indicación de los fundamentos en que se basa. 2. La solicitud de renegociación no autoriza en sí misma a la parte en desventaja a suspender el cumplimiento de sus obligaciones. 3. En caso de no llegarse a un acuerdo en un plazo prudencial, cualquiera de las partes podrá acudir al tribunal. 4. Si el tribunal determina que se presenta una situación de excesiva onerosidad (*hardship*), y siempre que lo considere razonable podrá: (a) dar por terminado el contrato en una fecha determinada y en los términos que al efecto determine, o (b) adaptar el contrato, de modo de restablecer el equilibrio.

22. En todo caso, en el derecho privado la mutabilidad no se reduce a situaciones imprevistas. La renegociación también puede producirse por la sola voluntad de las partes, sin los límites jurídicos y de cuantía que se aplican a los contratos públicos.

5. Renegociación y modificación unilateral de los contratos

23. La renegociación del contrato puede surgir, como lo dice el artículo 16 de la Ley 80 de 1993,

> para evitar la paralización o la grave afectación del servicio público que deba satisfacerse con él.

24. Dicho artículo es fuente normativa para la renegociación, pues autoriza a las partes para llegar a un acuerdo que tenga como objeto "introducir las variaciones" que requiera el servicio público. Solo si no hay acuerdo, el artículo 16 autoriza a la entidad a ejercer la prerrogativa

[17] Caorsi Benítez, Juan. *La revisión del contrato*. Bogotá: Editorial Temis, 2010, 2.ª ed., pp. 38-39.

exorbitante de modificación unilateral del contrato, mediante "la supresión o adición de obras, trabajos, suministros o servicios". Y en tal caso,

> Si las modificaciones alteran el valor del contrato en un veinte por ciento (20%) o más del valor inicial, el contratista podrá renunciar a la continuación de la ejecución. En este evento, se ordenará la liquidación del contrato *y la entidad adoptará de manera inmediata las medidas que fueren necesarias para garantizar la terminación del objeto del mismo*.

25. Así se ha previsto en Colombia desde el momento en que se expidió la Ley 19 de 1982 (artículo 6.°), luego en los artículos 20, 21, 22 y 23 del Decreto Ley 222 de 1983.

26. En la base de dicha prerrogativa exorbitante está la conocida diferencia, cara a la teoría francesa del servicio público, de la doble naturaleza del contrato de concesión, y, como consecuencia de esta, la distinción entre cláusulas propiamente contractuales y cláusulas de naturaleza reglamentaria, las cuales, según Rivero, amén de que "podrían figurar en un reglamento administrativo", son "elaboradas unilateralmente por la administración [y] pueden siempre ser modificadas por ella"[18].

6. La renegociación por ruptura del equilibrio financiero del contrato

27. Al lado de la modificación unilateral del artículo 16 de la Ley 80 de 1993, la renegociación puede surgir como consecuencia del cambio imprevisible o el fracaso de las condiciones técnicas, económicas y financieras existentes al momento de proponer o de contratar que hagan inviable la ejecución de lo pactado o que determinen su ejecución en condiciones excesivamente onerosas o que impliquen la asunción de riesgos anormales por parte del contratista, tal como resulta del artículo 4.° (numeral 8) de la Ley 80 de 1993.

28. En tal eventualidad la Ley 80 de 1993 dispone en el artículo 27 que si la igualdad o equivalencia de los contratos estatales "se rompe por causas no imputables a quien resulte afectado, las partes adoptarán en el menor tiempo posible las medidas necesarias para su restablecimiento". Y añade que,

[18] Rivero, Jean. *Derecho Administrativo*. Caracas: Universidad Central de Venezuela, 1984, p. 501.

> Para tales efectos, las partes suscribirán los acuerdos y pactos necesarios sobre cuantías, condiciones y forma de pago de gastos adicionales, reconocimiento de costos financieros e intereses, si a ello hubiere lugar, ajustando la cancelación a las disponibilidades de la apropiación de que trata el numeral 14 del artículo 25. En todo caso, las entidades deberán adoptar las medidas necesarias que aseguren la efectividad de estos pagos y reconocimientos al contratista en la misma o en la siguiente vigencia de que se trate.

7. La renegociación por voluntad de la administración

29. La renegociación también puede surgir de la voluntad de la administración. Tal ocurre en la eventualidad dispuesta por el artículo 33 de la Ley 105 de 1993, el cual reza:

> Para obras de infraestructura de transporte, por el sistema de concesión, la entidad concedente podrá establecer garantías de ingresos mínimos utilizando recursos del presupuesto de la entidad respectiva. Igualmente, se podrá establecer que cuando los ingresos sobrepasen un máximo, los ingresos adicionales podrán ser transferidos a la entidad contratante a medida que se causen, ser llevados a reducir el plazo de la concesión, o utilizados para obras adicionales, dentro del mismo sistema vial.

30. La renegociación opera para los contratos de primera generación o contratos con garantía de ingresos mínimos (y no para los contratos de ingreso esperado) y sin el límite de cuantía previsto en el parágrafo del artículo 40 de la Ley 80 de 1993, norma que también constituye otra fuente de negociación (modesta pero importante) para modificar el contrato estatal hasta por el 50% del valor de este.

31. Así lo ratificó la Sala de Consulta y Servicio Civil al decir:

> En todo caso, si se trata de un contrato de concesión vial celebrado después de la entrada en vigencia de la ley 105 de 1993, y las obras adicionales se financian con ingresos adicionales generados por la operación o explotación de la obra concesionada, el límite de la adición es el monto de dichos ingresos, siempre que la obtención del ingreso total esperado por parte del concesionario no se hubiera pactado como una causal de terminación del contrato.
>
> [...]
>
> Si las obras adicionales son financiadas total o parcialmente con ingresos adicionales generados por la misma concesión (siempre

que el contrato no termine al obtenerse el ingreso total esperado), o con aportes efectuados por la entidad estatal contratante, el valor de tales obras no puede exceder los límites indicados (*es decir, el de los ingresos adicionales*)[19].

32. Merece destacarse también la renegociación del derogado artículo 28 de la Ley 1150 de 2007. Esta, a diferencia de los contratos adicionales del parágrafo del artículo 40 de la Ley 80 de 1993, operaba también sin límite de cuantía, siempre que las obras adicionales estuvieran directamente relacionadas con el objeto concesionado o con la recuperación de la inversión debidamente soportada en estudios técnicos y económicos. Su marco fue delimitado por la Corte Constitucional en la sentencia C-300 de 2012, y puede resumirse así:

(a) La renegociación es excepcional en virtud de los principios de planeación y seguridad jurídica y debe obedecer a una causa real y cierta autorizada por la ley, sustentada y probada.

(b) Puede versar sobre el objeto y no solo sobre el precio y el plazo.

(c) Las adiciones y prórrogas no son nuevos contratos, sino modificaciones del contrato principal.

(d) No puede alterar su esencia y convertirlo en otro negocio jurídico, pues se adiciona para complementar el objeto y no para "transformarlo".

(e) Las reformas al objeto constituyen contratos adicionales y no adiciones.

(f) Las obras que se adicionan deben estar relacionadas con el mismo corredor vial.

(g) No puede ser oportunista.

(h) No es ilimitada, indefinida ni automática.

(i) Son útiles, teniendo en cuenta la estrechez fiscal que afronta el Estado.

8. La Ley 1508 de 2012 y la renegociación de las concesiones por adición o prórroga

33. La Ley 1508 de 2012, en sus artículos 7, 13, 18, 21 y 29, establece la adición o prórroga en los contratos para proyectos de asociación público privada, con las siguientes condiciones:

[19] Concepto 2149 de 2013.

(a) "Sólo se podrán hacer adiciones y prórrogas relacionadas directamente con el objeto del contrato, después de transcurridos los primeros tres (3) años de su vigencia y hasta antes de cumplir las primeras tres cuartas (3/4) partes del plazo inicialmente pactado en el contrato".

(b) "En los contratos para la ejecución de proyectos de asociación público privada de iniciativa pública, las adiciones de recursos del Presupuesto General de la Nación, de las entidades territoriales o de otros fondos públicos al proyecto no podrán superar el 20% del valor del contrato originalmente pactado. En dichos contratos, las prórrogas en tiempo deberán ser valoradas por la entidad estatal competente. Las solicitudes de adiciones de recursos y el valor de las prórrogas en tiempo sumadas, no podrán superar el 20% del valor del contrato originalmente pactado. El valor del contrato para estos efectos deberá estar expresamente determinado en el mismo, y basarse en el presupuesto estimado de inversión o en los criterios que se establezca en los casos de proyectos de prestación de servicios públicos. Todas aquellas inversiones que no impliquen desembolsos de recursos públicos ni modificaciones en plazo podrán ser realizadas por el ejecutor del proyecte por su cuenta y riesgo, sin que ello comprometa o genere obligación alguna de la entidad estatal competente de reconocer, compensar o retribuir dicha inversión. En todo caso, dichas inversiones deben ser previamente autorizadas por la entidad competente cuando impliquen una modificación de las condiciones del contrato inicialmente pactado y cumplir con los requisitos exigidos por la Ley 448 de 1998 que les resulten aplicables".

(c) "En los contratos para la ejecución de proyectos de asociación público privada de iniciativa privada que requieren desembolsos de recursos del Presupuesto General de la Nación, de las entidades territoriales o de otros fondos públicos, las adiciones de recursos al proyecto no podrán superar el 20% de los desembolsos de los recursos públicos originalmente pactados. En dichos contratos, las prórrogas en tiempo deberán ser valoradas por la entidad estatal competente. Las solicitudes de adiciones de recursos y el valor de las prórrogas en tiempo sumadas, no podrán superar el 20% de los desembolsos de los recursos públicos originalmente pactados.

Todas aquellas inversiones que no impliquen desembolsos de recursos públicos ni modificaciones en plazo podrán ser realizadas por el ejecutor del proyecto por su cuenta y riesgo, sin que ello comprometa o genere obligación alguna de la entidad estatal competente de reconocer, compensar o retribuir dicha inversión.

En todo caso, dichas inversiones deben ser previamente autorizadas por la entidad competente cuando impliquen una modificación de las condiciones del contrato inicialmente pactado y cumplir con los requisitos exigidos por la Ley 448 de 1998 que les resulten aplicables".

(d) "Los contratos para la ejecución de proyectos de asociación público privada de iniciativa privada en los que no se hubiere pactado en el contrato el desembolso de recursos del Presupuesto General de la Nación, de las entidades territoriales o de otros fondos, no podrán ser objeto de modificaciones que impliquen el desembolso de este tipo de recursos y podrán prorrogarse hasta por el 20% del plazo inicial. Todas aquellas inversiones que no impliquen desembolsos de recursos públicos ni modificaciones en plazo podrán ser realizadas por el ejecutor del proyecto por su cuenta y riesgo, sin que ello comprometa o genere obligación alguna de la entidad estatal competente de reconocer, compensar o retribuir dicha inversión. En todo caso, dichas inversiones deben ser previamente autorizadas por la entidad competente cuando impliquen una modificación de las condiciones del contrato inicialmente pactado y cumplir con los requisitos exigidos por la Ley 448 de 1998 que les resulten aplicables".

(e) "El ejecutor del proyecto una vez perfeccionado y celebrado el contrato que materialice el esquema de asociación público privado, al momento de realizar una solicitud de adición o prórroga del contrato deberá pagar una tasa correspondiente al diez (10) por ciento [*sic*] del valor solicitado si es una adición al contrato o el uno (1) por ciento [*sic*] del valor inicialmente pactado cuando se trata de una prórroga del mismo, a título de contraprestación por los estudios que debe adelantar el Ministerio de Hacienda y Crédito Público para dar trámite a la solicitud. En caso que la solicitud corresponda a un proyecto que previamente haya sido sometido a consideración del Consejo Nacional de Política Económica y Social (Conpes), la tasa correspondiente se reducirá al (2%) dos por ciento del valor solicitado, si es una adición al contrato".

9. La renegociación a instancia de terceros

34. La renegociación también puede surgir de la recomendación de un tercero. Recientemente y en relación con un contrato de cuarta generación firmado al amparo de una iniciativa privada regulada en la Ley 1508 de 2012, es menester destacar el mencionado laudo del 28 de

febrero de 2019. En este se declaró inviable e infinanciable un contrato de concesión proveniente de una iniciativa privada.

35. Sin embargo, a pesar de no haberlo resuelto ni revisado por considerar que había existido un error de oferta y una vulneración del principio de planeación (aplicable al originador del proyecto), el tribunal de arbitramento que profirió el citado laudo del 28 de febrero de 2019 instó a las partes a valorar la preservación de la concesión, aduciendo la siguiente motivación:

> Lo anterior permite resaltar la importancia que adquiere actualmente el principio de conservación del contrato, puesto que se orienta a la satisfacción del interés general involucrado en los negocios jurídicos que celebra el Estado, como quiera que su paralización o terminación conducen al incumplimiento de los fines estatales, por lo que ambas partes de la relación deben propender por su mantenimiento y cumplimiento, de manera que, ante circunstancias que alteran o dificultan su ejecución, deberán colaborar mutuamente para que el contrato sea eficaz y llegue a término. [...] Es por ello que el Tribunal considera que las partes, en cumplimiento de los postulados de la buena fe y de conservación del contrato, y de los deberes que la ley impone en atención a los fines perseguidos con la contratación estatal, podrían renegociar las bases del contrato y buscar fórmulas de arreglo que permitan el cumplimiento de su objeto. Sobre el particular, resulta ilustrativa la cláusula de modificación unilateral contenida en la parte general del contrato, conforme a la cual "si fuere necesario introducir variaciones en el Contrato para evitar la paralización o afectación grave del servicio y previamente las partes no llegaran al acuerdo respectivo, la ANI mediante acto administrativo debidamente motivado [...] lo podrá modificar mediante la supresión o adición de obras, trabajos, suministros o servicios". De esta estipulación contractual se destaca que las partes deben valorar en conjunto posibles alternativas de solución cuando las condiciones del contrato amenacen su paralización, y algunos de los criterios son, por ejemplo, la supresión o adición de obras, es decir, la modificación del alcance del objeto contractual.

10. La renegociación como consecuencia de la transacción

36. La renegociación también puede ser producto de una transacción. Esto es lo que ha ocurrido recientemente entre Transmilenio y seis de los siete concesionarios de operación del Sistema Integrado de

Transporte Público (SITP), los cuales, el 29 de mayo de 2019, suscribieron nueve otrosíes mediante los cuales se reestructuraron técnica, legal y financieramente los contratos de operación vigentes.

37. Dentro de las modificaciones contractuales acordadas entre las partes, destaco las siguientes: revisión de la fórmula de remuneración pactada, lo cual implica un aumento en el valor de la remuneración por kilómetro programado y efectivamente recorrido por la flota; extensión de la vida útil de la flota nueva vinculada a partir de 2011 por tres años adicionales; extensión del valor de la remuneración mensual por vehículo vinculado durante los tres años de vida útil adicionales; creación de un *factor de sostenibilidad*, que implica un valor adicional por pasajero recogido, como mecanismo para contribuir a la sostenibilidad del SITP y el incremento de la demanda en el corto plazo; modificación de la metodología de cálculo del componente de alimentación para que reflejara la totalidad de los pasajeros efectivamente transportados; adopción de mecanismos para el mejoramiento del servicio de transporte; y remuneración de los *kilómetros en vacío* por la no entrega de patios por parte de Transmilenio una vez finalizada la etapa de transición, sujeto a que los concesionarios vinculen la totalidad de la flota a su cargo y cumplan las obligaciones de desintegración y chatarrización de flota del TPC.

38. Esto ocurrió luego de que se resolvieran cuatro de las siete controversias arbitrales promovidas por los concesionarios. Salvo en uno de los casos[20], los tribunales de arbitramento denegaron sus pretensiones de una revisión de los contratos por hechos imprevistos e imprevisibles y la aplicación del artículo 27 de la Ley 80 de 1993[21].

39. Los otrosíes suscritos entre Transmilenio y los concesionarios de operación del SITP quedaron sometidos a varias condiciones resolutorias, a saber: la entrega, dentro de los tres meses siguientes a la firma de aquellos, de una certificación de los concesionarios en la que manifestaran que los acuerdos convenidos permitían la sostenibilidad de los contratos de operación, atendiendo lo dispuesto en el artículo 98 de la Ley 1955 de 2019-Plan Nacional de Desarrollo; la acreditación, dentro de los tres meses siguientes a la firma de los otrosíes, de la modificación de los contratos de crédito suscritos por los concesionarios, acreditando a su vez las nuevas condiciones de pago de los pasivos a

[20] Laudo del 20 de abril de 2018. Organización Suma S. A. S. vs. Transmilenio S. A.

[21] Sociedad de Objeto Único Este Es Mi Bus S. A. S. - Laudo del 6 de julio de 2018; Tranzit S. A. S. - Laudo del 30 de noviembre de 2018; y Masivo Capital S. A. S. - Laudo del 20 de diciembre de 2018. Gmóvil S. A. S. – Laudo del 30 de abril de 2019.

cargo de estos; finalmente, y dentro de los nueve meses siguientes a la firma de los otrosíes, la entrega por parte de los concesionarios de los soportes que garanticen la disponibilidad de los recursos requeridos de patrimonio o deuda para la reposición de vehículos y la financiación de la flota necesaria para el cumplimiento, antes del 31 de diciembre de 2021, de las exigencias operacionales y técnicas que se encuentran pactadas.

40. La suscripción de los otrosíes (particularmente la revisión y el ajuste de la fórmula de remuneración de los concesionarios) estuvo motivada por las siguientes consideraciones:

a. La obligación del Estado de garantizar la prestación del servicio público esencial de transporte público urbano de pasajeros para proteger el derecho a la libertad de locomoción.

b. El mandato del artículo 98 de la Ley 1955 de 2019, que estableció que los sistemas de transporte debían ser sostenibles y que las tarifas que se cobren por la prestación del servicio, sumadas a otras fuentes de financiación territorial, deben ser suficientes para cubrir los costos de operación, administración, mantenimiento y reposición de los equipos.

c. La preceptiva de la Ley 1753 de 2015, que dispuso que un sistema de transporte masivo es sostenible sólo si se cubren "los costos de operación, administración, mantenimiento, y reposición de los equipos".

d. Los pronunciamientos de la Superintendencia de Puertos y Transporte, mediante los cuales se instó a las partes a que adoptaran acciones que garantizaran la continuidad en la prestación del servicio.

e. La doctrina de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, contenida en conceptos 1953, del 13 de agosto de 2009, y 2263, del 17 de marzo de 2016, en los que se reconoció el carácter incompleto de los contratos de concesión en el ordenamiento jurídico colombiano y la facultad de las entidades estatales para revisarlos, doctrina concordante con lo dicho por la Corte Constitucional en la sentencia C-300 de 2012.

f. La facultad jurídica para hacer revisiones del contrato, contenida en los artículos 14.1 de la Ley 80 de 1993, 3.° de la Ley 105 de 1993, 3.° de la Ley 336 de 1996 y 31 y 33 de la Ley 1753 de 2015.

g. El cambio producido en el modelo empresarial y en la planeación del transporte urbano de la ciudad como consecuencia de la reorganización del SITP, el cual previó migrar del transporte público

colectivo (que contaba con cerca de 16.000 vehículos y 66 empresas) a un sistema de transporte masivo con aproximadamente 12.300 vehículos y 13 zonas concesionadas.

h. Los efectos originados por dicho cambio en la remuneración de los concesionarios, los cuales han implicado que esta sea insuficiente para cubrir los costos de operación, mantenimiento, administración y reposición de vehículos. A tal punto que los estados financieros del año 2018 mostraron que los concesionarios habían acumulado pérdidas desde el inicio de la operación por un total de quinientos cuatro mil millones de pesos amén de registrar un capital de trabajo negativo de quinientos cinco mil millones de pesos para ese mismo periodo y un EBITDA[22] insuficiente para cumplir con las obligaciones establecidas en los contratos.

i. En fin, las consecuencias de dicho deterioro en la prestación del servicio público de transporte urbano, las cuales ponían en grave riesgo la continuidad de la prestación del servicio público esencial de transporte del SITP, debido a que los ingresos operacionales de los concesionarios no habían sido suficientes para cubrir la totalidad de "los costos de operación, administración, mantenimiento y reposición de los equipos", por lo cual las concesiones del SITP no eran financieramente sostenibles en los términos dispuestos por la Ley 1753 de 2015.

11. Las renegociaciones y sus límites

41. Como ha dicho el premio Nobel de Economía de 1986 Oliver Williamson[23] al explicar los alcances de los denominados "costos de transacción", en los intercambios contractuales es inevitable la existencia de una "búsqueda del interés propio con dolo".

42. En tales condiciones, una renegociación desarrollada al amparo de tal búsqueda puede generar riesgos para los intervinientes y conducir a la celebración de un contrato nulo o a la comisión del delito de celebración de contratos sin el cumplimiento de los requisitos legales.

[22] EBITDA: indicador financiero, acrónimo del inglés *earnings before interest, taxes, depreciation, and amortization* (beneficio antes de intereses, impuestos, depreciaciones y amortizaciones), es decir, el beneficio bruto de explotación calculado antes de la deducibilidad de los gastos financieros.

[23] Williamson, Oliver. "The Theory of the Firm as Governance Structure: From Choice to Contract". *Journal of Economic Perspectives*, vol. 16, n.° 3, 2002.

43. De ahí las preocupaciones de la Corte Constitucional al establecer en la sentencia C-300 de 2012 los límites de la renegociación que en su momento autorizó el artículo 28 de la Ley 1150 de 2007, las cuales siguen siendo pertinentes.

44. Las mismas preocupaciones estuvieron al orden del día cuando por primera vez se introdujo en nuestro medio la modificación unilateral de los contratos. Tanto así, que el artículo 20 del Decreto Ley 222 de 1983 estableció las siguientes condiciones:

> (a) No podrán modificarse la clase y objeto del contrato.
>
> (b) Deben mantenerse las condiciones técnicas para la ejecución del contrato.
>
> (c) Deben respetarse las ventajas económicas que se hayan otorgado al contratista.
>
> (d) Debe guardarse el equilibrio financiero del contrato, para ambas partes.
>
> (e) Deben reconocerse al contratista los nuevos costos provenientes de la modificación.

45. El asunto ha sido resaltado por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, al resaltar los límites de la modificación de un contrato. Así lo hizo, por citar un solo caso, en la sentencia del 8 de noviembre de 2017[24]. Dijo el alto tribunal:

> Al examinar el plan de inversión del contrato original observa la Corte que con la construcción de la plaza de armas no hubo mayor cantidad de obra, entendida ésta como contratada pero que en la ejecución desbordó la estimación inicial sin modificar el objeto del contrato. Lo que se infiere es que no se contrató por no estar comprendida en los estudios y diseños de la primera etapa del parque y que, por lo tanto, no hacía parte de su objeto impidiendo adicionarla al contrato inicial. En efecto, el objeto del contrato de obra 069 de 2006 se restringió a la construcción de la primera etapa del parque histórico y ecoturístico los Libertadores del municipio de Tame, el cual quedó delimitado en los estudios previos, diseños, planos, pliegos de condiciones, en consecuencia, su modificación se presentaría si se desbordaba esos límites. Frente a este marco es evidente que, con la construcción de la plaza de armas, la administración transformó sustancialmente el objeto del

[24] Rad. 43263, MP Eugenio Fernández.

contrato investigado, constituyendo frente a él unas obras nuevas distintas a las contratadas.

46. Otro tanto ha dicho la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado al indicar lo siguiente:

> Si se realiza una adición a un contrato vigente, que excede notoriamente el objeto principal o sustancial de dicho contrato, o con el claro propósito de evadir la realización de un procedimiento de obligatoria observancia, o de eludir el cumplimiento de una norma que sería aplicable si se celebrase un nuevo contrato, entre otros casos, la mencionada adición, como acto jurídico convencional, resultaría anulable por alguna de las causales que establece la ley, y quienes hayan participado en su preparación, autorización, celebración y ejecución estarían incursos en las responsabilidades que legalmente les corresponda; pero nada de ello, a juicio de la Sala, es suficiente para concluir que dicho acuerdo constituya un nuevo contrato y no lo que naturalmente es: una modificación a un contrato vigente[25].

47. Al lado de las limitaciones de fondo están también las limitaciones sobre la cuantía de la renegociación. El asunto fue definido por la Sala de Consulta y Servicio Civil en el 2013[26]. Transcribo los siguientes apartes del concepto que la Sala emitió al respecto:

> (a) Si el contrato se celebró después de entrar en vigencia la ley 80 de 1993 y antes de entrar a regir la ley 1150 de 2007, el límite de las adiciones es el señalado en el parágrafo del artículo 40 de la ley 80, es decir, el cincuenta por ciento (50%) del valor inicial del contrato.
>
> (b) Si se trata de un contrato de concesión vial celebrado después de la entrada en vigencia de la ley 105 de 1993, y las obras adicionales se financian con ingresos adicionales generados por la operación o explotación de la obra concesionada, el límite de la adición es el monto de dichos ingresos, siempre que la obtención del ingreso total esperado por parte del concesionario no se hubiera pactado como una causal de terminación del contrato.

[25] Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 23 de agosto de 2013, rad. 2148. CP William Zambrano.

[26] Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 2 de agosto de 2013, rad. 2149. CP Augusto Hernández Becerra.

(c) Por el contrario, si el costo de la adición se cubre con otros recursos, aplica el mismo límite indicado en el párrafo anterior (50% del valor inicial del contrato). Si el contrato de concesión se celebró después de la entrada en vigencia de la ley 1150 de 2007 (16 de enero de 2008) y antes de entrar a regir la ley 1508 de 2012 (10 de enero de 2012), y la inversión adicional requerida es ejecutada totalmente por el concesionario con sus propios recursos o con sumas obtenidas de terceros, el límite de las adiciones permitidas corresponde a un valor tal que no exija prorrogar el contrato por un plazo superior al 60% del término inicial.

(d) Si las obras adicionales se realizan total o parcialmente con ingresos adicionales ya generados por la concesión (cuando ello sea posible), o con recursos aportados por la entidad pública contratante, aplica a tales inversiones lo dispuesto en el literal anterior, es decir: (1) el monto de los ingresos adicionales (para las concesiones regidas por la ley 105 de 1993) o (2) el 50% del valor inicial del contrato, respectivamente.

12. Renegociación y entropía

48. Dejamos una consideración final a título de conclusión: Así como Umberto Eco previno a tirios y troyanos sobre la imposibilidad de una lengua perfecta[27], así también es posible sostener que la aspiración de configurar un contrato perfecto no es nada más que una utopía.

49. Y que, como consecuencia de ello, según lo ha anotado el ya citado Juan J. Benítez Caorsi, en los tiempos que corren se ha producido un cambio de paradigma en la concepción tradicional del contrato, a tal punto que

> [...] de una concepción monolítica del contrato, sin fisuras ni alternativas, asentada sobre dos pilares inconmovibles (la autonomía de la voluntad y la fuerza obligatoria del vínculo), que tiene su partida de nacimiento en el Code Napoleón, se pasa, en la hora presente a este nuevo contrato de nuestros días que se ha vuelto más respetuoso del orden público y del bien común, a la par que más flexible, y que se acomoda más fácilmente a las nuevas circunstancias, más anheloso, en fin, de realizar la justicia en el cambio que instrumenta. Quizás conjugue una función de balanceo y de equilibrio del edificio negocial, cuyas compuertas

[27] Eco, Umberto. *La búsqueda de la lengua perfecta*. Barcelona: Editorial Crítica, 1994.

no pueden ceder a un alud revisionista, pero a la vez no alcanza a abroquelarse en una rígida e infranqueable postura que desoiga los dictados de la justicia[28].

50. En el fondo, ese balanceo o equilibrio del edificio negocial es la respuesta que el Derecho ofrece a los retos inevitables que impone la entropía.

BIBLIOGRAFÍA

Bullard González, Alfredo. *Derecho y economía. El análisis económico de las instituciones legales*. Palestra Editores, Lima, 2009, segunda edición.

Caorsi Benítez, Juan. *La revisión del contrato*. Bogotá: Editorial Temis, 2010, 2.ª ed.

Colombia Compra Eficiente. "Motivaciones del proyecto de reforma del sistema de compra pública". Disponible en https://www.colombiacompra.gov.co/content/reforma-la-normativa-del-sistema-de-compra-publica-0. Recuperado el 2 de mayo de 2019.

Eco, Umberto. *La búsqueda de la lengua perfecta*. Barcelona: Editorial Crítica, 1994.

Guasch, José Luis. *Concesiones en infraestructura: cómo hacerlo bien*. Washington: The World Bank, 2005, pp. 54-55.

Lorenzetti, Ricardo Luis. "Esquema de una teoría sistémica del contrato", en Alterini, Aníbal *et al*. (eds.). *Contratación contemporánea*, t. I. Bogotá: Editorial Temis, 2000.

Rivero, Jean. *Derecho Administrativo*. Caracas: Universidad Central de Venezuela, 1984, p. 501.

Suto, Fénix *et al*. *Renegociación de contratos de concesión en infraestructura de transporte: diagnóstico, análisis y propuestas de mejora*. Lima: Universidad esan, 2013 (Serie Publicaciones en Finanzas y Derecho Corporativo, 6).

Williamson, Oliver. "The Theory of the Firm as Governance Structure: From Choice to Contract". *Journal of Economic Perspectives*, vol. 16, n.° 3, 2002.

[28] Ibídem, p. 42.

Capítulo iii

La lucha contra la corrupción y la responsabilidad fiscal: balance agridulce*

Gustavo Arnulfo Quintero Navas**

Introducción

La corrupción ha aquejado, desde siempre, a todas las sociedades. Según la Real Academia Española, la corrupción puede entenderse "en las organizaciones, especialmente en las públicas", como una "práctica consistente en utilizar las funciones y [los] medios de aquellas en provecho, económico o de otra índole, de sus gestores"[1]. Según Transparencia Internacional, Brasil, Indonesia, Panamá, Perú y Colombia se encuentran entre los países que cuentan con mayores índices de corrupción[2].

Ante ese escenario, ha sido necesario acoger diferentes medidas que permitan ejercer un control más estricto y eficaz sobre la gestión de los recursos públicos. Precisamente con este fin, la Constitución de 1991 trató de robustecer el control fiscal, asignándole autonomía e independencia a la Contraloría General de la República, buscando concretar en esa función fiscalizadora los principios de eficacia, económica y

* Doi: http://dx.doi.org/10.15425/2017.340.

** Abogado de la Universidad Santo Tomás de Bogotá, doctor y magíster en Derecho Público de la Universidad de Nantes (Francia) y especialista en Derecho Administrativo de la Universidad Externado de Colombia.

[1] Real Academia de la Lengua Española, 2018. Obtenido de http://dle.rae.es/?id=B0dY4l3. Consultado el 9 de julio de 2018.

[2] Corruption Perceptions Index 2017. Transparency International, 2017. Obtenido de https://www.transparency.org/news/feature/corruption_perceptions_index_2017. Consultado el 3 de julio de 2018.

equidad[3]. Empero, con el paso del tiempo, podemos decir que el referido control, materializado en los procedimientos de responsabilidad fiscal, no ha logrado cumplir a cabalidad con las metas propuestas.

Al contrario, reconocemos que en la actualidad la forma en que se desarrollan y las consecuencias que se derivan de estos procedimientos son más negativas que positivas. En este sentido, el presente escrito expondrá la problemática actual en torno al proceso de responsabilidad fiscal, y propondrá soluciones a las fallas identificadas. El orden para este propósito será el siguiente: (1) Se explicará de forma general el régimen y la naturaleza de la responsabilidad fiscal. (2) Se expondrán las dos esferas de la inhabilidad derivada de la declaratoria de responsabilidad fiscal: (A) la imitación al derecho de sufragio pasivo; (B) la limitación para contratar con el Estado; (C) el impacto de la solidaridad en la responsabilidad fiscal; y (D) insuficiencia de garantías judiciales frente a las condenas de responsabilidad fiscal. (3) Se explicará por qué actualmente este sistema es ineficaz y supone ser más un problema que una solución a la corrupción y demás situaciones que pretende atacar. (4) Se planteará, finalmente, la necesidad de fortalecer la cooperación entre instituciones nacionales e internacionales, y se arribará a unas conclusiones.

1. Responsabilidad fiscal y su naturaleza

Con la entrada en vigor de la Constitución Política de 1991, el control fiscal encuentra su fundamento en el artículo 267, que dispone:

> El control fiscal es una función pública que ejercerá la Contraloría General de la República, la cual vigila la gestión fiscal de la administración y de los particulares o entidades que manejen fondos o bienes de la Nación.
>
> Dicho control se ejercerá en forma posterior y selectiva conforme a los procedimientos, sistemas y principios que establezca la ley. Esta podrá, sin embargo, autorizar que, en casos especiales, la vigilancia se realice por empresas privadas colombianas escogidas por concurso público de méritos, y contratadas previo concepto del Consejo de Estado[4].

[3] Gómez Lee, Iván. *Responsabilidad fiscal y gerencia de recursos públicos*. Legis, Bogotá, 2014, p. 241.

[4] Constitución Política de 1991, artículo 267.

El contenido de esta cláusula constitucional fue desarrollado por la Ley 42 de 1993 y luego por la Ley 610 de 2000. Esta última reguló el procedimiento para adelantar los procesos de responsabilidad fiscal por parte de las contralorías. Por último, el legislador, con la finalidad de fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública, expidió la Ley 1474 de 2011 (estatuto anticorrupción), que complementó la Ley 610 e implementó el proceso verbal para este tipo de actuaciones.

Respecto del proceso de responsabilidad fiscal, el artículo 1.º de la Ley 610 de 2000 lo define como "el *conjunto de actuaciones administrativas adelantadas por las contralorías con el fin de determinar y establecer la responsabilidad de los servidores públicos y de los particulares*, cuando en el ejercicio de la gestión fiscal o con ocasión de ésta, causen por acción u omisión y en forma dolosa o culposa un daño al patrimonio del Estado" (énfasis nuestro).

En relación con este proceso, la Corte Constitucional ha señalado lo siguiente:

> [Es] el conjunto de actuaciones administrativas adelantadas por las contralorías con el fin de determinar y establecer la responsabilidad de los servidores públicos y de los particulares, cuando en el ejercicio de la gestión fiscal o con ocasión de ésta, causen por acción u omisión y en forma dolosa o culposa un daño al patrimonio del Estado. El proceso de responsabilidad fiscal se orienta a obtener una declaración jurídica, en la cual se precisa con certeza que un determinado servidor público o particular debe cargar con las consecuencias que se derivan por sus actuaciones irregulares en la gestión fiscal que ha realizado y que está obligado a reparar el daño causado al erario público, por su conducta dolosa o culposa. El proceso fiscal se constituye en una función complementaria del control y vigilancia de la gestión fiscal que le corresponde ejercer a la Contraloría General de la República y a las contralorías departamentales, municipales y distritales, convirtiéndose en el mecanismo jurídico con que cuentan tales entidades para establecer la responsabilidad de los servidores públicos y de los particulares, en el manejo de fondos y bienes públicos, cuando con su conducta –activa u omisiva– se advierte un posible daño al patrimonio estatal[5].

[5] Corte Constitucional, sentencia C-382 de 2008. MP Rodrigo Escobar Gil.

Esa corporación también se ha pronunciado sobre las características especiales del proceso, como se observa a continuación:

> (a) Se origina única y exclusivamente del ejercicio de una gestión fiscal, esto es, de la conducta de los servidores públicos y de los particulares que están jurídicamente habilitados para administrar y manejar dineros públicos; (b) No tiene una naturaleza jurisdiccional *sino administrativa*; (c) La *responsabilidad fiscal* que se declara en el proceso es esencialmente *patrimonial* y no sancionatoria, toda vez que tiene una finalidad exclusivamente reparatoria; (d) La responsabilidad fiscal es *independiente* y *autónoma* de otros tipos de responsabilidad; (e) La responsabilidad fiscal es de carácter subjetivo, pues para deducirla es necesario determinar si el imputado obró con dolo o con culpa; (f) Finalmente, los órganos de control fiscal están obligados a obrar *con observancia plena de las garantías sustanciales y procesales propias del debido proceso*, las cuales deben armonizarse con los principios que gobiernan la función administrativa, es decir, con los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad[6] [énfasis nuestro].

Por su parte, el tratadista Gómez Lee[7] condensa las características de la responsabilidad fiscal así: (1) es personal y patrimonial, (2) es una actuación administrativa, (3) debe garantizar el debido proceso y (4) es independiente y autónoma.

Frente a la primera de ellas, refiere que se exige de quienes tienen a su cargo la gestión fiscal y atiende a la protección del patrimonio público, como bien jurídico tutelado, para que sea resarcido por quien o quienes han causado su detrimento. Por otro lado, en relación con la segunda característica, señala que corresponde a una actuación administrativa que adelanta una contraloría competente, y persigue una declaración administrativa que defina la responsabilidad administrativa de uno o varios implicados.

En cuanto al tercer rasgo que pone de presente el autor, sostiene que es indispensable que en el trámite de dichos procesos se observe el debido proceso: "[...] la norma del artículo 29 de la Constitución es aplicable al proceso de responsabilidad fiscal, en cuanto a la observancia de las siguientes garantías sustanciales y procesales. Legalidad, juez natural o legal, autoridad administrativa competente, favorabilidad,

[6] Ídem.

[7] Gómez Lee. *Responsabilidad fiscal y gerencia de los recursos públicos*, cit., 262 y ss.

presunción de inocencia, derecho de defensa, derecho a ser oído, a intervenir en el proceso directamente o a través de abogado, a presentar y controvertir".

Finalmente, Gómez Lee sostiene que la responsabilidad fiscal es independiente y autónoma, atendiendo a que su finalidad es resarcitoria y no sancionatoria, ni disciplinaria, puesto que solamente busca indemnizar el detrimento patrimonial causado a una entidad estatal.

Al respecto, la Corte Constitucional sostuvo:

> El proceso de responsabilidad fiscal, orientado a obtener una declaración jurídica, en la cual se precisa con certeza que un determinado servidor público o particular debe cargar con las consecuencias que se derivan por sus actuaciones irregulares en la gestión fiscal que ha realizado y que está obligado *a reparar el daño causado al erario público,* por su conducta dolosa o culposa[8] [énfasis nuestro].

En el mismo sentido, el Consejo de Estado ha manifestado:

> La Sala precisa, que la responsabilidad fiscal, de conformidad con el artículo 4° de la Ley 610 de 20007, no tiene carácter sancionatorio, ni penal; tiene *una finalidad meramente resarcitoria* y, por lo tanto, es independiente y autónoma, distinta de la responsabilidad penal o disciplinaria que pueda corresponder por la misma conducta, por lo que cada proceso trae consigo consecuencias diferentes, aunque si se percibe indemnización de perjuicios dentro del proceso penal, no es procedente obtener un nuevo reconocimiento[9] [énfasis nuestro].

De conformidad con la jurisprudencia citada, la responsabilidad fiscal se diferencia de otros tipos de responsabilidad, como la disciplinaria y penal, en que la indemnización tiene un carácter resarcitorio y no sancionatorio; en otras palabras, no puede equipararse con un castigo o reconvención a una conducta del servidor público. Empero, no quiere decir lo mencionado que el detrimento patrimonial causado al erario no pueda ser objeto de reproche por estar dentro de la órbita de la responsabilidad disciplinaria o pecuniaria del servidor público.

[8] Corte Constitucional, sentencia C-557 de 2009. MP Luis Ernesto Vargas Silva.

[9] Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. CP María Elizabeth García González, Bogotá, 16 de marzo de 2017. Rad. 11001-03-24-000-2012-00369-00.

2. La inhabilidad derivada de la declaratoria de responsabilidad fiscal y sus dos consecuencias negativas

Como lo hemos venido explicando, se supone que la naturaleza del proceso de responsabilidad fiscal es resarcitoria, es decir, su finalidad primigenia es que una vez probado el menoscabo patrimonial se le imponga al sujeto condenado a responder por los recursos públicos probadamente afectados. A pesar de esto, nos es posible sugerir que la ideal naturaleza resarcitoria se ve distorsionada por la consecuencia legal de la declaratoria de responsabilidad fiscal: la inhabilidad para ejercer cargos públicos y contratar con el Estado.

A continuación explicaremos la inconveniencia de esta inhabilidad y las situaciones negativas que se generan por su imposición.

A) *Limitación al ejercicio del derecho fundamental al sufragio pasivo*

Para comenzar, la inhabilidad por la declaratoria de responsabilidad fiscal emerge de diversas fuentes legales. Primero, el artículo 60 de la Ley 610 de 2000 se refiere al *Boletín de responsables fiscales* y en su parágrafo 3.º señala una limitante a los funcionarios con poder de nominación o designación, prescribiendo que estos "deberán abstenerse de nombrar, dar posesión o celebrar cualquier tipo de contrato con quienes aparezcan en el boletín de responsables, so pena de incurrir en causal de mala conducta, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 6.° de la Ley 190 de 1995"[10]. Indirectamente, se plantea un impedimento para que los funcionarios declarados como responsables fiscales e inscritos en el boletín mencionado ejerzan cargos públicos o celebren contratos públicos.

Luego, el artículo 38 de la Ley 734 de 2002 del Código Disciplinario Único señala como "Otras inhabilidades": "[…] 4. Haber sido declarado responsable fiscalmente". A continuación, el parágrafo 1.° se refiere a la inhabilidad para desempeñar cargos públicos y contratar con el Estado por cinco años desde la ejecutoria del fallo de responsabilidad o hasta que se confirme el pago del daño causado. Por último, se señala que luego de pasados los cinco años, se prolongará por igual o menor término, dependiendo del valor al que ascienda el daño[11].

[10] Ley 610 de 2000, artículo 60.

[11] Ley 734 de 2002, artículo 38.

De la declaratoria de responsabilidad fiscal, y muy particularmente de la inhabilidad sobreviniente, se pueden verificar efectos drásticos, tanto para particulares –contratistas, por ejemplo– como para los servidores públicos, y de manera muy especial los elegidos popularmente. Este último caso enfrenta tensiones jurídicas tanto en el derecho interno como en el internacional. En verdad, nos parece que resulta problemático que como sanción subsidiaria a la declaratoria de responsabilidad se imponga una inhabilidad, cuando el tipo de responsabilidad en sí no es de carácter punitivo o sancionatorio.

Así, en el caso de los elegidos popularmente, el hecho de que indirectamente se limite el ejercicio del derecho político a ser elegido supone una grave sanción y en consecuencia una intromisión directa en el núcleo esencial de este derecho. Lo anterior funge como una regulación al ejercicio del derecho fundamental de participar en la organización y el ejercicio del poder, de modo que tratándose de una restricción a su ejercicio, ella debió y debería tramitarse y expedirse por medio de una ley estatutaria de conformidad con lo establecido por la Constitución Política[12]. Por otro lado, al tratarse claramente de una limitación a un derecho fundamental, su imposición debería darse en el marco de un proceso judicial en el que se brinden todas las garantías judiciales, y no es un proceso administrativo, cuya regulación es mucho más abierta y menos definitiva.

En este sentido, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en el artículo 23.2 señala que "La ley puede reglamentar el ejercicio de los derechos y oportunidades a que se refiere el inciso anterior, exclusivamente por razones de edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, o condena, por juez competente, en proceso penal". Según esto, cuando la limitación surja como sanción, únicamente podría ser válida por la condena de un juez en un proceso penal. En esta misma línea, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la sentencia del caso *López Mendoza vs. Venezuela*, determinó que la sanción impuesta al señor López por la Contraloría venezolana es contraria a la convención, debido a que

> En el presente caso, que se refiere a una restricción impuesta por vía de sanción, debería tratarse de una "condena, por juez competente, en proceso penal". Ninguno de esos requisitos se ha cumplido, pues el órgano que impuso dichas sanciones no era un "juez competente",

[12] Constitución Política de 1991, artículo 152.

no hubo "condena" y las sanciones no se aplicaron como resultado de un "proceso penal", en el que tendrían que haberse respetado las garantías judiciales consagradas en el artículo 8 de la Convención Americana[13].

B) *Limitación para contratar con el Estado*

Además de la limitación al ejercicio del sufragio pasivo, la inhabilidad derivada de un fallo de responsabilidad fiscal no atiende completamente al objetivo de resarcir el daño patrimonial causado. Lo anterior se debe a que la inhabilidad sobreviniente puede conducir a todo lo contrario de lo que perseguiría un proceso resarcitorio, que es resarcir el daño causado. En efecto, el contratista inhabilitado se enfrenta, casi que inmediatamente a una quiebra inevitable, colocándolo en la peor de las situaciones para poder pagar al Estado. Así, por ejemplo, si está presente en la ejecución de otros contratos, con esta inhabilidad tendría que ceder los contratos. Además, no podría seguir participando en nuevas convocatorias contractuales, es decir, su actividad económica se diluye totalmente y no podría pagar de ninguna manera. ¿Será que este debe ser el fin de la responsabilidad fiscal? ¿No sería mejor dejarle la posibilidad al contratista de seguir en plena actividad para que pueda realmente pagar sus condenas? Recordemos que esta responsabilidad es autónoma y si hubiere actos de corrupción, intervendría el derecho penal con todo su rigor y sus consecuencias. Pero no siempre las condenas en responsabilidad fiscal son derivadas de actos de corrupción, y es muy importante distinguir esto para no borrar las fronteras de cada una de las responsabilidades.

C) *El impacto de la solidaridad en la responsabilidad fiscal*

Pero la situación de los contratistas envueltos en procesos de responsabilidad fiscal es delicada no solo por la inhabilidad resultante de la condena: también lo es por la aparición, en el estatuto anticorrupción, de la solidaridad. En efecto, el artículo 119 prevé que "En los procesos de responsabilidad fiscal, acciones populares y acciones de repetición en los cuales se demuestre la existencia de daño patrimonial para el Estado proveniente de sobrecostos en la contratación u otros hechos irregulares, responderán solidariamente el ordenador del gasto del

[13] Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia caso López Mendoza vs. Venezuela.

respectivo organismo o entidad contratante con el contratista, y con las demás personas que concurran al hecho, hasta la recuperación del detrimento patrimonial".

Resulta por lo menos curioso que la ley convierta en solidariamente responsables a los ordenadores del gasto cuando en realidad de verdad son los más frágiles de esta relación económica. No parece ser la vocación de la institución de la solidaridad. Todo lo contrario, ella emerge para abarcar a los más solventes, para que en caso de condena se pueda llegar a hacer efectivos los pagos. De nada sirve una solidaridad con funcionarios que perciben solamente salarios de los que viven. Pero, además, esta solidaridad trae serias dudas acerca de su constitucionalidad. Recordemos que el artículo 90 de la Constitución, cláusula general de todas las responsabilidades públicas, señala la responsabilidad de los servidores públicos únicamente cuando hayan participado en la realización del daño con culpa grave o dolo. Nada más lejano a la solidaridad que obligar a pagar sin haber tenido culpa o dolo.

La realidad muestra que esta nueva regla de la solidaridad ha sido interpretada, en mi opinión, de manera errónea. Varios son los casos en que las condenas han sido solidarias sin que se haya realizado ningún análisis de la individualización de lo que debería cada uno y por qué razón. Esto plantea una dificultad mayor porque impide que alguno de los condenados asuma el pago de la totalidad del pago de la condena porque nunca sabría por cuánto tendría que repetir contra los demás deudores, pues nunca se estableció en el proceso. Desafortunadamente, el juez administrativo que ejerce el control de legalidad sobre estas decisiones administrativas no ha visto en esta práctica ningún motivo para desvirtuar el principio de legalidad. Esto, a pesar de que aceptar una responsabilidad fiscal solidaria sin que se diga a cuánto asciende la participación del gestor en la causación del detrimento patrimonial al Estado significaría que no se demostró con suficiencia el nexo causal, siendo este uno de los elementos constitutivos de la responsabilidad fiscal, de conformidad con el artículo 5.º de la Ley 610.

D) *Insuficiencia de garantías judiciales frente a las condenas de responsabilidad fiscal*

Una vez explicadas las consecuencias que se derivan de la declaratoria de responsabilidad fiscal, se hace necesario hablar de la insuficiencia de instrumentos jurídicos y garantías judiciales que permitan a quienes

son declarados responsables fiscalmente recurrir de forma efectiva las actuaciones de la administración.

En situaciones en que se pueden presentar injusticias irreversibles podría considerarse la utilización de diferentes mecanismos de defensa judicial, como serían la acción de tutela o la acción de nulidad y restablecimiento del derecho. Sin embargo, estas opciones no resultan viables del todo y tampoco son solución expedita a una condena que podría ser ilegal.

Primero, podemos decir que la acción de tutela es un mecanismo de defensa judicial de derechos fundamentales, de carácter subsidiario y extraordinario, cuya procedencia responde únicamente a situaciones en que no existan otros mecanismos de defensa judicial más idóneos, o hasta que estos se hayan agotado. Cuando se trata de recurrir un acto administrativo de carácter particular y concreto, la jurisprudencia de la Corte Constitucional[14] y del Consejo de Estado[15] ha sido reiterativa en señalar que la acción de tutela no puede ser vista como un atajo por parte del accionante, para que un juez de diferente experticia ejerza control de legalidad. De modo que solo en situaciones muy excepcionales y donde se adviertan violaciones graves a derechos fundamentales, con vocación de generar perjuicios irremediables, es procedente la acción de tutela.

Esta opción, desde la entrada en vigor del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA), es cada vez más rara. La modificación de las medidas cautelares en este nuevo estatuto se traduce en una reforma disimulada de la acción de tutela. En efecto, los jueces de tutela consideran a menudo que los condenados fiscalmente deben acudir ante el juez de fondo, que es el juez administrativo, para solicitar las medidas cautelares que suspendan los efectos de una decisión que pueda causar graves perjuicios. Si en principio esta posición es válida, la realidad es que no resulta para nada práctica, por varias razones. En primer lugar, hay que agotar un procedimiento previo de conciliación ante la Procuraduría, que puede durar hasta tres meses. Luego, esperar que el juez adopte la decisión de conceder la medida cautelar. Esto podría ser demorado porque, según interpretaciones

[14] Corte Constitucional, sentencia T-733 de 2014. MP Mauricio González Cuervo.

[15] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, CP Rocío Araújo Oñate, sentencia del 23 de noviembre de 2017, radicación 25000-23-36-000-2017-01060-01(AC). Actor: Juan Carlos Restrepo Vélez; demandado: Discovery Comunications.

recientes, en los casos de tribunales debe ser una decisión de sala y no como parecería entenderse de la lectura del CPACA, de magistrado ponente, lo cual contribuía a la rapidez de la decisión.

Es verdad que el CPACA contiene las medidas cautelares de urgencia, pero nunca son tan rápidas como lo venía siendo la tutela. Además, son excepcionalísimas.

Finalmente, el legislador no previó recursos en caso de negarse la medida cautelar, lo cual hubiese sido muy importante en la garantía de los derechos de los accionantes. No olvidemos que una de las funciones de los recursos es generar una mayor calidad en las decisiones por el solo hecho que su autor sepa que ella podrá ser revisada por un superior para confirmarla, modificarla o revocarla.

En este escenario, quien fuera condenado de forma arbitraria e injustificada como responsable fiscal tendría que aguardar a la terminación de un proceso largo y que para el momento del fallo podría ya no tener efectos para evitar el perjuicio irremediable. Sólo le queda constatar el drama y reclamar la indemnización de perjuicios por la muerte de su empresa condenada de manera ilegal, y detrás de ello, muchos años de esfuerzo perdido.

3. La realidad de la efectividad de las condenas de responsabilidad fiscal

Ya hemos expuesto los problemas que surgen de la inhabilidad consecuente a la declaratoria de responsabilidad fiscal. Para nosotros, se ve truncado el objetivo resarcitorio de este tipo de responsabilidad; se violan derechos fundamentales y no se consigue siempre cumplir con la finalidad de recuperar los recursos que se han desviado o perdido por la corrupción.

Ahora bien: de conformidad con el artículo 274 de la Constitución, la entidad encargada de vigilar y reconocer la eficiencia de los trabajos realizados por las contralorías de los órdenes nacional y territorial es la Auditoría General de la República. La Corte Constitucional, en la sentencia C-599 de 2011, estableció que

> De esta manera, del precepto superior se desprende, tal y como lo ha aclarado la jurisprudencia de esta Corte, en primer lugar, *que la gestión fiscal del máximo órgano de vigilancia y control fiscal, no queda exento de control fiscal*, por cuanto dicha gestión fiscal debe ajustarse a la Constitución y a las leyes orgánicas respectivas,

> so pena de vulnerar los fines del Estado y las finalidades propias del control fiscal.
>
> En segundo lugar, del mencionado precepto constitucional se colige que *dicho control no puede ser ejercido por la propia Contraloría General de la República, que no puede llevar a cabo la vigilancia y [el] control sobre la gestión fiscal de sus propios recursos*, lo cual iría en contravía de los principios de equidad, transparencia e imparcialidad que deben regir tal ejercicio, de conformidad con los artículos 267 y 268 superiores, razón por la cual la Constitución prevé que sea un auditor el que realice dicho control[16] [énfasis nuestro].

En el ejercicio de esta función, el informe de la Auditoría General para el año 2016 revela que de cada 1000 pesos en procesos de responsabilidad apenas se recuperan 40. Además, se puso en evidencia que la Contraloría General de la República solamente efectuó control sobre el 76% del presupuesto asignado para los años 2012 a 2015[17]. Así mismo, una muestra recogida por *Dinero.com* mostró que los municipios no son efectivos en el cobro de las condenas de los procesos de responsabilidad fiscal[18].

Así las cosas, se constata que con el actual control fiscal no se logra, en muchos casos, cumplir con sus objetivos, lo cual lo revela poco eficiente, y, por el contrario, pareciera indicar que los efectos ocasionados a los sujetos sometidos al control fiscal son altamente negativos, vulneran derechos, crean situaciones de indefensión para los condenados y evitan que se cumpla con el principal objetivo de resarcir los daños patrimoniales ocasionados al Estado.

4. La necesidad de cambiar el enfoque

A pesar de los efectos negativos reseñados, no parece del todo justo acusar a las contralorías de la poca recuperación de recursos perdidos por corrupción. La justificación más utilizada para que la eficiencia de

[16] Corte Constitucional. Sentencia C-599 de 2011. mp Luis Ernesto Vargas Silva.

[17] *El Tiempo*. "Contralorías rescatan 40 de cada $1.000 de recursos embolatados". Obtenido de http://www.eltiempo.com/economia/sectores/recursos-publicos-recuperados-por-la-contraloria-40208. Consultado el 3 de julio de 2018.

[18] *Dinero*. "Municipios, malos para cobrar dineros esquilmados". Obtenido de https://www.dinero.com/pais/articulo/dineros-no-recuperados-colombia/198684. Consultado el 3 de julio de 2018.

estos órganos no llegue a los máximos posibles es que los medios y recursos a su disposición no son suficientes para atacar frontalmente el inmenso espectro de la corrupción. Carlos Felipe Córdoba[19], actual contralor general de la República, dijo en marzo de 2017 en entrevista para *El Espectador* que "el problema más grande son, por ejemplo, los recursos de Vaupés. Ahí hay una Contraloría que tiene sólo cinco funcionarios, no tiene ni siquiera un ingeniero civil, y por más esfuerzo que haya hecho el contralor de la región, no va a poder verificar el 100% de los recursos"[20]. Además, mencionó que en su criterio debería hacerse una reforma constitucional que convirtiera el control fiscal de póstumo a preventivo.

En ese sentido, consideramos que es importante cambiar el enfoque en el que se ha venido desarrollando el proceso de responsabilidad fiscal para fortalecer el cobro y proporcionar diferentes formas de pago que permitan al condenado cumplir con la obligación que le asiste. Esto podría arrojar mejores resultados en la recuperación de los recursos perdidos por corrupción. Opciones como la constitución de una fiducia en garantía podrían avalar que un sujeto declarado responsable fiscal pudiera seguir ejerciendo actividades económicas que le permitieran generar ingresos, y con esto, un pago a las condenas debidamente probadas.

Conclusiones

Si bien la ineficacia en recuperar los recursos públicos puede darse en parte por falta de optimización en la asignación y el uso eficiente de los recursos puestos a disposición de las contralorías, es bastante evidente que la forma en que se han venido imponiendo condenas de responsabilidad fiscal con la imposición de una inhabilidad ha generado mayores inconvenientes que bienestares.

[19] Carlos Felipe Córdoba Larrarte. Auditor general de la República, periodo 2015-2017. Especialista en Alta Gerencia de la Universidad Libre de Pereira y la Universidad Rey Juan Carlos de Madrid (España). Obtenido de http://www.auditoria.gov.co/Paginas/Carlos_Felipe_Cordoba_Larrarte.aspx. Consultado el 9 de julio de 2018.

[20] Castaño Muñoz, Stefany. "'No se puede tener un sistema de control fiscal póstumo': auditor general de la República". Obtenido de https://www.elespectador.com/economia/no-se-puede-tener-un-sistema-de-control-fiscal-postumo-auditor-general-de-la-republica-articulo-683144. Consultado el 9 de julio de 2018.

Dado lo anterior, es importante reconsiderar la persistencia de la inhabilidad que resulta como consecuencia de las condenas fiscales y abrir posibilidades a diferentes formas de pago que permitan, por un lado, que el condenado siga desarrollando una actividad económica con la que pueda hacer frente a su deuda, y que, en ese mismo orden, se realice un control más estricto y constante sobre la forma en la que los responsables hacen esos pagos, para lograr recuperar así una mayor cantidad de recursos públicos. Por otro lado, se evita que un proceso de naturaleza resarcitoria mute a uno sancionatorio, que a la vez implica la vulneración de derechos fundamentales reconocidos y protegidos nacional e internacionalmente.

BIBLIOGRAFÍA

Castaño Muñoz, Stefany, "'No se puede tener un sistema de control fiscal póstumo': auditor general de la República". Obtenido de https://www.elespectador.com/economia/no-se-puede-tener-un-sistema-de-control-fiscal-postumo-auditor-general-de-la-republica-articulo-683144. Consultado el 9 de julio de 2018.

Dinero. "Municipios, malos para cobrar dineros esquilmados". Obtenido de https://www.dinero.com/pais/articulo/dineros-no-recuperados-colombia/198684. Consultado el 3 de julio de 2018.

El Tiempo. "Contralorías rescatan 40 de cada $1.000 de recursos embolatados". Obtenido de http://www.eltiempo.com/economia/sectores/recursos-publicos-recuperados-por-la-contraloria-40208. Consultado el 3 de julio de 2018.

Gómez Lee, Iván. *Responsabilidad fiscal y gerencia de recursos públicos*. Legis, Bogotá, 2014.

Capítulo iv

Necesidad de repensar las herramientas jurídicas en la lucha anticorrupción*

María Teresa Palacio Jaramillo**

Sea el momento de reconocer la enorme importancia que tiene para el análisis sosegado y la profundización tranquila de temas que interesan al derecho público, y en especial a la gestión en la contratación estatal, este tipo de encuentros propiciados por la Universidad de los Andes y que reúnen sectores representativos de diversas disciplinas, gustosos de debatir con amplitud aspectos que generan controversias o que requieren ser repensados, dada una situación coyuntural o estructural. Son estos espacios los que generan y facilitan interesantes debates que incluso han permeado la propia legislación, la jurisprudencia y, sin duda, las distintas posturas doctrinales.

En esta oportunidad, y a propósito de los 25 años de la Ley 80 de 1993 y sus posteriores desarrollos, he creído interesante abordar tres aspectos que tienen un tronco común, cual es la imperativa lucha contra la corrupción, pero que, en mi sentir, está abordada en ocasiones de manera equivocada, como lo desarrollaré a lo largo de estas breves líneas.

En primer término, he decidido poner a consideración de ustedes un tema complejo y que ha generado en mí profundos interrogantes y, por qué no decirlo, angustia y desazón, en la medida en que cuanto más analizo el asunto, más considero que quizá puedan existir otras maneras de abordar esta cuestión, e incluso podría concluirse la necesidad de un ajuste normativo que brinde al juzgador y fundamentalmente al gestor público mayores herramientas para llevar a cabo su misión, que

* Doi: http://dx.doi.org/10.15425/2017.341.

** Profesora de derecho público y contratación estatal de pregrado y posgrado de las universidades de Los Andes, Del Rosario y Javeriana. Fundadora y directora de la Especialización en Contratación Estatal y su Gestión de la Universidad del Rosario. Árbitro de la Cámara de Comercio de Bogotá y conjuez del Consejo de Estado.

dé claridad a sus actuaciones y decisiones sin que deba verse abocado, en cada caso, a enfrentar situaciones complejas y paradójicas como las que hoy se están observando frente a hechos de corrupción que han conmovido la sociedad colombiana y, sin duda, a varios países de la región, con las funestas consecuencias que ello trae en el cumplimiento de los proyectos en específico que se han visto fracasados en su propósito fundamental de cumplir los fines del Estado.

En este orden de ideas, la relación estrecha y simbiótica que se ha establecido entre la corrupción y la nulidad de los contratos que de cualquier manera la han sufrido amerita un momento de análisis.

La aplicación de los principios que guían no solamente la función administrativa sino el manejo de la cosa pública es digna de alguna mención. Los de moralidad y transparencia, tal y como han sido entendidos por la jurisprudencia y los diversos contextos legales, encuentran una evidente tensión frente al principio fundante del derecho público en Colombia: el de legalidad. La armonización de ellos debe hacerse con delicadeza y cuidado, para no crear una profunda inseguridad jurídica y la consecuente pérdida de seriedad y firmeza del contenido del contrato, que es ley para las partes y que, en cuanto hace a los suscritos por el Estado, se constituye en el medio para lograr sus fines y, por tanto, en el motor del desarrollo en pro del interés general.

No existe duda alguna de que toda actuación de quien ejerce una función pública debe estar sometida a una norma de carácter superior y anterior. Como bien lo ilustra una sentencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado[1], el principio de legalidad implica una doble garantía de seguridad jurídica y preexistencia de disposiciones jurídicas. Según lo expuesto por el maestro Juan Carlos Cassagne, "En el campo de la Administración Pública, el principio de legalidad puede concebirse en varias acepciones. Por de pronto, toda actuación administrativa debe fundarse en ley material (ley formal, reglamento administrativo, ordenanzas, etc…). Al propio tiempo, el principio de legalidad opera como una restricción del ejercicio del poder público y exige ley formal o ley formal-material para aquellas actuaciones que interfieren en la libertad jurídica de los particulares"[2].

[1] Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 9 de mayo de 2012, rad. 22395 (CP Alier Hernández).

[2] *Los grandes principios del derecho público: constitucional y administrativo*. Madrid, Thomson Reuters (2015), pp. 159 y ss.

Por su parte, el principio de moralidad se encuentra consagrado en el artículo 209 superior[3], como uno de aquellos en que descansa la función administrativa al servicio de los intereses generales, y está consagrado, entre otras normas, en el artículo tercero de la Ley 1437 de 2011, en virtud del cual toda persona y, por ende, los servidores públicos "están obligados a actuar con rectitud, lealtad y honestidad en las actuaciones administrativas".

Con este propósito vale la pena traer a colación la sentencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado del 25 de abril del 2012 (CP Enrique Gil Botero), en la que señala en relación con la moralidad que es aquella obligación de comportamiento funcional "[...] según los postulados de la honradez, pulcritud, rectitud, buena fe, primacía del interés general y honestidad, sobre las cuales existe un consenso por parte del conglomerado social en un periodo determinado". Establece también que "[...] no toda ilegalidad supone una inmoralidad", opinión que comparto y que me lleva a concluir que el concepto que se examina desborda el marco de lo legal o ilegal, y que para su definición se requiere un análisis en cada caso concreto, con las complicaciones propias que la tipicidad conlleva, mucho más cuando impacta la responsabilidad de un agente.

Por ello considero oportuno resaltar la siguiente cita, en la que el Consejo de Estado expone los desafíos y retos que presentan la aplicación e interpretación del principio de moralidad:

> La Sala reconoce que la moralidad administrativa es un principio constitucional cuya aplicación es difícil y compleja y debe realizarse por parte del juez utilizando un especial método de interpretación que garantice la vinculación directa de la función administrativa con el valor de los principios generales proclamados por la Constitución. Se trata ésta de una "tarea compleja y difícil, en tanto requiere de la aplicación directa de estos principios" cuyo contenido, por esencia, es imposible de definir a priori, pues de hacerlo se correrá el riesgo de quedarse en un nivel tan general que cada persona hubiera podido entender algo distinto y dar soluciones diversas[4].

[3] Constitución Política, "Artículo 209. La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones".

[4] Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 22 de febrero de 2007 (CP Alier Hernández).

A su vez, la Ley 472 de 1998 establece la moralidad administrativa como un derecho colectivo susceptible del amparo correspondiente[5]. Así entendida, esta concepción deja atrás la idea del principio de legalidad como principal, para dar cabida a una serie de derechos fundamentales radicados en cabeza de los conglomerados, lo cual lleva a que una cosa se entienda por *moralidad administrativa* como principio que deviene del artículo 209 de la norma superior, y otra sea aquella relacionada con un derecho colectivo según el artículo 88 de la Constitución Política que está en cabeza de todo un conglomerado.

De estos breves apuntes es fácil concluir que la *moralidad administrativa* es un concepto vago y ambiguo que requiere la interpretación casuística del juez y que no está ligado indefectiblemente al principio de legalidad.

En lo que hace a la transparencia, el diccionario de la lengua de la Real Academia Española la define como "[...] aquello claro, evidente, que se comprende sin duda ni ambigüedad". A su vez, el artículo 3.° de la Ley 1437 de 2011 establece que "En virtud del principio de transparencia, la actividad administrativa es del dominio público y, por consiguiente, toda persona puede conocer de la actividad de la administración salvo reserva legal". Con lo antes visto, el concepto que se pretende definir también entraña enormes dificultades en su precisión dadas su generalidad, la falta de tipicidad de sus elementos conceptuales y la evidente ambigüedad.

Del solo análisis de estos tres principios es fácil determinar la enorme tensión que hay entre ellos, en la medida en que la legalidad implica la existencia de una ley formal que da seguridad jurídica y es una restricción al ejercicio del poder público. Los principios de moralidad y transparencia, a su vez, tienen un contenido abierto, ambiguo y general, soportado en conceptos indeterminados, lo cual hace que su contenido sea imposible de definir *a priori*.

Sentado lo anterior y frente a las trascendentales decisiones que se han tomado recientemente en Colombia ante evidentes actos de corrupción presentados en importantes proyectos de infraestructura, que han definido la nulidad absoluta de los contratos, pasamos a revisar algunos aspectos de no menor calado considerando los efectos catastróficos y los impactos profundos que estas determinaciones han traído y pueden

[5] Ley 472 de 1998, "Artículo 4. *Derechos e intereses colectivos*. Son derechos e intereses colectivos, entre otros, los relacionados con: [...] (b) La moralidad administrativa [...]".

traer a la contratación estatal en Colombia, dando al traste con emprendimientos que tanto han costado en su planeación, estructuración y ejecución y que son, sin lugar a equívocos, de importancia capital para nuestro desarrollo y avance.

No puedo dejar de mencionar también la urgencia de centrar nuestra atención en el efecto que estas decisiones han tenido, no solo sobre la obra misma, sino, en particular, en materia de pérdida de un número importante de empleos; obras inconclusas; recursos irrecuperables y demoras en la ejecución de trabajos que, en el mejor de los casos, solo es posible continuar muchos años después con un costo exorbitante.

Esta reflexión me lleva también a analizar el sinnúmero de circunstancias que pueden presentarse en los procesos de selección, así como en el desenvolvimiento contractual; eventualidades que, estimo, no pueden ser tratadas todas ellas de la misma manera.

En efecto, para nadie es un secreto que personajes corruptos existen en empresas serias y de tradición, cuyo comportamiento llena de lastre una actividad tan esencial como es la relativa a los negocios del Estado que buscan la satisfacción del interés general. Casos se han visto en los que un funcionario pide una dádiva a la totalidad de los proponentes que se presentan a una licitación y hace efectivo su cobro a quien realmente es el ganador por presentar la mejor oferta técnica y económica, y es por ello el destinatario del proceso de selección objetiva de manera legítima. En situaciones como la descrita, el proyecto adjudicado y el contrato suscrito con el beneficiario están lejos de cualquier cuestionamiento moral o ético, pues, dicho coloquialmente, el corrupto "va a la fija" y recauda la coima de aquel que legalmente y sin tacha fue adjudicatario del contrato.

¿Cómo podría, en un caso como el planteado, sancionarse con nulidad absoluta este acuerdo de voluntades cuando la situación fáctica no parece cumplir con los presupuestos del objeto y de la causa ilícita? La sanción así adoptada, que deja sin efectos el contrato, parecería inadecuada y aún perversa, y daría al traste con un proyecto transparente, útil y necesario para el bien colectivo. Ejemplo de igual índole se da cuando un servidor público tiene conocimiento previo y privilegiado, en razón de sus funciones, por ejemplo, de cuál será el resultado de un proceso evaluativo y procede a "vender" la información haciendo creer al que la "compra" que él puede incidir en el proceso selectivo cuando en realidad la decisión ya ha sido adoptada en debida forma y el adjudicatario lo será por mérito propio. En esos casos, la nulidad

de los contratos que así se suscriban no parece ser la respuesta más adecuada, justa y conveniente, puesto que definitivamente no existe un objeto ni una causa ilícita en la adjudicación y celebración del acuerdo de voluntades.

Así las cosas, muchas son las situaciones en que no obstante encontrarse el elemento corruptor, éste no tiene ninguna relación con la ilicitud del objeto o la causa de dicho contrato.

Para dar mayor claridad a lo que he venido comentando, es absolutamente ilustrativa la clasificación que trae la obra *El arbitraje nacional frente a la corrupción*[6], escrito en el que se propone una calificación, a mi juicio bastante útil e ingeniosa, para tratar el asunto que nos ocupa, según la cual existen contratos "por la corrupción" o "para la corrupción".

Bajo esta propuesta, los contratos "para la corrupción" son aquellos en que la corrupción es el fin perseguido por el acuerdo de voluntades y no el medio que determina su celebración. Con este solo planteamiento parece bastante claro que un contrato celebrado "para la corrupción" tiene objeto ilícito de conformidad con lo dispuesto en los artículos 1519 y 1523 del Código Civil[7], que señalan que hay objeto ilícito en todo aquello que contraviene al derecho público de la Nación o en todo contrato prohibido por las leyes.

Igual podría el juez considerar que el contrato suscrito atenta contra las buenas costumbres y el orden público, caso en el que se presenta una causa ilícita, de conformidad con lo señalado en el artículo 1524 del Código Civil, en la medida en que el motivo que induce al contrato está prohibido por la ley. Obviamente, acá debe existir una relación de causalidad directa entre el contrato y el motivo ilícito o entre el contrato y el objeto ilícito.

El decir del tratadista Arturo Valencia Zea aclara un poco lo que pretendo indicar, al definir los negocios jurídicos ilícitos como aquellos

[6] Fabricio Mantilla Espinosa; Myriam Salcedo Castro y Francisco Bernate Ochoa. *El arbitraje nacional frente a la corrupción*. Bogotá, Ibáñez, Colección Arbitraje 360°, primera edición (2018).

[7] Código Civil, "Artículo 1519. *Objeto ilícito*. Hay un objeto ilícito en todo lo que contraviene al derecho público de la nación. Así, la promesa de someterse en la república a una jurisdicción no reconocida por las leyes de ella, es nula por el vicio del objeto. Artículo 1523. *Objeto ilícito por contrato prohibido*. Hay así mismo objeto ilícito en todo contrato prohibido por las leyes".

"[...] prohibidos directamente por la ley y los contrarios al orden público o a las buenas costumbres"[8].

Si el contrato se celebra como fruto de un ilícito y el contenido de él está prohibido por la ley habrá, sin duda, un contrato con objeto ilícito. Ahora bien: si el motivo mismo que conduce a la celebración del acuerdo de voluntades y que lleva a las partes a celebrarlo está prohibido o es contrario al orden público, al tenor del artículo 1524 del Código Civil, debe concluirse que el propio objeto tiene motivos ilícitos, caso en el cual estaremos frente a un contrato con causa ilícita[9].

En los dos casos planteados (objeto y causa ilícitos) se estará en presencia de una nulidad absoluta insanable a tenor de lo dispuesto en el artículo 1741 del Código Civil, el cual establece que "La nulidad producida por un objeto o causa ilícita, y la nulidad producida por la omisión de algún requisito o formalidad que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos o contratos en consideración a la naturaleza de ellos, y no a la calidad o estado de las personas que los ejecutan o acuerdan, son nulidades absolutas".

En este punto es interesante traer a colación a Josserand en su libro *Los móviles en los actos jurídicos en el derecho privado*, donde sostiene que para que se dé este fenómeno "debe tratarse de los motivos que se han pactado, es decir de los que ambos contratantes han tenido en cuenta para hacerlo. No de otra manera podría ser pues de lo contrario el contrato perdería su firmeza y seriedad"[10]. Así las cosas, tanto el objeto como la causa ilícita deben formar parte de la declaración de voluntad.

De lo expuesto comparto que estos objetivos y motivos ilícitos deben necesariamente haber sido perseguidos por los co-contratantes y hacer parte del contrato en cuestión. En tal virtud, el juez no podría presumirlos o deducirlos por el simple hecho de que un empleado de uno de los contratantes haya sido condenado penalmente por delitos cometidos en relación con ese o con otros contratos, o haya entregado

[8] Arturo Valencia Zea y Álvaro Ortiz Monsalve. *Derecho civil de las obligaciones*. Bogotá, Temis, novena edición (2004), p. 93.

[9] Código Civil. "Artículo 1524. *Causa de las obligaciones*. No puede haber obligación sin una causa real y lícita; pero no es necesario expresarla. La pura liberalidad o beneficencia es causa suficiente. Se entiende por *causa* el motivo que induce al acto o contrato; y por *causa ilícita* la prohibida por la ley, o contraria a las buenas costumbres o al orden público".

[10] Louis Josserand. *Los móviles en los actos jurídicos en el derecho privado*. Olejnik (2018).

dádivas para la celebración de un contrato perfectamente lícito en su causa y en su objeto.

Así las cosas, los acuerdos denominados en este ejercicio académico "por la corrupción" serían aquellos cuyo objeto mismo no contraviene el derecho público de la Nación, ni se encuentran prohibidos, ni persiguen objetivos contrarios al orden público y las buenas costumbres, sino los que teniendo objeto y causa lícitas en su celebración o ejecución están permeados por la entrega o promesa de dádivas o prebendas por las partes o por alguno de sus miembros.

De conformidad con esta acotación, considero que se hace menester discutir y pensar si en estos casos nos encontramos frente a una nulidad absoluta. Mi respuesta, que pongo a consideración y análisis de ustedes, es que la anterior conclusión no resulta para nada evidente, pues la situación fáctica no parecería cumplir con las condiciones de ilicitud del objeto o de la causa, para obtener la máxima sanción de nulidad absoluta del acuerdo de voluntades, cuyas consecuencias graves y definitivas pueden dar al traste con la consecución del interés general frente a proyectos fundamentales para el desarrollo del país.

Así las cosas, soy de la opinión de que no solo resulta improcedente sino inconveniente declarar la nulidad absoluta del contrato en los casos en que este tiene objeto y causa lícita, aun si se otorgaron prebendas o dádivas a algún empleado. Podría pensarse, para estos casos, en deferir las sanciones a las autoridades penales, disciplinarias y fiscales o tomar medidas como las que aparecen el proyecto de ley "por la cual se adoptan medidas para promover la probidad administrativa, combatir la corrupción, establecer la responsabilidad penal de las personas jurídicas, fortalecer el ministerio público".

No me cabe duda de que a los corruptos debe caerles todo el peso de la ley, y en esto no se puede dejar de lado ningún esfuerzo, pero se requiere reflexionar si en todos los casos es pertinente la declaratoria de la nulidad absoluta del contrato cuando éste tiene un objeto que no se encuentra prohibido ni contraviene el derecho público de la Nación o persigue fines contrarios al orden público y a las buenas costumbres. La nulidad de un contrato trae consecuencias devastadoras que no pueden dejarse de lado.

Como se sostiene en la obra *El arbitraje nacional frente a la corrupción*, en los casos de los contratos "por la corrupción", "[...] la corrupción no se encuentra en los fines contractuales comunes sino solo en los medios de su celebración esto es tanto más cierto cuanto

que uno de los contratantes podría ser en alguna forma víctima de la corrupción de uno de sus empleados ya sea por el otro contratante o bien por un tercero".

Interesante en el contexto de este escrito es darle una mirada a lo que ha ocurrido en los Estados Unidos de América y en el Perú frente a casos de corrupción muy similares a los acaecidos en Colombia, echando un vistazo a los caminos y soluciones que en otros entornos se han dado.

En Estados Unidos, la ley federal determina una serie de sanciones penales, disciplinarias y patrimoniales para aquellos funcionarios del Estado y contratistas que, directa o indirectamente, reciban u otorguen incentivos para la toma de una decisión de la entidad del Estado[11], tal como lo puede ser la adjudicación de un contrato o cualquier otra decisión que se profiera durante la ejecución de este. Al respecto, el Código de los Estados Unidos, en su título 18, sección 201, establece que todas aquellas personas que participaron en dicha transacción corrupta podrán ser sancionadas por un monto hasta tres veces superior al de la transacción, al tiempo que podrán ser condenadas a una pena de cárcel de hasta 15 años y, finalmente, podrán ser objeto de una sanción disciplinaria por la cual se les impide ocupar cualquier posición de honor y confianza en el Estado.

Con respecto a la corrupción transnacional, la legislación de los Estados Unidos, y en particular la Ley de Prácticas Corruptas en el Extranjero, incorporada en el título 15 del Código antes mencionado, también prevé diversas sanciones para los casos en que las compañías registradas en el mercado de valores o cualquiera de sus funcionarios, directores, empleados, agentes o accionistas realicen o prometan un pago a un funcionario extranjero con el propósito de influir, *inter alia*, en una decisión gubernamental relacionada con un contrato del Estado[12]. En este sentido, las sanciones monetarias impuestas a las personas que incurren en las actuaciones corruptas descritas previamente pueden ascender hasta USD 2.000.000 en el caso de una compañía y hasta USD 100.000 cuando la conducta es realizada por una persona natural, quien también puede ser objeto de una pena privativa de la libertad de hasta cinco años[13].

[11] 18 U. S. Code § 201. *Bribery of public officials and witnesses*.

[12] 15 U. S. Code § 78dd-1. *Prohibited foreign trade practices by issuers*.

[13] 15 U. S. Code § 78ff. *Penalties*.

Las penas impuestas en el marco de las investigaciones penales y civiles por actos de corrupción, así como los hallazgos que se realicen en dichos procesos, pueden servir de base para que el director de la entidad que suscribió el contrato sobre el cual recayó la conducta corrupta tome la decisión de continuar o no con su ejecución.

En efecto, la sección 218 del título 18 del Código de los Estados Unidos establece que en los casos en que un juez expide una sentencia concluyendo que se perpetuó una actuación corrupta relacionada con un contrato del Estado, el presidente o el director de la agencia responsable del contrato tendrá la potestad de continuar la ejecución de este, dándole cabida a la finalización del proyecto, con lo cual evita que éste sea fallido, o decretar su nulidad y rescindirlo; en cuyo caso el Estado podrá recuperar, además de las penalidades a las que hubiere lugar, las sumas desembolsadas y los bienes transferidos en virtud del contrato[14]. Nótese aquí que el gerente público, después de conocer de los actos de corrupción y sopesarlos frente a la necesidad y conveniencia de preservar el objeto del contrato, puede optar por la continuidad del proyecto.

En el caso de Perú, el Código Penal también sanciona de manera drástica las actuaciones corruptas, al consagrar una sección específica para la corrupción de funcionarios, en la que se tipifican, entre otros, los delitos de cohecho pasivo y activo, soborno internacional, tráfico de influencias y enriquecimiento ilícito[15]. En general, las penas privativas de libertad que se imponen a los individuos –funcionarios o privados– que incurran en estas conductas oscilan entre 4 y 15 años, mientras que la inhabilitación para ejercer un cargo público por la comisión de dichos delitos puede variar entre seis meses y diez años[16]. Sumado a lo anterior, la legislación penal prevé la imposición de multas por la comisión de actos corruptos, las cuales ascienden hasta 730 días-multa[17].

Con respecto a los efectos de estas conductas corruptas en el contrato estatal, la legislación que regula lo atinente a la contratación de las entidades del Estado le otorga a la entidad la potestad de declarar de oficio la nulidad del contrato cuando exista una sentencia ejecutoriada

[14] 18 U. S. Code Sec. 218. *Voiding transactions in violation of chapter; recovery by the United States*.

[15] Código Penal del Perú, sección IV, "Corrupción de funcionarios".

[16] Código Penal del Perú, artículo 36.

[17] El día-multa es equivalente al ingreso diario promedio del condenado, el cual se calcula a partir de sus recursos económicos: véase el artículo 41 del Código Penal del Perú.

o cuando el contratista haya reconocido ante autoridad competente la comisión de un acto corrupto durante el procedimiento de selección o el perfeccionamiento del contrato[18]. En este punto debe señalarse que la entidad también tiene un margen de discrecionalidad para continuar con la ejecución del contrato de considerarlo necesario, previos informes técnico y legal favorables.

De igual forma, la Ley de Contrataciones del Estado del Perú, en su artículo 32, obliga a las partes que suscriben contratos estatales, bajo sanción de nulidad, a incluir una cláusula anticorrupción, cuyo incumplimiento por parte del contratista le da a la entidad el derecho de resolver automáticamente y de pleno de derecho el contrato en cuestión, sin que el contratista tenga derecho a una indemnización por concepto de daños y perjuicios[19]. Bajo este supuesto, el Tribunal de Contrataciones del Estado tiene la potestad de sancionar al infractor mediante la imposición de una multa, que oscila entre el 5% y el 15% de la oferta económica o del contrato, al tiempo que tiene la facultad de sancionar al corrupto con una inhabilitación temporal para participar en los procesos de selección y contratación del Estado, la cual puede ascender a 36 meses. Además, en caso de que al infractor se le impongan más de dos sanciones de habilitación temporal, que sumen más de treinta y seis meses, la misma regulación prevé una inhabilitación definitiva para contratar con el Estado.

De lo anterior puede concluirse que la legislación peruana, al igual que la estadounidense, castiga en forma severa a las personas que incurren en actuaciones corruptas en el marco del proceso de selección y ejecución del contrato estatal, al consagrar diversas sanciones penales, disciplinarias y contractuales que van desde la imposición de penas privativas de libertad hasta la resolución del contrato, sin derecho a una indemnización. En paralelo a estas sanciones drásticas, debe destacarse que la entidad estatal tiene un amplio margen de discrecionalidad para decidir si continua con la ejecución del contrato y así preservar su objeto y finalidad con el propósito de que el proyecto pueda finalizarse.

Para cerrar esta reflexión y con el propósito de buscar salidas a una grave encrucijada en la ejecución del proyecto de enorme impacto para el desarrollo del país, podría pensarse en un ajuste a la norma de

[18] Artículo 44. Decreto Legislativo 1444 de 2018, que modifica Ley 30225 de 2014, de contrataciones del Estado.

[19] Artículo 116.4 Decreto Supremo 056-2017-EF; artículo 63. Decreto Supremo 068-2017-EF.

contratación que permita que no todas las situaciones de hecho se juzguen bajo el mismo racero y sean consideradas objeto y causa ilícitas, teniendo como efecto la nulidad absoluta de los contratos estatales. Por eso deben analizarse salidas creativas, no solo relacionadas con posibles ajustes de la legislación, sino, por ejemplo, definiendo el camino alrededor del dolo como nulidad relativa o cualquiera otra medida en pro de buscar que los proyectos se cumplan, se ejecuten de manera eficaz y se logre el cumplimiento de los fines de interés general que busca la contratación estatal.

Lo único claro es que Colombia debe tomar, como país, una decisión seria, responsable, ingeniosa y, si se quiere, con algo de arrojo, para que el desenlace de la corrupción individual no sea echar al traste los proyectos creando desempleo; abandono de las obras; fracaso en las iniciativas; pérdida de las inversiones y, fundamentalmente, sepultando todos los emprendimientos que tanto esfuerzo nos han costado.

En todo este asunto del manejo y ejecución de importantes megaproyectos salpicados de corrupción, tanto en el caso en que se esté en presencia de objeto y causa ilícitas como cuando no nos encontremos frente a estas figuras jurídicas, es menester involucrar al interventor no como un tercero sino como un supervisor representante de la administración que tiene la misión fundamental de ser no un perito técnico sino un actor cuyo esfuerzo debe dirigirse precisamente a que se cumpla cabal y fielmente el objeto del proyecto. En esta medida es urgente ingeniar la metodología para hacerlo, ya sea por contrato o por pliegos, sujetándolo a la cláusula compromisoria del contrato vigilado, con el propósito de que responda por las resultas de su misión.

En segundo término, el contrato de interventoría, de cuyo buen desarrollo depende en gran medida el éxito de los proyectos, requiere en este punto del análisis una especial atención, en tanto y en cuanto en la presente coyuntura, y considerando conocidos casos desafortunados de corrupción, se ha pretendido, erróneamente, en mi sentir, asignarle sin ninguna razón o contexto unos deberes exóticos y extraños a su tarea técnica, convirtiéndolo en custodio de la moralidad administrativa y tutelante de la transparencia de la actividad contractual, deberes que no le corresponden en ninguna circunstancia, pero que sí distraen el cumplimiento de su tarea como vigilante técnico de la ejecución contractual.

Desde la introducción de esta tipología contractual en nuestra legislación (Decreto 150 de 1976), la labor del interventor se concibió con el propósito de acompañar y supervisar desde el punto de vista técnico

un proyecto, cuando éste presentaba complejidades que requerían conocimientos especializados. La función técnica definía su campo de movimiento, el alcance de su tarea y, por ende, sus responsabilidades, requiriéndose por estas mismas razones que quien ejercía la interventoría tuviese la calidad de arquitecto o ingeniero matriculado con solvencia y experiencia en su campo de acción concreto, todo ello para lograr que el contrato vigilado lograse el fin de interés general propuesto dentro de óptimas condiciones técnicas.

Así las cosas y dentro del contexto que se describe, la Corte Constitucional, en la sentencia C-037 de 2003 (MP Álvaro Tafur Galvis), sostuvo: "[...] al interventor le corresponde vigilar que el contrato se desarrolle de acuerdo con lo pactado en las condiciones técnicas y científicas que más se ajusten a su cabal desarrollo, de acuerdo con los conocimientos especializados que él posee, en razón de los cuales la administración precisamente acude a sus servicios".

En este sentido, el propósito de la interventoría se contrae a conducir a buen puerto el negocio jurídico vigilado; derrotero éste que no solo beneficia a las partes vinculadas a un determinado proyecto, sino principalmente a la sociedad, que requiere que los contratos, que son los medios idóneos para lograr los fines públicos, se concluyan en debida forma, con óptima calidad, precisión en los cronogramas y fluidez en sus desembolsos, lo cual permite a su vez dinamizar la economía e involucrar a los diversos agentes en esta tarea fundamental que es motor del desarrollo, pues fomenta el sano y necesario movimiento de la riqueza.

Fijado el carácter técnico del contrato de interventoría, lo cual comporta una naturaleza y tipicidad cerrada, el numeral 2 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 permite diferenciarlo de otro tipo de contratos y mantiene incólume la característica técnica en el desarrollo de su prestación frente al contrato cuyo cumplimiento vigila[20].

Sin ninguna explicación, antecedente o lógica, y con un alto grado de imprecisión e inconveniencia, aparece en el panorama del país el

[20] Ley 80 de 1993, "Artículo 32. *De los contratos estatales*. [...] 2.° Contrato de Consultoría [...] Son también contratos de consultoría los que tienen por objeto la interventoría, asesoría, gerencia de obra o de proyectos, dirección, programación y la ejecución de diseños, planos, anteproyectos y proyectos. Ninguna orden del interventor de una obra podrá darse verbalmente. Es obligatorio para el interventor entregar por escrito sus órdenes o sugerencias y ellas deben enmarcarse dentro de los términos del respectivo contrato".

llamado "estatuto anticorrupción" (Ley 1474 de 2011), que entra a desnaturalizar y complicar el contrato de interventoría, adicionándole tareas que son ajenas a su misión propia, cuyo incumplimiento le acarrea ingentes sanciones sin que éste tenga la preparación y competencia para hacerse cargo de estas, todo ello con el prurito de combatir la corrupción que tiene infectada a la sociedad colombiana y que tantos males ha traído específicamente al país. En el mencionado estatuto aparece por primera vez en nuestra legislación la obligación de las entidades públicas no solo de vigilar la debida ejecución y el desarrollo del objeto contratado, sino de velar por la moralidad administrativa mediante la figura del interventor o del supervisor interno.

Qué craso error el del legislador. Asignar al interventor la misión de prevención de actos de corrupción, tutela de la transparencia de la actividad contractual y protección de la moralidad administrativa es, por decir lo menos, un desatino, máxime cuando estos nuevos deberes están basados en normas en blanco o conceptos jurídicos indeterminados cuyo contenido exacto no se conoce y además impactan y desvirtúan la naturaleza técnica especializada de su misión.

Estoy haciendo referencia fundamentalmente a los artículos 83 y 84 del mencionado estatuto anticorrupción[21], que en mi opinión deben ser modificados de forma inmediata, conservando exclusivamente para el interventor su tarea técnica y especializada de vigilar el objeto del contrato y su cumplimiento.

La lucha anticorrupción debe ser implacable, y, por ello, flaco favor le hacen a este propósito normativas como las arriba mencionadas, que terminan convirtiéndose en obligaciones de imposible cumplimiento, con graves consecuencias que golpean directamente no solo la legalidad sino también la legitimidad e institucionalidad del país. Descomunal error contiene la mencionada normativa al unir la correcta ejecución del contrato con la protección de la transparencia y la moralidad como

[21] Ley 1474 de 2011, "Artículo 83. *Supervisión e interventoría contractual*. Con el fin de proteger la moralidad administrativa, de prevenir la ocurrencia de actos de corrupción y de tutelar la transparencia de la actividad contractual, las entidades públicas están obligadas a vigilar permanentemente la correcta ejecución del objeto contratado a través de un supervisor o un interventor, según corresponda. derivados de la celebración y ejecución de los contratos respecto de los cuales hayan ejercido o ejerzan las actividades de consultoría o asesoría [...]"; "Artículo 84. *Facultades y deberes de los supervisores y los interventores*. La supervisión e interventoría contractual implica el seguimiento al ejercicio del cumplimiento obligacional por la entidad contratante sobre las obligaciones a cargo del contratista".

objetivo de un interventor cuyo carácter, se repite, es eminentemente técnico. La detección de actos de corrupción es extraña a la misión técnica que tipifica el contrato de interventoría en cuanto hace a la vigilancia especializada de un proyecto. Así, el papel del interventor o supervisor, en los contratos que así lo requieran, es que su objeto se cumpla dentro de los estándares adecuados y de manera eficaz e idónea, todo ello con el único fin de que se cumpla el propósito de interés general que le subyace a todo acuerdo de voluntades público.

Cuando el artículo 83 de la Ley 1474 le asigna como obligación al interventor la protección de la moralidad administrativa, la tutela de la transparencia de la actividad contractual y la prevención de la ocurrencia de actos de corrupción, está condenándolo a hacerse responsable de cargas y deberes, por cierto de ambigua conceptualización, que no solo no le competen, sino que en nuestra institucionalidad deben ser cumplidas por otros agentes como son, por ejemplo, la Fiscalía General de la Nación; la Procuraduría General de la Nación; la Contraloría General de la República y, sin duda, la Rama Judicial, autoridades expertas en este tipo de análisis y entrenadas profesionalmente para liderar estas cruzadas anticorrupción y calificar, tarea ésta ya bastante difícil, como moral o inmoral un comportamiento, proteger la transparencia como concepto abierto y emprender la prevención de actos de corrupción en la actividad contractual.

Lo aquí concluido adquiere gravedad inusitada si se tiene en consideración que los conceptos, como ya se indicó en precedencia en este escrito, de *moralidad*, *transparencia* y *corrupción* son ambiguos, de contenido abierto y carentes de toda tipicidad.

Iguales comentarios debo hacer frente a la previsión contenida en el artículo 84 de la Ley 1474 ya tantas veces mencionada, en el que se impele al interventor a entregar información a la entidad contratante relacionada "[...] con hechos o circunstancias que puedan constituir actos de corrupción tipificados como conductas punibles [...]". Esta obligación es francamente incomprensible, y para lograr una aproximación siquiera razonable a su contenido y alcance es menester adentrarnos en particulares disciplinas y vericuetos del derecho penal, pues es este un campo desconocido y peligroso incluso para los abogados no especializados en esta materia. En efecto, la tarea se contrae a estudiar el contenido del artículo 9.° del Código Penal colombiano, que indica que "[...] para que la conducta sea punible se requiere que sea típica, antijurídica y culpable"; y agrega: "[...] la causalidad por sí sola no basta para la imputación jurídica del resultado".

Así las cosas, no hay duda alguna de que se requieren conocimientos especializados para entrar a determinar cuándo nos encontramos frente a una conducta punible, asunto que le compete definir a un juez especializado, jamás a un interventor o supervisor de un contrato, máxime cuando las sanciones por el incumplimiento de este deber son realmente severas. Parecería que esta normativa está trasladando responsabilidades al interventor de tareas que el Estado y sus instituciones no han podido cumplir cabalmente, traslado de deberes que podría tener incluso un alto peligro de inconstitucionalidad.

No tendría tanta vehemencia lo aquí expresado si no fuese por las extremas sanciones que por el incumplimiento de estas obligaciones recaen sobre el interventor. La norma (Ley 1474 de 2011, artículo 84, parágrafos 1, 2, 3 y 4) determina que el interventor o supervisor que incumpla estas tareas será declarado inhábil por cinco años, previa actuación administrativa, con los fatales efectos que esto trae para el "encartado", pues afecta directamente su capacidad y no le permite desarrollar su profesión y oficio, con lo cual se produce incluso, como se ha visto, el cierre y liquidación de importantes empresas.

Además, el artículo 54 de la Ley 1952 de 2019, también conocida como el Código General Disciplinario, califica como falta gravísima la conducta del supervisor o interventor que omite "[...] el deber de informar a la Entidad Contratante los hechos o circunstancias que puedan constituir actos de corrupción tipificados como conductas punibles, o que puedan poner o pongan en riesgo el cumplimiento del contrato, o cuando se presente el incumplimiento", lo cual acarrea consecuencias nefastas en cuanto al debido desempeño de las labores del interventor.

Finalmente, el estatuto anticorrupción establece, de manera injustificada, que el interventor, junto con el contratista, debe responder de manera solidaria por los perjuicios ocasionados en razón del incumplimiento del deber de información, convirtiendo así al interventor en una especie de deudor solidario del contratista frente a la entidad contratante.

Ante tan desolador panorama, no escapa al entendimiento que la normatividad que se ha venido desarrollando puede conducir a escenarios más graves como llevar a la sociedad a una mayor pugnacidad que la que hoy nos caracteriza, en detrimento de la armonía ciudadana y de la ejecución idónea de los proyectos. Apremiar a un particular, que no tiene conocimiento y preparación para ello, a definir la culpabilidad o inocencia, la solvencia o insolvencia moral de alguien, y obligarlo

prácticamente a la delación de lo que podría considerarse una actuación punible, puede traer enormes injusticas y la probabilidad de que se abran causas con convencimiento subjetivos y debates públicos, sin la participación de un juez, lo cual podría atentar contra el buen nombre de personas que lleguen a sufrir un señalamiento moral, en ocasiones, irremediables.

Por último, y comentado lo anterior, quiero referirme brevemente a una discusión interesante que se ha abierto en relación con el artículo 86 del mentado estatuto anticorrupción[22], que regula lo atinente a la

[22] Ley 1474 de 2011, "Artículo 86. *Imposición de multas, sanciones y declaratorias de incumplimiento*. Las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública podrán declarar el incumplimiento, *cuantificando los perjuicios del mismo*, imponer las multas y sanciones pactadas en el contrato, y hacer efectiva la cláusula penal. Para tal efecto observarán el siguiente procedimiento: (a) Evidenciado un posible incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista, la entidad pública lo citará a audiencia para debatir lo ocurrido. En la citación, hará mención expresa y detallada de los hechos que la soportan, acompañando el informe de interventoría o de supervisión en el que se sustente la actuación y enunciará las normas o cláusulas posiblemente violadas y las consecuencias que podrían derivarse para el contratista en desarrollo de la actuación. En la misma se establecerá el lugar, fecha y hora para la realización de la audiencia, la que podrá tener lugar a la mayor brevedad posible, atendida la naturaleza del contrato y la periodicidad establecida para el cumplimiento de las obligaciones contractuales. En el evento en que la garantía de cumplimiento consista en póliza de seguros, el garante será citado de la misma manera; (b) En desarrollo de la audiencia, el jefe de la entidad o su delegado, presentará las circunstancias de hecho que motivan la actuación, enunciará las posibles normas o cláusulas posiblemente violadas y las consecuencias que podrían derivarse para el contratista en desarrollo de la actuación. Acto seguido se concederá el uso de la palabra al representante legal del contratista o a quien lo represente, y al garante, para que presenten sus descargos, en desarrollo de lo cual podrá rendir las explicaciones del caso, aportar pruebas y controvertir las presentadas por la entidad; (c) Hecho lo precedente, mediante resolución motivada en la que se consigne lo ocurrido en desarrollo de la audiencia y la cual se entenderá notificada en dicho acto público, la entidad procederá a decidir sobre la imposición o no de la multa, sanción o declaratoria de incumplimiento. Contra la decisión así proferida sólo procede el recurso de reposición que se interpondrá, sustentará y decidirá en la misma audiencia. La decisión sobre el recurso se entenderá notificada en la misma audiencia; (d) En cualquier momento del desarrollo de la audiencia, el jefe de la entidad o su delegado, podrá suspender la audiencia cuando de oficio o a petición de parte, ello resulte en su criterio necesario para allegar o practicar pruebas que estime conducentes y pertinentes, o cuando por cualquier otra razón debidamente sustentada, ello resulte necesario para el correcto desarrollo de la actuación administrativa. En todo caso, al adoptar la decisión, se señalará fecha y hora para reanudar la audiencia. La entidad podrá dar por terminado el procedimiento en cualquier momento, si por algún medio tiene conocimiento de la cesación de situación de incumplimiento".

imposición de multas, sanciones y declaratorias de incumplimiento, y lo dispuesto en el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007[23], titulado "del derecho al debido proceso".

Al contrario de lo señalado en varios pronunciamientos jurisprudenciales, estimo que la figura del incumplimiento citada en el artículo 86 de la Ley 1474 no es sino un procedimiento expedito y un instrumento que complementa y dota a las entidades estatales de una herramienta idónea para adoptar las medidas de que trata el artículo 17 de la Ley 1150, vale decir: *multas e incumplimiento con el propósito* de hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria incluida en el contrato.

En efecto, no creo posible sostener que el artículo 86 del estatuto anticorrupción transcrito en nota precedente tenga la virtualidad de crear una nueva facultad para el Estado contratante denominada genéricamente "incumplimiento" aplicable a cualquier evento o circunstancia que así pueda llegar a ser calificado por la entidad pública. Sería, en mi sentir, un verdadero abuso del poder especial del contratante público, sin ningún requisito o regulación, sin causales ni tipicidades que permitan que la entidad actúe unilateralmente y con absoluta discreción, contra el particular contratista, calificando su desempeño como "incumplido" y otorgando a este comportamiento sanciones de inusitada gravedad como son, por ejemplo, la inhabilidad.

[23] Ley 1150 de 2007, "Artículo 17. *Del derecho al debido proceso*. El debido proceso será un principio rector en materia sancionatoria de las actuaciones contractuales.

"En desarrollo de lo anterior y del deber de control y vigilancia sobre los contratos que corresponde a las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, tendrán la facultad de imponer las multas que hayan sido pactadas con el objeto de conminar al contratista a cumplir con sus obligaciones. Esta decisión deberá estar precedida de audiencia del afectado que deberá tener un procedimiento mínimo que garantice el derecho al debido proceso del contratista y procede sólo mientras se halle pendiente la ejecución de las obligaciones a cargo del contratista. Así mismo podrán declarar el incumplimiento con el propósito de hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria incluida en el contrato. *Parágrafo*. La cláusula penal y las multas así impuestas, se harán efectivas directamente por las entidades estatales, pudiendo acudir para el efecto entre otros a los mecanismos de compensación de las sumas adeudadas al contratista, cobro de la garantía, o a cualquier otro medio para obtener el pago, incluyendo el de la jurisdicción coactiva. *Parágrafo transitorio*. Las facultades previstas en este artículo se entienden atribuidas respecto de las cláusulas de multas o cláusula penal pecuniaria pactadas en los contratos celebrados con anterioridad a la expedición de esta ley y en los que por autonomía de la voluntad de las partes se hubiese previsto la competencia de las entidades estatales para imponerlas y hacerlas efectivas".

Nadie pone en tela de juicio que el artículo 86 en análisis tiene como propósito, entre otros, resguardar el derecho de defensa y contradicción del contratista "encartado". Se trata, más bien, de dilucidar si el procedimiento allí descrito es el adecuado para declarar cualquier tipo de incumplimiento diferente a aquel previsto en el artículo 17 de la Ley 1150, vale decir, el que tiene como "propósito" hacer efectiva la cláusula penal incluida en el contrato. El artículo 17 atrás transcrito señala expresamente que la administración tendrá la facultad de "imponer" las multas que hayan sido pactadas con el fin de conminar al contratista a cumplir con sus obligaciones, señalando asimismo que esta decisión deberá estar precedida de una audiencia que garantice el debido proceso del afectado. Igualmente, posibilita a la entidad, de manera unilateral y especial, obviamente previo pacto entre los co-contratantes "a declarar el incumplimiento *con el propósito* de hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria incluida en el acuerdo de voluntades" (énfasis nuestro). Esta asignación de competencias, regladas y especialísimas, no puede ser desconocida por el ente público.

Esta habilitación legal contenida en el artículo 17 señalado faculta a la entidad estatal para, por sí y ante sí, mediando libre pacto, hacer efectivas las multas y la cláusula penal pecuniaria en sede administrativa, sin necesidad de acudir al juez en esta instancia. Es por esta calidad impositiva por lo que se trata de figuras cuya regulación debe ser taxativa en la medida en que éstas se imponen al particular, aun contra su voluntad, traspasando la órbita meramente privada. Así las cosas, no es posible aceptar que estas potestades especiales se apliquen por analogía o extensión a cualquiera otra figura con consecuencias sancionatorias que, por cierto, tienen su propio procedimiento previsto en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA) (artículo 34 y concordantes).

En mi opinión, existe una relación directa y estrecha entre el artículo 17 de la Ley 1150 y el artículo 86 de la Ley 1474. La propia exposición de motivos del estatuto anticorrupción establece inequívocamente que el artículo 86 es sencillamente un procedimiento expedito y efectivo para aplicar las herramientas consagradas en el artículo 17 mencionado.

El aparte reza textualmente, en su literal b, numeral 2.7, lo siguiente:

> A pesar del progreso hecho al respecto por la Ley 1150 de 2007 es necesario complementarla a propósito de dotar a la entidad estatal de un procedimiento expedito para adoptar esas medidas, respetando en todo momento el debido proceso.

Cuando la exposición de motivos se refiere al "procedimiento expedito para adoptar esas medidas" está haciendo alusión clara e indiscutible a aquellas a las que se refiere el artículo 17 mencionado, vale decir, únicamente a las multas por incumplimiento y efectividad de la cláusula penal pecuniaria. En tal virtud, no considero apropiado aceptar la tesis según la cual el trámite señalado en el artículo 86 de la Ley 1474 pueda utilizarse para hacer efectivo un "incumplimiento" distinto del que tiene como propósito la imposición de la cláusula penal pecuniaria. La importancia que tiene esta precisión es, ni más ni menos, que si se acude a la audiencia establecida en el citado artículo 86, para los efectos antes indicados, tendrá que aceptarse la aplicación del artículo 90 de la citada ley, vale decir, entrará el contratista sancionado dentro de lo que he denominado "los combos", con las gravísimas consecuencias que ellos traen de inhabilitarlo por tres años cuando se presente. Esto no es un asunto de poca monta, pues la idea, en mi criterio, no es, ni puede ser, dejar sin capacidad jurídica a los colaboradores de la administración, sino buscar que los proyectos se ejecuten a satisfacción.

Sostener este argumento sería tanto como crear una nueva facultad para que el Estado, mediante acto administrativo, imponga al particular cualquier otro tipo de incumplimiento que pueda llegar a ocurrírsele de manera discrecional, pues esto constituiría un abuso del poder en el ejercicio de una facultad unilateral, carente de requisitos y por fuera de la taxatividad, necesaria en sanciones, establecida en el artículo 17 en comento.

En este orden de ideas, por ejemplo, el siniestro de incumplimiento no podría aplicarse en momento alguno a través del procedimiento señalado en el artículo 86, sino que solo sería pertinente hacerlo por la vía consagrada en los artículos 34 y concordantes del CPACA, el cual establece que "Las actuaciones administrativas se sujetarán al procedimiento administrativo común y principal que se establece en este Código, sin perjuicio de los procedimientos administrativos regulados por leyes especiales. En lo no previsto en dichas leyes se aplicarán las disposiciones de esta Parte Primera del Código".

Así las cosas, no puedo compartir la sentencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado del 5 de julio de 2018, con ponencia de la consejera Marta Nubia Velásquez, que al realizar un estudio sobre la competencia con la que cuentan las entidades del Estado para proceder a la declaratoria de un siniestro amparado, a través de un acto administrativo, considera que es viable hacerlo en desarrollo del artículo 86 tantas veces citado.

Ahora bien: es oportuno explicar la razón por la cual es necesario y urgente aclarar el punto que se analiza. La razón es simple. Si un procedimiento se sigue bajo la cuerda del artículo 86 del estatuto anticorrupción, entraría de inmediato a formar parte de las previsiones contenidas en el artículo 90 de este cuerpo normativo que, coloquialmente y para efectos de claridad en mis clases, he denominado el artículo de los "combos"[24]. Lo grave de estos "combos" es que de presentarse alguno de ellos se genera la inhabilidad de los contratistas por el término de tres años; inhabilidad que, como es bien sabido, afecta la capacidad de contratación del sancionado, con las gravísimas consecuencias que ello implica.

Vale la pena indicar que el artículo 42 de la Ley del Plan (2018-2022) empeora la situación, pues modifica el artículo 90 transcrito en el sentido de establecer que quedará inhabilitado quien incurra en alguna de las siguientes conductas: "[...] a) Haber sido objeto de imposición de cinco (5) o más multas durante la ejecución de uno o varios contratos con una o varias entidades estatales, durante los últimos tres (3) años [...]". Por su parte, si el procedimiento que se utiliza es el del CPACA, como creo que debe ser, no se producirán las gravísimas consecuencias de inhabilidad de que trata la Ley 1474.

Reflexionando sobre la cantidad de inhabilidades que existen en Colombia, diseminadas en leyes de toda índole, que valdría la pena intentar compilar por la diversidad de textos que la contienen y la dificultad que ello acarrea en la práctica administrativa, considero que en un país de economía limitada, como el nuestro, que está en proceso de expansión y con necesidad apremiante de inversión, tanto nacional

[24] Ley 1474 de 2011, "Artículo 90. *Inhabilidad por incumplimiento reiterado*. Quedará inhabilitado el contratista que incurra en alguna de las siguientes conductas: (a) Haber sido objeto de imposición de cinco o más multas durante la ejecución de uno o varios contratos, durante una misma vigencia fiscal con una o varias entidades estatales; (b) Haber sido objeto de declaratorias de incumplimiento contractual en por los menos dos contratos durante una misma vigencia fiscal, con una o varias entidades estatales; (c) Haber sido objeto de imposición de dos multas y un incumplimiento durante una misma vigencia fiscal, con una o varias entidades estatales. La inhabilidad se extenderá por un término de tres años, contados a partir de la inscripción de la última multa o incumplimiento en el Registro Único de Proponentes, de acuerdo con la información remitida por las entidades públicas. La inhabilidad pertinente se hará explícita en el texto del respectivo certificado. *Parágrafo*. La inhabilidad a que se refiere el presente artículo se extenderá a los socios de sociedades de personas a las cuales se haya declarado esta inhabilidad, así como las sociedades de personas de las que aquellos formen parte con posterioridad a dicha declaratoria".

como extranjera en el sector público, valdría la pena detenernos un instante a evaluar los efectos reales que se han presentado con la aplicación y el desenvolvimiento de las inhabilidades en la contratación estatal.

Como ya se anotó, la inhabilidad ataca de manera directa y medular la capacidad de las personas y, por ende, quien la padece pierde la posibilidad no solo de que se le adjudique el contrato correspondiente, si ésta se presenta en la etapa precontractual, sino que termine definitivamente la relación ya existente en caso de ser sobreviniente y afecta, en tal medida, no solo los contratos futuros sino aquellos en curso, lo cual golpea también figuras como consorcios y uniones temporales, al inhabilitar miembros de estos, y causa así un verdadero estrago en la contratación estatal.

Tan claro es esto que una inhabilidad puede llevar a que se derrumbe como torre de naipes todo un proyecto o conjunto de proyectos que individualmente considerados tienen una adecuada ejecución y que no son de fácil cesión, bien sea por su volumen, su cuantía, la especificidad de su objeto o cualquier otra circunstancia que haga inviable o excesivamente costosa la cesión de quienes, por cuenta de una inhabilidad, pierden su capacidad, con las gravísimas consecuencias que ello trae y que no en pocas oportunidades ha impedido que se tomen decisiones como la de caducar un contrato incumplido gravemente y se prefiera un camino menos drástico que no afecte e impida la ejecución de otros proyectos que se encuentran en buena senda.

Así las cosas, y ante la necesidad urgente de velar por la puridad en la contratación y enviar contundentes mensajes a los incumplidos reiteradamente o a los corruptos, sin que ello conlleve que "el remedio sea peor que la enfermedad", propongo, como ya se ha discutido en algunos foros, cambiar la figura de la inhabilidad por una prohibición, lo cual tiene unos alcances contundentes que no involucran pérdida de capacidad en los sujetos contractuales. La prohibición que se ha planteado consistiría en que en algunos de los casos que hoy conducen a la inhabilidad se esté ante la prohibición de continuar con el contrato específico o con proyectos futuros durante un término concreto en donde dicha causal se presente sin que se impacten los contratos en ejecución que tengan un desarrollo apropiado. Esta es simplemente una idea que tendría que ser concretada y complementada pero dirigida a evitar que se colapsen los proyectos en desarrollo. Téngase en cuenta que una prohibición no afecta la capacidad, sino que impide la ejecución de algo concreto, según la orientación que da la Real Academia Española.

Insisto en la necesidad de que se emprenda toda una campaña contra la corrupción que, como tantas veces lo he sostenido, ha devastado a nuestro país. Sin embargo, invito a la comunidad académica y a los estudiosos y gustosos de estos temas públicos a ser creativos y encontrar soluciones realmente efectivas sin que éstas impliquen sembrar desolación y desconcierto en el mundo de los negocios estatales y dar noticia de profunda inseguridad jurídica, que es un mal de igual gravedad a los ya señalados.

Es preciso centrar la atención en temas de formación, de cultura ciudadana, de respeto por los derechos de los demás, de valoración de lo público como un bien de todos, formación desde la infancia en valores éticos son tareas que no podemos posponer puesto que no hay duda de que la prevención deja mejores resultados que la reacción.

Por último, quiero agradecer el acompañamiento que para la elaboración de este artículo he tenido del estudiante Santiago Soto García, de la Universidad de los Andes.

BIBLIOGRAFÍA

Josserand, Louis. *Los móviles en los actos jurídicos en el derecho privado*. Olejnik (2018).

Mantilla Espinosa, Fabricio; Myriam Salcedo Castro y Francisco Bernate Ochoa. *El arbitraje nacional frente a la corrupción*. Bogotá, Ibáñez, Colección Arbitraje 360°, primera edición (2018).

Valencia Zea, Arturo y Álvaro Ortiz Monsalve. *Derecho civil de las obligaciones*. Bogotá, Temis, novena edición (2004).

Capítulo v

Requisitos habilitantes y factores de escogencia*

Carlos Alberto Zambrano Barrera**

La actividad contractual del Estado encarna el ejercicio una función típicamente administrativa, constituye un instrumento con el cual se busca cumplir las finalidades del Estado y se debe desarrollar: (1) con estricta observancia de los principios que informan el Estado social de derecho, entre ellos los de legalidad, igualdad, debido proceso y buena fe; y (2) con sujeción a los postulados que rigen la función administrativa (artículo 209 de la Constitución), a los principios generales del derecho, en especial a los del derecho administrativo y, específicamente, a los principios de transparencia, economía y responsabilidad, tal como dispone el artículo 23 de la Ley 80 de 1993.

Estos principios están presentes en las etapas precontractual, contractual y poscontractual y a ellos se debe acudir ante cualquier situación que se pueda presentar, entre otras cosas, al momento de interpretar las reglas del Estatuto General de Contratación Estatal o cuando exista algún vacío normativo que se necesite llenar, pues sirven de guía para garantizar el cumplimiento y la prevalencia de aquellas finalidades.

En el marco de esa actividad el principio de transparencia tiene distintas manifestaciones, entre ellas la obligación de la entidad pública de indicar en los pliegos de condiciones: (1) los requisitos mínimos para participar en el proceso de selección y (2) las reglas objetivas, justas, claras y completas que permitan confeccionar los ofrecimientos

* Doi: http://dx.doi.org/10.15425/2017.342.

** Abogado de la Universidad de los Andes, con especialización en Derecho Administrativo de la Universidad del Rosario. Cursos en derecho internacional, contratación administrativa, negociación de inversión extranjera, renegociación de deuda externa y negociaciones económicas internacionales. Magistrado de la Sección Tercera del Consejo de Estado.

y aseguren la escogencia también objetiva del contratista (artículo 24, numeral 5, literales a y b, de la Ley 80 de 1993).

Surge así una primera distinción entre los requisitos que miran las condiciones de los oferentes, denominados *requisitos habilitantes*, y los que califican la propuesta (no al proponente), que son los llamados *factores de escogencia* y los únicos susceptibles de ponderación y asignación de puntaje o calificación.

Conforme al artículo 29 de la Ley 80 de 1993, el deber de selección objetiva se concretaba cuando: (1) la escogencia del contratista y, por ende, la adjudicación del contrato se realizaba al ofrecimiento más favorable para la entidad y para los fines que ella perseguía, que se traducían y se traducen en la satisfacción del interés público, sin considerar al efecto motivaciones o razones de orden subjetivo; (2) el ofrecimiento más favorable era el que resultaba más ventajoso para la entidad, luego de realizar la ponderación de los factores de escogencia previstos en los pliegos de condiciones o términos de referencia y (3) la favorabilidad sólo podía ser determinada con fundamento en todos los factores previstos en los pliegos de condiciones o términos de referencia y no solo con algunos de ellos, como el menor precio ofrecido o el plazo más reducido.

El citado artículo 29 fue subrogado por el artículo 5.° de la Ley 1150 de 2007, y aunque en este último se conservó el criterio general que informa el deber de selección objetiva, esto es, que el contrato se adjudique a la oferta más favorable sin atender consideraciones de carácter subjetivo, el legislador modificó las formas de concreción del mencionado deber para hacer más específicos los postulados que garantizan su cumplimiento.

Bajo esta óptica, el mencionado artículo 5.°: (1) distinguió de manera expresa entre los requisitos habilitantes y los factores de ponderación; (2) señaló que respecto de los primeros solo se debe verificar si se cumplen o no y, por ende, no otorgan puntaje, salvo en algunos procesos de selección en los que, por la naturaleza del objeto o servicio materia del contrato, se requiere que algunos de ellos sean calificados[1]; (3) precisó que los requisitos habilitantes deben ser adecuados y proporcionales a la

[1] Específicamente, se hace alusión al requisito de experiencia que en los procesos de selección de consultores (concurso de méritos con precalificación y sin ella) puede ser objeto de calificación, pues en estos casos la materia del proceso es la escogencia de un contratista con específicos conocimientos técnicos en relación con una determinada disciplina y en estos casos la experiencia juega un papel fundamental para su selección.

naturaleza y al valor del contrato que se pretende celebrar; (4) estableció son requisitos habilitantes la capacidad jurídica las condiciones de experiencia y la capacidad financiera y de organización de los proponentes y (5) consagró que la favorabilidad se determina con la ponderación de los factores escogencia, técnicos y económicos, previstos en el pliego, relacionados con los elementos calidad y precio, salvo en los procesos de selección donde el precio es el único factor de escogencia[2], bien sea por métodos aleatorios o por la relación costo-beneficio, los cuales son susceptibles de asignación de puntaje.

Así, la norma que se viene citando: (1) deja en claro que los requisitos habilitantes se refieren a las condiciones que debe reunir el oferente para participar en el proceso de selección, mientras que los factores de ponderación tienen que ver con la propuesta y (2) limita la posibilidad de que algunos de los requisitos habilitantes sean, en forma simultánea, factores de ponderación, lo cual sucedía con frecuencia en los procesos de selección que se adelantaban en vigencia del artículo 29 de la Ley 80 de 1993, pero deja a salvo los casos en que por la naturaleza misma del objeto o servicio materia del contrato se requiere que algunos de los requisitos habilitantes sean calificados.

Lo anterior garantiza que quienes reúnan las condiciones mínimas señaladas en el pliego puedan participar en el procedimiento administrativo en igualdad de condiciones, con independencia de que algunas gocen de mayor capacidad de contratación, de mayor fortaleza financiera (mejores índices de liquidez, menores índices de endeudamiento y mayor cobertura de intereses) o de mayor experiencia, pues el vencedor será el que tenga la mejor oferta, es decir, la que resulte mejor calificada bajo los factores ponderables; para esto, la norma señala que la entidad estatal debe hacer las comparaciones del caso mediante el cotejo de los ofrecimientos recibidos y la consulta de precios o condiciones del mercado y los estudios y deducciones de la entidad o de los organismos consultores o asesores designados para tal fin, sin que los requisitos habilitantes puedan –salvo en casos especiales, como ya se anotó– otorgar puntaje.

Ahora, en virtud del principio de economía, el numeral 15 del artículo 25 de la Ley 80 dice que las autoridades no pueden exigir "[…] sellos, autenticaciones, documentos originales o autenticados, reconocimientos de firmas, traducciones oficiales, ni cualquier otra clase de formalidades

[2] Selección abreviada por subasta inversa, para la compra de bienes de características técnicas uniformes y de común utilización.

o exigencias rituales, salvo que en forma perentoria y expresa lo exijan leyes especiales", y añade que "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 servirán de título suficiente para el rechazo de los ofrecimientos hechos".

Esta última parte de la norma fue adicionada por el parágrafo 1.º del artículo 5.° de la Ley 1150 de 2007, para señalar que "[…] 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 […]"[3], salvo en los casos de subasta, en los cuales se pueden solicitar hasta el momento previo a su realización.

Lo anterior permite afirmar que ni en vigencia de la Ley 80 de 1993 ni en vigencia de la Ley 1150 de 2007 está permitido rechazar las propuestas por cualquier tipo de deficiencia, pues todos los requisitos o documentos no necesarios para la comparación de las propuestas carecen de virtualidad para hacer que se produzca el rechazo.

La diferencia radica en que, en vigencia de la Ley 80, la entidad debía determinar, con buen criterio, cuáles de los requisitos y documentos eran necesarios para comparar las ofertas, mientras que la Ley 1150 eliminó ese margen de discrecionalidad que al respecto tenían las entidades[4] y precisó que los requisitos que no son necesarios para la comparación de las ofertas son los que no afectan la asignación de puntaje, razón por la cual estos últimos son los que tienen la connotación de subsanables.

Por esto último, la Subsección C de la Sección Tercera del Consejo de Estado afirmó en sentencia del 26 de febrero de 2014 (exp. 25.804) que, a la luz de la Ley 1150 de 2007, "[…] la falta de certificado de existencia y representación legal, del RUP, de la firma de la oferta, de un certificado de experiencia, la copia de la oferta, la ausencia y errores en la garantía de seriedad, de autorización al representante legal por parte

[3] Sin embargo, el enunciado de la norma no significa que los oferentes puedan subsanar las falencias en cualquier momento. Debe entenderse que son las entidades las que pueden requerir al oferente, en cualquier momento, hasta el momento de la adjudicación (salvo en el caso de la subasta) y, desde luego, ellas deben fijar un término prudencial para que aquél allegue los documentos pedidos; pero, si la falencia se detecta en la audiencia de adjudicación, lo obvio es que se suspenda para que el proponente los allegue en el término prudencial que indique la entidad.

[4] Haciendo referencia a los requisitos y documentos necesarios para la comparación de las propuestas.

de la junta directiva, etc. […]", por vía de ejemplo, son subsanables, porque no otorgan puntaje.

En cambio, el incumplimiento de un requisito o la falta de un documento que incidan en la asignación de puntaje, como la cotización de un ítem, la acreditación de un factor técnico objeto de evaluación o de las condiciones técnicas del bien ofrecido, etc., no son subsanables, porque inciden en la calificación de los factores ponderables. Admitir lo contrario implicaría que los proponentes pudieran mejorar sus ofertas, en sacrificio de los principios de igualdad, de transparencia, de economía y del deber de selección objetiva que, como ya se anotó, inspiran la actividad contractual del Estado.

No obstante, lo anterior no implica que los requisitos habilitantes, es decir, las condiciones mínimas que debe cumplir el oferente, puedan ser subsanados. En este punto hay que diferenciar entre lo que significa cumplir los requisitos habilitantes y probar o acreditar que estos se cumplen: lo que se puede subsanar o sanear es la prueba de las condiciones habilitantes, pero no el requisito como tal, porque resultaría materialmente imposible tratar de subsanar algo que no existe.

Lo anterior supone que lo subsanable es aquello que a pesar de que se tiene no aparece claramente acreditado en el proceso de selección; pero no se puede subsanar aquello de lo cual se carece o que no existe al momento de proponer, porque entonces se estaría hablando de la complementación, adición o mejora de la propuesta, lo cual está prohibido por el numeral 8 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993.

Las propuestas deben referirse y sujetarse a todos y cada uno de los puntos contenidos en los pliegos de condiciones (art. 30, num. 6, Ley 80 de 1993); por ende, al momento de presentar la propuesta se deben cumplir y acreditar la totalidad de las condiciones mínimas de participación (requisitos habilitantes) y se deben aportar los documentos que establezcan los pliegos de condiciones, para que la propuesta pueda ser analizada y evaluada (artículo 25, numeral 4, Ley 80 de 1993).

Lo anterior significa que el oferente, al momento de presentar su propuesta, no solo debe cumplir sino también acreditar sus requisitos habilitantes (atinentes al oferente) de capacidad jurídica, de capacidad financiera, las condiciones de experiencia y las de organización, en la forma indicada en los pliegos.

En efecto, el artículo 5.° de la Ley 1150 de 2007 dice que "La capacidad jurídica y las condiciones de experiencia, capacidad financiera y de organización de los proponentes serán objeto de verificación de

cumplimiento como requisitos habilitantes para la participación en el proceso de selección […]", de modo que si un oferente no cumple esos requisitos mínimos de participación (habilitantes), no debe acudir al proceso de selección; de hacerlo, su propuesta no puede ser estimada.

Por ejemplo, si un oferente no goza de capacidad jurídica (referida a la capacidad legal específicamente), porque es incapaz absoluto o relativo, no hay forma de que pueda participar en el proceso de selección y tampoco es posible que pueda subsanar esa carencia, pues, por más que quiera, no puede convertirse en capaz por su sola voluntad.

La capacidad legal es un requisito cuyo cumplimiento se exige tanto para participar (requisito habilitante) en el proceso de selección, tal como lo establece el citado artículo 5.° de la Ley 1150 de 2007, como para contratar, según lo determina el artículo 6.° de la Ley 80 de 1993; por ende, el interesado debe contar con plena capacidad jurídica (capacidad legal) desde el momento en que presenta su oferta, sin que sea viable que la complete durante el desarrollo del proceso de selección, ya que, como requisito de habilitación, se requiere que sea satisfecho para participar.

Igual sucede con los demás requisitos habilitantes; entonces, si el oferente no tiene la capacidad financiera mínima para participar en el proceso de selección, no hay forma de que pueda subsanar su insuficiencia, pues no sería viable que el participante elevara sus índices de liquidez o que disminuyera sus índices de endeudamiento para cumplir la condición habilitante.

Ocurre lo mismo con la experiencia. Si, por ejemplo, el pliego de condiciones exige una experiencia mínima específica de cinco años y el oferente no tiene más de cuatro años de experiencia, no hay forma de que pueda subsanar tal falencia, y en consecuencia su propuesta no puede pasar a la siguiente fase del proceso de selección, es decir, a la de evaluación, precisamente porque no satisface las condiciones mínimas de participación.

Ahora: si el oferente adquiere la experiencia mínima exigida por los pliegos de condiciones después de presentar su oferta y durante el proceso de selección, no hay forma de que pueda resultar habilitado, por una parte porque, como se dijo, la misma ley prohíbe completar, adicionar, modificar y mejorar las propuestas y, por otra, porque la propuesta no puede condicionar la adjudicación.

En ese orden de ideas, todos los requisitos habilitantes se deben cumplir al momento de presentar la propuesta, lo cual significa que

el oferente no puede pretender adquirir o completar las condiciones mínimas de participación, a lo largo del proceso de selección.

Lo anterior también en la medida en que, al momento de presentar su oferta, el participante se obliga irrevocablemente con la administración a que, de adjudicársele el proceso, celebrará el contrato, de suerte que si al momento de presentar la propuesta el oferente carecía de capacidad legal y, a la sazón, resulta adjudicatario, no hay forma de exigirle que suscriba el contrato, pues para cuando se obligó a ello carecía de aptitud jurídica para obligarse.

Cosa distinta es que a pesar de cumplir los requisitos habilitantes la entidad encuentre falencias en la prueba aportada para acreditarlos o que los demás documentos requeridos en los pliegos de condiciones (que no incidan en la asignación de puntaje) generen dudas. En estos casos es cuando, precisamente, se abre la posibilidad de "subsanar", enmendar o rectificar.

Lo anterior implica que lo subsanable son las inexactitudes o las dudas que surjan o que detecte la entidad pública al verificar el cumplimiento de los requisitos habilitantes o de revisar los documentos de la propuesta que no se requieran para comparar las ofertas, es decir, a luz de la Ley 1150 de 2007, aquellos que no incidan en la asignación de puntaje; en cambio, las carencias no se pueden subsanar, pues es imposible corregir lo que no se tiene.

Así, por ejemplo, en aquellos casos en que se tiene duda acerca de las condiciones de experiencia mínima del oferente, la entidad estatal está en la obligación de requerirlo para que aclare o subsane allegando las certificaciones que permitan constatar o precisar la información consignada en la propuesta, para que, de esta forma, quede debidamente acreditada la condición mínima exigida.

Puede suceder también que a pesar de que el oferente sea plenamente capaz no haya acreditado fehacientemente su capacidad jurídica; en ese caso, la entidad debe solicitar al oferente que allegue el documento idóneo que acredite su condición.

Igual sucede cuando la entidad tienen dudas acerca de la capacidad organizacional, caso en el cual debe solicitar al participante los documentos faltantes y estrictamente necesarios que permitan verificar, por ejemplo, el rendimiento de las inversiones y la eficiencia en el uso de los activos, etc.

Ahora bien: es importante anotar que, en vigencia de la Ley 1150 de 2007, por regla general el cumplimiento de los requisitos habilitantes,

es decir, de las condiciones mínimas para participar en el proceso de selección, es certificado por el Registro Único de Proponentes (RUP), de modo que la entidad no está facultada para solicitar documentos adicionales al oferente con el pretexto de constatar la información que allí se encuentra consignada y los demás participantes no pueden discutir, en el proceso de selección, la veracidad de los datos que constan en ese registro[5], pues así lo dispone el artículo 6.° (numeral 6.1) ibídem[6], salvo las excepciones consagradas en la misma ley.

[5] Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto del 20 de mayo de 2010 (rad. 1992).

[6] "6.1. *De la calificación y clasificación de los inscritos*. Corresponderá a los proponentes calificarse y clasificarse en el registro de conformidad con los documentos aportados. Las cámaras de comercio harán la verificación documental de la información presentada por los interesados al momento de inscribirse en el registro.

"*La calificación y clasificación certificada de conformidad con el presente artículo será plena prueba de las circunstancias que en ella se hagan constar. En tal sentido, la verificación de las condiciones establecidas en el numeral 1 del artículo 5° de la presente ley, se demostrará exclusivamente con el respectivo certificado del RUP en donde deberán constar dichas condiciones. En consecuencia, las entidades estatales en los procesos de contratación no podrán exigir, ni los proponentes aportar documentación que deba utilizarse para efectuar la inscripción en el registro.*

"No obstante lo anterior, sólo en aquellos casos en que por las características del objeto a contratar se requiera la verificación de requisitos del proponente adicionales a los contenidos en el Registro, la entidad podrá hacer tal verificación en forma directa.

"Cuando la información presentada ante la Cámara de Comercio no sea suficiente, sea inconsistente o no contenga la totalidad de los elementos señalados en el reglamento para su existencia y validez, esta se abstendrá de realizar la inscripción, renovación o modificación que corresponda, sin perjuicio de las acciones legales a que haya lugar.

"La información deberá mantenerse actualizada y renovarse en la forma y con la periodicidad que señale el reglamento" (énfasis agregado).

Pero si la administración encuentra inconsistencias en la información del RUP debe actuar en la forma prevista por el numeral 6.3 de la misma norma, el cual dice:

"Cuando en desarrollo de un proceso de selección una entidad estatal 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 proceso de que se trate, podrá suspender el proceso de selección e impugnar ante la Cámara de Comercio la clasificación y calificación del inscrito, para lo cual no estarán obligadas a prestar caución. Para el trámite y adopción de la decisión las Cámaras de Comercio tendrán un plazo de treinta (30) días. De no haberse adoptado una decisión en el término anterior, la entidad reanudará el proceso de selección de acuerdo con la información certificada en el RUP."

Los únicos casos en que la entidad se encuentra facultada para verificar ella misma el cumplimiento de los requisitos habilitantes son aquellos en que no se exige estar inscrito en el RUP para participar en el proceso de selección.

Finalmente, no debe olvidarse que, de ser necesario, la entidad pública tiene el deber dar al proponente la posibilidad de subsanar en la oportunidad prevista para ello (numerales 7 y 8 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993); si no lo hace, vulnera el debido proceso administrativo consagrado y amparado por el artículo 29 de la Constitución, pues el proceso de selección se debe adelantar con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio, el cual, en el campo de las actuaciones administrativas, está estrictamente ligado con el principio de legalidad, en la medida en que el servidor público no solo debe cumplir las funciones asignadas, sino que debe hacerlo en la forma determinada por el ordenamiento jurídico.

El debido proceso proscribe las decisiones de plano, es decir, sin fórmula de juicio o con pretermisión de alguna de las etapas del procedimiento definido por la ley, porque esto atenta contra el legítimo derecho que le asiste al administrado de participar, en los momentos oportunos, para defender sus intereses y expresar su criterio sobre el asunto que se debate.

Capítulo vi

La importancia de los pliegos tipo para el sector de la infraestructura*

Juan Martín Caicedo Ferrer**

1. La problemática. Estado del arte

En los últimos años, las malas prácticas y el fenómeno de la corrupción en la esfera de la contratación pública se han hecho aún más visibles.

Oigan ustedes estos datos. La más reciente investigación del Observatorio de Contratación de la Cámara Colombiana de la Infraestructura identificó 640 entidades del orden nacional y territorial, las cuales adjudicaron un total de 5048 contratos de infraestructura de transporte, por una cuantía de 5,29 billones de pesos. Se resalta que de los contratos adjudicados, el 79% corresponde a la modalidad de selección de licitación pública y asciende a un valor de 4,3 billones de pesos.

En este universo de contratos, se identificaron las barreras de acceso al mercado impuestas por las entidades contratantes en los procesos de selección. En este orden:

- el 72% de estas barreras corresponde a los requisitos habilitantes: experiencia, capacidad financiera, organizacional, etc.;
- el 15%, a la evaluación de la oferta;
- el 8%, al valor y forma de pago del contrato;
- y, por último, el 5%, al cronograma del proceso de selección.

* Doi: http://dx.doi.org/10.15425/2017.343.

** Presidente ejecutivo de la Cámara Colombiana de la Infraestructura. Abogado, economista y político colombiano, estudió Derecho y Economía en la Universidad Javeriana en Bogotá y tiene especializaciones en las universidades de Lovaina y Estatal de Amberes, en Bélgica. Fue elegido alcalde de Bogotá en 1990 y senador de la República de Colombia en dos períodos: 1994-1998 y 1998-2002.

Ahora bien. Vale la pena mencionar que estas barreras de acceso al mercado en los procesos de selección dieron como resultado lo siguiente:

- En los municipios, el 85% de los procesos de infraestructura de transporte culminó con un solo oferente habilitado.
- En los departamentos, el 64% de los procesos de infraestructura de transporte culminó con un solo oferente habilitado.
- En contraste, en las entidades del orden nacional, solo el 6% de los procesos de infraestructura de transporte culmina con una sola oferta presentada.

En este sentido, vemos que una de las causas que limitan la participación de oferentes en los procesos de selección son los cambios discrecionales que realizan las entidades estatales a los requerimientos en estos procesos. Esta práctica se conoce como "pliegos sastre", en los que se incluyen requisitos y condiciones subjetivas para dirigir el resultado del proceso de selección con el fin de favorecer a un proponente en particular.

Lo anterior, a la postre, genera retrasos en los cronogramas de ejecución, sobrecostos, mala calidad de las obras, recortes en el alcance físico de las obras y procesos judiciales, toda vez que en la mayoría de los casos el contratista seleccionado en estos procesos no es idóneo para la ejecución del contrato y para la satisfacción de los fines del Estado.

Aunado a ello, las malas prácticas, la corrupción y la colusión son conductas que terminan afectando la selección objetiva y la pluralidad de oferentes, debido a que distorsionan el mercado de la compra pública, imponen barreras a la competencia y restringen la participación en el proceso de selección, en igualdad de condiciones.

Así las cosas, la idea de implementar el pliego tipo surge por la necesidad de encontrar una herramienta que ataque los problemas antes identificados, incentive la pluralidad de oferentes y promueva la transparencia en la contratación.

Dicho lo anterior, advertimos, entonces, que el concepto de *pliego tipo* debe entenderse como la redacción estándar y clara de los documentos precontractuales en todos los aspectos objetivos y generales del proceso para contratar obra pública, consultoría e interventoría para obra pública. Estos documentos, a la postre, deben ser vinculantes para todas las entidades contratantes bajo el régimen del estatuto de contratación pública.

No desconocemos que pueden existir distintas alternativas como contrapeso a las prácticas indebidas en la contratación estatal, pero creemos que estas pueden ser complementarias y no excluyentes entre sí. Por ejemplo, de la mano de la implementación del pliego tipo, debe promoverse el fortalecimiento de la educación y la ética de las personas.

Luego de un ejercicio en el que se identificaron los principales aspectos que tanto en los pliegos de condiciones como en los procesos de selección generan focos de malas prácticas y tergiversaciones a la norma, el gremio que presido sugirió una propuesta de proyecto de ley al Gobierno nacional.

En esta propuesta se plantearon algunos ajustes al Estatuto General de la Contratación con el fin de que la implementación de documentos contractuales estándar en Colombia fuera una realidad.

Como consecuencia de lo anterior se expidió la Ley 1882 de 2018, la cual, en su artículo 4.º, incorpora el pliego tipo obligatorio para los procesos de selección de obra pública, interventoría y consultoría para obra pública.

2. Beneficios del pliego tipo

1. Con la implementación del pliego tipo, consagrada en el artículo 4.º de la Ley 1882 de 2018, se incorpora al ordenamiento jurídico una norma vinculante de buenas prácticas, lo cual incide en el correcto comportamiento de los agentes del mercado.
2. El pliego tipo se instituye, en fin, como un mecanismo para combatir la corrupción, debido a que elimina la subjetividad y discrecionalidad en la confección del pliego para la selección de los contratistas. También evita la conducción sesgada y la colusión de los procesos de selección al establecer reglas claras.
3. El pliego estándar obligatorio preserva la autonomía de las entidades contratantes para definir las necesidades de inversión y efectuar el gasto público.

   Ahora bien: el pliego tipo regula solo lo relacionado con la estandarización del proceso de selección; en consecuencia, el ordenador del gasto (alcaldes, gobernadores, etc.) seguirá definiendo las prioridades de inversión y las condiciones presupuestales y técnicas que regirán los contratos que se adjudiquen.
4. Los documentos contractuales tipo democratizan la contratación en los ámbitos nacional y territorial, toda vez que, al fijar unas reglas

objetivas, eliminan barreras de entrada y permiten que cualquier oferente que acredite las condiciones fijadas en el pliego pueda participar en los procesos de selección.

5. De igual modo, los documentos estándar promueven la eficiencia y economía del proceso de selección para la entidad contratante y los oferentes, bajo el entendimiento de que reduce los tiempos y costos de confección de documentos contractuales, y la elaboración, presentación y evaluación de ofertas. En tal sentido, los documentos tipo obligatorios serán especialmente útiles en las entidades con menor capacidad administrativa.
6. Además, el pliego tipo obligatorio protege y respalda la gestión del funcionario al definir un marco más claro y seguro de actuación durante la etapa de contratación, especialmente en lo que tiene que ver con la elaboración de pliegos, las respuestas a las observaciones y la evaluación de las ofertas.
7. Así mismo, el pliego tipo facilita, simplifica y concentra la tarea de los entes de control y autoridades judiciales, quienes delimitarán su actuación sobre un único pliego.
8. Los beneficios del pliego tipo se han materializado en un caso de éxito nacional, en el que la labor del Invías merece una especial mención. Entre el año 2011 y el 2017, en esta entidad se adelantaron 610 procesos por 8,8 billones de pesos, en los cuales se presentaron 29.507 propuestas, lo que equivale a un promedio de 48 ofertas presentadas por proceso.

La estandarización de documentos contractuales también es una práctica exitosa en el ámbito internacional: el BID, el BM y la OCDE emiten recomendaciones (buenas prácticas), con el fin de garantizar que la contratación pública sea competitiva y promover la pluralidad de oferentes.

Además, la Federación Internacional de Ingenieros Consultores ha desarrollado contratos tipo que se han convertido en un estándar internacional para la consultoría y la construcción de proyectos de infraestructura.

3. Reglamentación: retos y expectativas

El reto actual del Gobierno es la implementación del pliego tipo vía decreto reglamentario, trabajo en el que viene participando la Agencia Nacional de Contratación, Colombia Compra Eficiente.

Es importante señalar que el Gobierno, por disposición legal, contaba con un plazo de seis meses a partir de la promulgación de la Ley 1882 de 2018 para expedir dicha reglamentación. Al respecto, cabe mencionar que en días pasados Colombia Compra Eficiente publicó para comentarios el proyecto de decreto reglamentario del pliego tipo, razón por la cual es oportuno iniciar un ejercicio de revisión entre actores públicos y privados, con el fin de definir y precisar asuntos como:

- presentación de la oferta;
- plazos y etapas del proceso;
- requisitos habilitantes y factores de selección;
- alcance y términos para subsanar;
- causales de rechazo.

Es necesario destacar que el pliego tipo debe establecer los requisitos conforme a la modalidad de selección, el alcance y la cuantía de los proyectos.

Así mismo, para el caso del sector transporte, consideramos relevante que se amplíe el campo de aplicación del pliego tipo a todos los modos (vial, aéreo, férreo, fluvial y portuario) e infraestructuras especiales (túneles, puentes y viaductos).

Además, la Ley 1882 de 2018 no se limita a proyectos de infraestructura de transporte, razón por la cual consideramos que sería posible la implementación del pliego tipo para la infraestructura social, en sectores como agua potable y saneamiento básico (acueductos, alcantarillados, plantas de tratamiento), edificaciones institucionales (colegios, hospitales, sedes administrativas), escenarios deportivos, espacio público, parques, etc., así como para los estudios, diseños e interventorías para dichas obras.

Es pertinente mencionar que en la actualidad cursa en el Congreso de la República el proyecto de Ley 082/2018, presentado por la ministra del Interior, con el cual se pretende modificar el alcance del artículo 4.º de la Ley 1882 de 2018.

Este proyecto de ley, el 082 de 2018, busca adoptar documentos tipo para todo proceso de selección que, mediante licitación pública, adelante cualquier entidad de derecho público, cualquiera que sea el régimen jurídico que le sea aplicable (público o privado) y el orden territorial al que pertenezca.

Sin embargo, consideramos que deben revisarse los posibles efectos de extender el pliego tipo obligatorio para regímenes especiales como

el de servicios públicos domiciliarios, entre otros. Para estos casos, la implementación del pliego tipo puede resultar compleja e, incluso, inconveniente, en atención a que pueden limitar la contratación de estas entidades que se rigen especialmente por el derecho privado.

4. Demanda ante la Corte Constitucional

A finales del mes de marzo de este año se presentó una acción de inconstitucionalidad contra algunos apartes del artículo 4.º de la Ley 1882 de 2018.

Se observa que los textos demandados tienen relación con: (1) la condición de obligatoriedad del pliego tipo y (2) que estos documentos deban ser adoptados por todas las entidades sometidas al Estatuto General de la Contratación Pública.

Por otra parte, la demanda cuestiona la facultad del Gobierno nacional de adoptar, además de los documentos tipo para obra pública y consultoría, otros contratos distintos u otros procesos de selección diferentes a la licitación pública y concurso de méritos.

En tal sentido, los argumentos de la demanda se centran en que la norma acusada presuntamente vulnera el principio de autonomía territorial. Así las cosas, el demandante considera que:

1. El Congreso tiene competencia limitada para expedir un estatuto de contratación: solo puede regular los aspectos generales de la contratación pública.
2. El pliego tipo despoja a las entidades territoriales de la potestad de elaborar los pliegos atribuyéndole al Gobierno nacional tal competencia.
3. Los representantes de municipios y departamentos quedan obligados a la implementación del pliego tipo sin importar si resultan acordes con las necesidades y condiciones territoriales.
4. El pliego tipo es contrario a lo establecido en el código de régimen municipal (Decreto 1333 de 1986).

Ahora bien: contra la posición del demandante, nosotros defendimos la constitucionalidad del artículo 4.º, por encontrarse acorde al ordenamiento jurídico que lo enmarca.

Veamos los argumentos que esgrimimos ante la Corte en defensa del artículo 4.º de la Ley 1882 de 2018:

1. *Necesidad de los pliegos tipo obligatorios en la contratación pública*: tal y como mencionamos al inicio, en la contratación pública se presentan malas prácticas que dan lugar a los denominados "pliegos sastre", que dirigen los procesos a favor de un determinado oferente.

Esta situación distorsiona el mercado de la compra pública, impone barreras a la competencia y restringe la pluralidad de oferentes, lo cual vulnera derechos constitucionales (igualdad, competencia, participación) y los principios de transparencia y selección objetiva.

Se resalta que, como respuesta a la problemática planteada, es conveniente la implementación obligatoria del pliego tipo en la contratación pública.

2. *La competencia otorgada al Congreso, contrario al criterio del demandante, es amplia y no limitada*: el inciso final del artículo 150 de la Constitución Política consagra: "[C]ompete al Congreso expedir el estatuto general de contratación de la administración pública y en especial de la administración nacional". Este artículo otorga un amplio margen de configuración normativa al legislador para que establezca el régimen de contratación de la administración pública.

Al respecto, la Corte Constitucional, en la sentencia C-897 de 1999, señaló que "La contratación administrativa es materia de ley ordinaria. Es así como el estatuto de contratación vigente [...] puede ser modificado por otras leyes ordinarias que regulen aspectos relacionados con contratos estatales".

De igual manera, el Gobierno ostenta la facultad para reglamentar el pliego tipo: el artículo 189 de la Carta Política dispone que el presidente de la República es la autoridad encargada de ejercer la potestad reglamentaria. De igual manera, el legislador es autónomo para asignar la reglamentación a las autoridades del orden nacional.

Por consiguiente, no resulta censurable el artículo 4.º de la ley 1882 de 2018, pues atiende al mandato constitucional de los artículos 150 y 189.

3. *Alcance del principio constitucional de la autonomía territorial*: la autonomía territorial no es absoluta, y al respecto se ha pronunciado la Corte Constitucional.

La sentencia C-346 de 2017 establece que

> [...]
> Las prerrogativas que se derivan de la autonomía que se confiere a las entidades territoriales, se ejercen en los términos establecidos

> en la Constitución y la ley, y en este sentido, *no son de carácter absoluto. En efecto, el Legislador puede limitarlas, condicionarlas o restringirlas*, cuando esté autorizado por otra disposición constitucional. […] [énfasis nuestro].

En este sentido, la demanda interpreta de forma incorrecta la autonomía territorial, debido a que considera que los departamentos y municipios no están obligados a implementar los lineamientos o documentos estandarizados en los procesos de contratación que adelanten.

Esta errada interpretación desconoce el carácter limitado del principio de autonomía territorial, hecho que, en últimas, propicia la indebida conducta de confeccionar pliegos de condiciones particulares con criterios habilitantes exclusivos y factores de selección subjetivos para favorecer a únicos oferentes.

Sobre el particular, basta recordar que la Corte Constitucional, en la sentencia C-889 de 2002, consideró que "*el límite máximo de la autonomía territorial tiene una frontera política entendida como aquel extremo que al ser superado rompe los principios de organización del Estado para convertirse en independiente*, en algo diferente de aquella unidad a la cual pertenecen las entidades territoriales. En nuestro medio, el límite máximo lo señala el artículo 1º de la Constitución al establecer que Colombia es una República unitaria" (énfasis nuestro).

A su vez, la sentencia C-506 de 1995 establece que la autonomía que la Constitución Política otorga a las entidades territoriales responde al modelo de organización instituido en ella, en la medida en que busca "hacer efectivo el respeto a la identidad comunitaria local y a su capacidad de autodeterminarse, *sin que se ignore por eso la necesidad de que ciertas actividades sean coordinadas y planeadas desde el poder central*" (énfasis nuestro).

De igual modo, la Constitución, en su artículo 287, consagra que las entidades territoriales gozan de autonomía dentro de los límites de la Constitución y la ley.

En atención a las anteriores consideraciones, es claro que, de conformidad con el ordenamiento jurídico colombiano, la autonomía de las entidades territoriales en materia de contratación pública está determinada y limitada por las normas del orden nacional.

Por lo tanto, el pliego tipo obligatorio incluido en el artículo 4.º de la Ley 1882 de 2018 es una disposición que debe ser acatada por las entidades territoriales en el marco de la contratación pública.

No obstante, debe decirse que el artículo 4.º de la Ley 1882 de 2018 no desconoce la autonomía de las entidades como contratantes, toda vez que en virtud de los procesos de contratación dichas entidades siguen manteniendo las siguientes responsabilidades o atribuciones:

1. Identificar de manera autónoma los fines que se han de satisfacer con la contratación, así como definir el mecanismo idóneo para atenderlos.
2. Diseñar e implementar la política pública que tenga por objeto atender las necesidades de los habitantes y de la administración misma.
3. Determinar el gasto público y las inversiones que se han de ejecutar.
4. Definir el alcance de los proyectos, las reglas de ejecución del contrato, sus riesgos, gestión contractual, entre otros.
5. Identificar las características propias de la región, con el fin de promover el empleo local.

Por tales razones, no resulta acertado interpretar que el pliego tipo vulnera la autonomía de las entidades territoriales, pues resulta claro que estas preservan la potestad para definir sus necesidades e inversiones y determinar el gasto público.

Bajo los argumentos antes mencionados, el gremio defiende la constitucionalidad del pliego tipo obligatorio y tiene la firme convicción de que su implementación será un pilar de apoyo a las entidades estatales para mejorar el ejercicio y la transparencia de su función contractual.

Sumado a esto, reiteramos que los documentos tipo son un insumo valioso para promover la pluralidad de ofertas en los procesos de selección, permitir el acceso a la contratación a un mayor número de interesados, incentivar la calidad e innovación del bien o servicio y velar por la sana competencia.

Además, no podemos dejar de recalcar que la incorporación de los documentos tipo mitigará el riesgo de corrupción en los procesos de selección. Por ello, insistimos ante el Gobierno en la urgencia de reglamentar el pliego tipo.

Capítulo vii

La amigable composición en el contexto de los métodos alternativos de solución de conflictos en el derecho colombiano*

Martha Cediel de Peña**

Aunque más adelante se hace referencia particular a los antecedentes legislativos de cada método alternativo de solución de conflictos, para enfatizar en la amigable composición, cabe destacar que mediante el Decreto 1818 de 1998 (derogado parcialmente por la Ley 1563 de 2012) se incorporaron los métodos alternativos de solución de conflictos, bajo un solo texto, en cuyo epígrafe se indica claramente: "Por medio del cual se expide el estatuto de los mecanismos alternativos de solución de conflictos". Este ha sido adicionado, reglamentado o modificado varias veces, unas de manera general y otras respecto de algunos de ellos o unas específicas controversias, a lo cual debe agregarse la jurisprudencia sobre la materia.

Una conclusión clara, de carácter normativo y formal, es que nuestro derecho positivo tiene un catálogo y unas descripciones de lo que debemos entender por *método alternativo de solución de conflictos*. Si nos atenemos al texto referido, ellos son:

- la conciliación;
- el arbitraje;
- la amigable composición;
- la solución o arreglo directo;
- el peritaje definitorio y
- la transacción.

* Doi: http://dx.doi.org/10.15425/2017.344.

** Abogada *cum laude* de la Universidad de los Andes. Se ha desempeñado como asesora de entidades estatales y de contratistas en diversos aspectos de la contratación estatal, así como en conflictos de carácter preponderantemente mercantil, tanto de entidades públicas y privadas como de contratistas.

Lo anterior no significa que los métodos alternativos de solución de conflictos hayan irrumpido en el derecho colombiano con ocasión de este Decreto 1818/98; este texto normativo tuvo el propósito, simplemente, de compilar las normas aplicables a los métodos alternativos de solución de conflictos, dispersas en diferentes textos existentes a la fecha de su expedición.

Subyace en varias de estas instituciones *la transacción*, que debemos recordar con el fin de ver el impacto de esta en los métodos alternativos de solución de conflictos, por ello al margen del conocimiento general de este dedicaremos una parte del presente estudio a aquella institución.

Ahora bien: es importante considerar que cuando en la nomenclatura procesal colombiana se habla de la *amigable composición* es casi inmediata su asociación con el arbitraje que a partir del Decreto 2289 de 1989 (primera gran reforma al nuevo C. de P. C.) la identifica como un método alternativo de administración de justicia. También para esa época surge en el país la expresión "métodos alternativos de solución de conflictos", equivalente a la expresión en inglés "alternative dispute resolution".

Conviene sin embargo precisar que son varias las instituciones, técnicas o metodologías utilizadas para solucionar conflictos, pero, y de manera especial, cuáles están consignadas en nuestro derecho positivo y por lo tanto tienen consecuencias jurídicas, sin perjuicio de la existencia de otras que son simples metodologías cuya utilización no necesariamente implica poner en movimiento una institución jurídica.

Existen así dos términos corrientes cuyos alcances es conveniente delimitar: *negociación* y *mediación*.

Primero: la *negociación*. La doctrina la define como "una relación de regateo entre las partes que mantienen un conflicto aparente o real de intereses" o bien como el "extremo más informal de las modalidades y se presenta entre familiares, amigos, compañeros de trabajo, etc. No existen reglas propias para desarrollarla ni terceros que intermedien; por consiguiente, tampoco es onerosa y se conoce desde tiempos inmemoriales"[1]. Otros señalan que se trata de la acción y efecto de negociar, que en este sentido supone un proceso de diálogo entre dos o más personas o partes entre las cuales se ha suscitado un conflicto. Otros la definen como "un esfuerzo de interacción orientado a generar beneficios".

[1] Consuelo Hoyos, *La conciliación. Un modelo bioético-hermenéutico*, Señal Editora, Medellín, 2002, 2.ª edición, p. 27.

El profesor Gilberto Peña nos llama la atención sobre el asunto para indicar que estos términos pueden enriquecerse –u oscurecerse– cuando la negociación está encaminada a propiciar la solución de un conflicto, o el tráfico comercial, con un determinado tipo de interlocutores[2], o cuando se describen determinados tipos de mediación dentro de ciertas y determinadas comunidades, con alcances a veces más coercitivos que las negociaciones estrictamente legales[3].

Lo afirmado –señala al referirse a la negociación, y esto conviene tenerlo en cuenta– *no significa que el operador jurídico no pueda o deba ser un negociador*, en razón de que como asesores, jueces o apoderados de parte, es bastante probable que tengamos que lidiar con esta labor, y ahí es donde una formación que puede ser perfecta en lo jurídico hace crisis y pone en evidencia los errores en que incurrimos cuando sin tener la preparación y el entrenamiento necesario para ello acabamos puestos en medio de una negociación, o como mediadores, y ahora sí con consecuencias jurídicas[4].

El abogado que se prepara debidamente en unas técnicas de negociación agrega destrezas, en particular porque lo que resulta inaceptable es que obstruya y no considere la importancia de intervenir positivamente y con creatividad, *de tal manera que su labor trascienda el escenario de un eventual proceso judicial y su participación sirva para desatar la controversia con satisfacción para todos los interesados*. Su prestigio, entonces, no se ganará por ser un buen abogado, sino por el aporte efectivo a la solución de las diferencias, sea ésta total o parcial.

[2] Con los japoneses, por ejemplo (cfr. Patricia Gercik, *On Track with the Japanese*, Kodansha, New York, 1992), o lo que ha investigado el profesor Enrique Ogliastri (Universidad de los Andes) respecto de lo que significa para un colombiano negociar con interlocutores de otras nacionalidades específicas, cita que comporta tener en cuenta que ya para la época se definía como tal una de las tres posibles soluciones a un conflicto o a una diferencia de intereses y se indicaba "Es el proceso de ponerse de acuerdo con el otro para resolver la diferencia". La segunda solución al conflicto es recurrir a un tercero como árbitro o juez, apelar a reglamentos, derechos y justicia. Finalmente está la acción unilateral, que revierte en quién es más fuerte, a ver qué hace el otro. Esta última engendra agresión o violencia y es frecuentemente la solución colombiana a los conflictos.

[3] Cfr. Isacc Bashevis Singer, *En la Corte de mi padre*, en el que se encuentra la descripción de la *dintorá* como sistema de solución "patriarcal" de conflictos en una comunidad judía. Posteriormente se publicó, del mismo autor, *Más historias de la Corte de mi padre* (Norma, Bogotá, 2000, traducción de Gonzalo Mallarino).

[4] Véase el trabajo de G. Peña "La negociación: una nueva actividad del abogado", en *Universitas*, Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Javeriana, n.° 87, diciembre de 1994, pp. 7 a 22.

Esta preparación nos permite afirmar con el profesor Enrique Ogliastri que

> Desde hace más de una década se ha venido desarrollando una nueva manera de negociar que es mejor y que rompe los cánones tradicionales. Para negociar se necesita que haya intereses en conflicto, pero también una zona de conveniencia mutua donde la diferencia pueda resolverse. Como se dijo, si no negociamos tendremos que recurrir a los derechos, al sistema legal, o, si estamos orientados hacia el conflicto, recurriremos a la fuerza, al poder; la acción unilateral puede revertir en el tema de la violencia en la demanda legal[5].

Esta, que bien puede considerarse una disciplina, está así inmersa en casi todos los actos organizacionales, comerciales, sociales, políticos, gubernamentales, familiares, etc.; por ello es viable afirmar que *quienes no practiquen esta herramienta irán perdiendo posibilidades de desenvolverse en el campo en que le toque actuar*.

Considero relevante destacar que esta herramienta resulta de un valor inmenso en algunos de los medios utilizados en la selección de contratistas. Veamos:

Si se tienen en cuenta los citados procedimientos es claro que ellos desembocarán en la firma de un contrato basado en la minuta proforma que haya dispuesto la entidad. Ello no significa que no resulte necesario negociar algunas precisiones para evitar conflictos en la ejecución de aquel.

En el caso de la contratación directa ocurre con mayor énfasis en la medida en que la invitación a presentar oferta supone negociar o con el único proponente o con varios con el fin de obtener el mejor contrato.

Tiempo atrás el profesor Peña propuso un decálogo que en mi criterio se mantiene vigente y resulta verdaderamente útil:

> 1.º. El asunto que se negocia no es nuestro. Nuestro cliente lo puede regalar, si quiere. Pero aún en este caso, debemos advertirle lo que está haciendo.
>
> 2.º. Para negociar objetivamente y no desde posiciones hay que estar informado. El cliente es nuestra principal fuente de información. Sin embargo, conviene desconfiar de su versión.

[5] Enrique Ogliastri. *¿Cómo negocian los colombianos?* Bogotá: Universidad de los Andes, Indupalma y Cámara de Comercio de Bogotá, 1.ª ed., 2001.

3.º. Por muy informado que esté el abogado, esa información será inútil si no tiene bases y elementos profesionales, de experiencia y de sagacidad, suficientes para procesar y utilizar esa información.

4.º. No nos metamos en lo que no sabemos, ni en lo que no nos concierne. Y, cuando fuere necesario, hagámonos a un lado.

5.º. Para ser eficaz en una negociación, el abogado debe trabajar en equipo y respetar el trabajo de los demás miembros del equipo.

6.º. No es conveniente convertir nuestros honorarios en un factor de negociación.

7.º. Si en la negociación interviene un juez, él es el negociador con mayor poder. Sin embargo, rara vez lo ejerce.

8.º. Bajo ninguna circunstancia debe abandonarse el código ético, ni las buenas maneras, aunque otros lo hagan en la misma mesa de negociación.

9.º. El buen negociador no subestima a su contraparte. Existen versiones modernas de David y Goliat, en las experiencias de los abogados.

10.º. El abogado que está centrado en los elementos objetivos de la negociación no se deja deslumbrar por los muebles de marca, ni por el prestigio de su contraparte.

Segundo: la *mediación*, que, en términos generales, se entiende como "[...] una extensión y elaboración del proceso negociador […] e implica la intervención de un tercero aceptable, imparcial y neutro, que carece de poder de decisión [...] Como en el caso de la negociación, la mediación deja el poder de decisión en manos de las personas en conflicto"[6].

La mediación puede definirse como "un proceso voluntario en el que dos o más partes involucradas en un *conflicto* trabajan con un profesional imparcial, el *mediador*, para generar *sus propias soluciones con el fin de resolver sus diferencias*"; por ello es común tal expresión para referirse a la intervención de organismos internacionales, por ejemplo, en el conflicto armado; se entiende entonces por tal la intervención de una persona u organismo en una discusión o en un enfrentamiento entre dos partes para encontrar una solución. Es así como leemos con frecuencia, por ejemplo, que "el acuerdo se firmó gracias a la *mediación* del secretario de Naciones Unidas".

No obstante –y ello resulta relevante en materia de contratación estatal–, para los asuntos interadministrativos la Agencia Nacional de

[6] Christopher Moore. "El proceso de mediación", p. 27.

Defensa Jurídica del Estado y la Corporación Excelencia en la Justicia trabajaron en la elaboración del Decreto 2137 de 2015, considerando para el efecto que el numeral 9 del artículo 17 del Decreto Ley 4085 de 2011 establece que la dependencia responsable de la función de *mediar* en los conflictos que se originen entre entidades administrativas del orden nacional es la Dirección de Defensa Jurídica de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica.

Así, hoy cuando se recomiende acudir a un procedimiento de *mediación*, esa actividad, que *ab initio* no pareciera implicar la puesta en marcha de una institución jurídica –sin desconocer que ese ejercicio en general, puede desembocar en *resultados* que deben asumir una forma jurídica, que casi siempre es *la transacción*, en su acepción meramente social, o dentro del marco estricto de una institución jurídica sustancial (arts. 2469 a 2487 del C. C.) o procesal (art. 340 del C. de P. C.)–, si se trata de un asunto interadministrativo debe tener en cuenta lo dispuesto en el Decreto Ley 4085 de 2011, que en su artículo 6.º numeral 3 (viii) precisa que

> Es función de la Dirección de Defensa Jurídica de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica en relación con el ejercicio de la representación "[...] *actuar como mediador en los conflictos que se originen entre entidades y organismos del orden nacional*".

Y así mismo el Decreto 2137 del 4 de noviembre de 2015, con el cual se reglamentó, reafirma esta *función de mediación* prevista, repite en su artículo 17 esta función asignada a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado en las normas antes referidas.

Se precisa en este último:

> Artículo 2.2.3.2.2.1.1. Objeto de la mediación. La mediación de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado consiste en facilitar y procurar que las entidades y los organismos del orden nacional, de manera voluntaria, logren un acuerdo que ponga fin a los conflictos de carácter judicial o extrajudicial, actuales o eventuales, que puedan presentarse entre ellos.
>
> Artículo 2.2.3.2.2.1.2. Potestad para el ejercicio de la mediación. La función de mediación será responsabilidad de la Dirección de Defensa Jurídica de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, dependencia que administrará la Lista Única de Mediadores de que trata el artículo 2.2.3.2.2.2.1 de este decreto.
>
> Artículo 2.2.3.2.2.1.3. Resultado de la mediación. La solución del conflicto sometido a la mediación de la Agencia Nacional de

> Defensa Jurídica del Estado, se concretará a través de cualquier acto o negocio jurídico que la posibilite, de acuerdo con la legislación nacional vigente.
>
> La solución que se adopte deberá indicar con claridad las circunstancias de tiempo, modo y lugar para el cumplimiento de las obligaciones contraídas por las partes.
>
> Las entidades que acudan a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, se comprometerán a cumplir con lo acordado en la mediación y su inobservancia generará las consecuencias propias de incumplir el acto o negocio jurídico que se haya convenido para solucionar el conflicto.

La lectura de estas normas permite a su vez afirmar que en una mediación exitosa subyace un negocio de *transacción*, y de la misma manera opera en relación con los conflictos o diferencias en la ejecución de los contratos estatales respecto de los cuales resulta importante destacar que la transacción no vulnera los derechos colectivos a la moralidad administrativa y al patrimonio público. Así lo ha expresado el Consejo de Estado, que en el caso particular sometido a su consideración señaló:

> La Administración Municipal puede celebrar un contrato de transacción con un particular para precaver un litigio en lugar de acudir a la terminación unilateral, a la aplicación de la cláusula penal pecuniaria o a la conciliación, sin vulnerar los derechos colectivos a la moralidad administrativa y a la defensa del patrimonio público, porque el contrato de transacción se encuentra previsto en la Ley 80 de 1993, y regulada por el Código Civil, siendo jurídicamente valido acudir a dicha figura para dar por terminado un contrato, sin que resulte lesivo para los intereses del Estado[7].

1. La amigable composición

Este método alternativo de solución de conflictos normativamente surge con los decretos 144 (artículo 677) y 2304 de 1970 (artículo 147), este último correspondiente al Código de Procedimiento Civil. Desde entonces es claro que la amigable composición es una de tipo netamente contractual, distinta del arbitramento, de tal manera que la decisión que se adopta en éste es una sentencia (laudo arbitral) adoptada por sujetos que cumplen función judicial y la amigable composición

[7] CE SIII E AP00719 de 2005.

no, pues en ésta subyace un mandato que como tal es de naturaleza contractual. Esta corresponde a un mandato otorgado por las partes al amigable componedor para que dé solución al conflicto, *mediante un contrato de transacción.*

En las citadas normas se dispuso:

> Artículo 677. Amigables componedores. En los casos previstos en el inciso primero del artículo 663, podrán los interesados someter sus diferencias a amigables componedores; la declaración de éstos tienen valor contractual entre aquéllos; pero no producirá efectos de laudo arbitral.

Posteriormente, en el artículo 2025 del Código de Comercio (Decreto 410 de 1971) se confirmó su naturaleza contractual así:.

> En los casos previstos en el inciso primero del artículo 2011, podrán los interesados someter sus diferencias a amigables componedores; la declaración de éstos tiene valor contractual entre aquéllos, pero no producirá efectos de laudo arbitral.

A pesar de su clara delimitación como una figura de tipo contractual, para esta época, sin embargo, no se había dipuesto una definición que mostrara el alcance de dicho mecanismo en el contexto de los métodos alternativos de solución de conflictos.

Esto aparece en 1989 con la expedición del Decreto Extraordinario 2279 de 1989, que se decidió formular una primera conceptualización acerca de su contenido y se consagraron las condiciones para determinar su procedencia. Se dispuso así sobre la materia:

> Artículo 51. Por la amigable composición se otorga a los componedores la facultad de precisar, con fuerza vinculante para las partes, el estado y la forma de cumplimiento de una relación jurídica sustancial susceptible de transacción.
>
> Artículo 52. La expresión de la voluntad de someterse a la amigable composición, se consignará por escrito que deberá contener:
>
> - El nombre, domicilio y dirección de las partes.
>
> - Las cuestiones objeto de la amigable composición.
>
> - El nombre o nombres de los amigables componedores cuando las partes no hayan deferido su designación a un tercero.
>
> - El término para cumplir el encargo, que no podrá exceder de treinta (30) días.

En la Ley 23 de 1991 se adicionó un inciso al artículo 52 del Decreto 2279 de 1989 para permitir la delegación a un tercero para la designación del o los amigables componedores. Se estableció entonces en el artículo 116:

> Si las partes estuvieren de acuerdo, designarán los amigables componedores, o deferirán su nombramiento a un tercero.

La Ley 80 de 1993 facultó a las partes, administración pública y particular, para aplicar los métodos alternativos de solución de conflictos que enumeró de manera enunciativa en el artículo 68, dentro de ellos la amigable composición. Es claro además que en el artículo 69 expesamente prohibió a las autoridades impedir el uso de estos mecanismos o la inclusión en los contratos estatales de la cláusula compromisoria o la celebración de compromisos para dirimir las diferencias surgidas del contrato estatal:

> Artículo 68. De la utilización de mecanismos de solución directa de las controversias contractuales. Las entidades a que se refiere el artículo 2.° del presente estatuto y los contratistas buscarán solucionar en forma ágil, rápida y directa las diferencias y discrepancias surgidas de la actividad contractual.
>
> Para tal efecto, al surgir las diferencias acudirán al empleo de los mecanismos de solución de controversias contractuales previstos en esta ley y a la conciliación, amigable composición y transacción.
>
> Parágrafo. Los actos administrativos contractuales podrán ser revocados en cualquier tiempo, siempre que sobre ellos no haya recaído sentencia ejecutoriada.
>
> Artículo 69. De la improcedencia de prohibir la utilización de los mecanismos de solución directa. Las autoridades no podrán establecer prohibiciones a la utilización de los mecanismos de solución directa de las controversias nacidas de los contratos estatales.
>
> Las entidades no prohibirán la estipulación de la cláusula compromisoria o la celebración de compromisos para dirimir las diferencias surgidas del contrato estatal.

En el artículo 130 de la Ley 446 de 1998, la amigable composición se definió así:

> La amigable composición es un mecanismo de solución de conflictos, por medio del cual dos o más particulares delegan en un tercero, denominado amigable componedor, la facultad de precisar,

> con fuerza vinculante para ellas, el estado, las partes y la forma de cumplimiento de un negocio jurídico particular. El amigable componedor podrá ser singular o plural.

En los artículos 131 y 132 se dispusieron el alcance y las reglas:

> Efectos. La decisión del amigable componedor producirá los efectos legales relativos a la transacción.
>
> Designación. Las partes podrán nombrar al amigable componedor directamente o delegar en un tercero la designación. El tercero delegado por las partes para nombrar al amigable componedor puede ser una persona natural o jurídica.

En lo que hace a la jurisprudencia sobre la materia, pueden enumerarse entre otras:

1. La sentencia del 6 de febrero de 1998 del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera (radicación n.° 11477), se refirió a la institución para indicar:

> [...] La ley no regula la forma como se adelantará la amigable composición, dejando a las partes en libertad para pactar lo que estimen conveniente; lo que en manera alguna implica que la decisión por mayoría convierta la figura en una decisión de carácter judicial, dado que los amigables componedores obligan contractualmente a las partes porque actúan por mandato de éstas, y no con la fuerza procesal de la sentencia. Los tratadistas nacionales, en consonancia con lo dispuesto en la normatividad procesal civil, coinciden en tratar la figura de la amigable composición como un acuerdo de carácter contractual, cuyos efectos se asimilan a los de la transacción, sin reconocerle al acuerdo que se logre el carácter de decisión judicial, que solo puede ser proferida por quien esté investido de jurisdicción, bien sea en forma permanente o transitoria, por la voluntad de las partes cuando la ley así se los permite, mientras que los amigables componedores no están investido de jurisdicción.

2. La sentencia del 26 de febrero de 1998 del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, señaló que la amigable composición es simplemente *una transacción* lograda por intermedio de terceros con facultades para comprometer contractualmente a las partes:

> [...] desde el Decreto 01 de 1984, artículo 218, se autorizó a las entidades estatales para transigir en asuntos relacionados con

controversias contractuales. Es decir, que la amigable composición no fue establecida por primera vez en el Decreto 2279 de 1989, sino que ese Decreto se limitó a retomar la figura para reglamentarla, dicho sea de paso, en forma incipiente. Por otra parte, el Código de Procedimiento Civil (decretos 1400 y 2019 de 1970) ya contemplaba la figura de la amigable composición al prever en el artículo 677, luego tomado por el artículo 51 del Decreto 2279 de 1989, que en las controversias susceptibles de transacción que surgieran entre personas capaces de transigir, podían los interesados someter sus diferencias a amigables componedores. Como consecuencia de las consideraciones que anteceden, fuerza es concluir que la amigable composición no se sustentó por primera vez en el Decreto 2279/89 sino en normas vigentes por la época en la cual se celebró el contrato.

Desde el Código de Procedimiento Civil de 1970, la legislación ha previsto la amigable composición; en aquella normatividad en el artículo 677, luego adoptada por los artículos 51 y 52 del Decreto 2279 de 1989, adicionada por el artículo 16 de la Ley 23 de 1991. No resulta exótica a la legislación colombiana, el pacto de amigable composición en los términos acordados en el convenio demandado. Antes de celebrarse el acuerdo, en el momento de su celebración y hoy, ha existido norma positiva que permite acudir a tal procedimiento como medio extrajudicial de solución de conflictos.

Por otro aspecto tampoco se desnaturaliza la figura de la amigable composición, cuando las partes convienen frente a la intervención de tres amigables componedores, que las decisiones se tomarán por mayoría.

3. En sede de revisión constitucional, la Corte Constitucional, en la sentencia C-1432/2000, señaló:

[...] a partir del año 1993, los conflictos surgidos de la actividad contractual del Estado, quedó radicada definitivamente en cabeza de la jurisdicción contencioso administrativa. Sin embargo, el propio legislador (Ley 80), facultó a las partes, administración y particular, para sustraer del conocimiento de la jurisdicción contenciosa los conflictos que, en virtud de la celebración, el desarrollo, la ejecución y la liquidación de los contratos estatales llegasen a surgir, al señalar que éstos buscarán solucionar en forma ágil, rápida y directa las diferencias y discrepancias surgidas de la actividad contractual, a través de los mecanismos

> alternos de solución de conflictos, tales como el arbitramento, la conciliación, la amigable composición y la transacción (artículo 68). Prohibiendo expresamente a las autoridades, impedir el uso de estos mecanismos, o la inclusión en los contratos estatales de la cláusula compromisoria o la celebración de compromisos para dirimir las diferencias surgidas del contrato estatal (artículo 69).
>
> Significa lo anterior que el Estado, al igual que los particulares, puede someter las divergencias surgidas con ocasión de un contrato donde es parte, a la decisión de terceros investidos de la facultad de dirimir definitivamente la controversia, sin que con ello se considere vulnerado el interés público que los contratos estatales implícitamente ostentan, o se discuta la facultad de la administración para transigir, tal como aconteció hasta no hace pocos años.

4. Complementariamente, en sede de tutela, en la sentencia de unificación de jurisprudencia SU-091/2000, en Sala Plena, la Corte Constitucional (MP Álvaro Tafur) señaló:

> En relación con el carácter meramente contractual de la amigable composición y la función de los amigables componedores, debe advertirse que a las partes asiste libertad para pactar lo que estimen conveniente en cuanto a la forma como ha de adelantarse, en cada caso, la amigable composición, pues este aspecto no está regulado por la ley. La circunstancia de que se establezca en el correspondiente contrato que la decisión que tomen deba serlo por mayoría, en manera alguna implica que la decisión adquiera carácter judicial, dado que los amigables componedores obligan contractualmente a las partes porque actúan por mandato de éstas, y no con la fuerza procesal de sentencia.
>
> Igualmente, no puede perderse de vista que, en la actualidad, siguiendo las disposiciones legales, la amigable composición responde a lineamientos que se avienen con la comprensión tradicionalmente dada a la amigable composición como mecanismo convencional de solución de diferencias y discrepancias entre las partes de un contrato.
>
> En efecto, la Ley 446 de 1998, en esta materia de la amigable composición subroga la legislación anterior y reitera que tal institución es un mecanismo de solución de conflictos cuyas características, siguiendo los artículos 130 a 132, ibídem, pueden tipificarse así: (i) delegación que hacen dos o más particulares (ii) en un tercero, denominado "amigable componedor" –que podrá ser singular o plural–, (iii) de la facultad de precisar con fuerza vinculante para

ellas y con los efectos legales de la transacción, (iv) el estado, las partes y la forma de cumplimiento de un negocio jurídico particular. Las partes (v) pueden hacer la designación del amigable componedor directamente o delegarla en un tercero, que puede ser persona natural o jurídica.

Así mismo, es claro, en armonía con lo arriba expuesto, que la actividad de los amigables componedores no tiene el carácter de función pública; ella se enmarca dentro del ámbito contractual y exterioriza la estipulación derivada de la autonomía de la voluntad.

De manera sucinta se puede, entonces, precisar en torno de la amigable composición, el arbitramento y la acción que pueden desplegar los particulares para la integración de una y otro, lo siguiente:

La amigable composición es un procedimiento eminentemente contractual; el arbitramento es un procedimiento judicial, aunque tenga fundamento inmediato en un acuerdo de voluntades, que se comprometen a que particulares habilitados por ministerio de la ley ejerzan la función estatal de dirimir un conflicto de intereses generando derogatoria de la jurisdicción estatal, para el caso concreto.

En efecto, la Ley 446 de 1998, en esta materia de la amigable composición subroga la legislación anterior y reitera que tal institución es un mecanismo de solución de conflictos cuyas características, siguiendo los artículos 130 a 132, ibidem, pueden tipificarse así: (i) delegación que hacen dos o más particulares (ii) en un tercero, denominado amigable componedor –que podrá ser singular o plural–, (iii) de la facultad de precisar con fuerza vinculante para ellas y con los efectos legales de la transacción, (iv) el estado, las partes y la forma de cumplimiento de un negocio jurídico particular. Las partes (v) pueden hacer la designación del amigable componedor directamente o delegarla en un tercero, que puede ser persona natural o jurídica.

[...]

De manera sucinta se puede, entonces, precisar en torno de la amigable composición, el arbitramento y la acción que pueden desplegar los particulares para la integración de una y otro, lo siguiente:

- La amigable composición es un procedimiento eminentemente contractual; el arbitramento es un procedimiento judicial, aunque tenga fundamento inmediato en un acuerdo de voluntades, que se comprometen a que particulares habilitados por ministerio de la ley ejerzan la función estatal de dirimir un conflicto de intereses generando derogatoria de la jurisdicción estatal, para el caso concreto.

- Los amigables componedores, por principio, no ejercen función estatal judicial; por el contrario, los árbitros sí, conforme lo establece directamente la Constitución Política (art. 116).

- La amigable composición es un mecanismo de autocomposición, los amigables componedores son representantes de las partes contratantes; el arbitramento es mecanismo de heterocomposición.

- La amigable composición se desarrolla en la forma acordada autónomamente por las partes; por el contrario, el arbitramento en cuanto a su tramitación se halla sujeto a regulación legal específica.

- La amigable composición concluye en un acuerdo o convención que tiene los efectos de transacción; el arbitramento concluye en laudo que produce los efectos propios de las sentencias judiciales.

En atención a las características diferenciales enunciadas, se puede concluir entonces que, mientras la amigable composición surge plenamente del contrato, el arbitramento lo hace de la propia Constitución y la ley que dan eficacia al acuerdo de voluntades para que mediante él se derogue la jurisdicción, por principio, privativa del Estado.

De las características de una y otra institución, cabe deducir particularidades acerca de las condiciones que han de reunir los particulares a quienes se encomiende la misión de escoger a los amigables componedores y a los miembros de un tribunal de arbitramento, respectivamente.

La integración de la amigable composición puede confiarse a "terceros" ajenos a los contratantes, sean aquellos personas naturales o jurídicas, no están sometidos a calificación especial; en cambio, la integración y puesta en marcha de los tribunales de arbitramento, y del proceso arbitral, ha de efectuarse con observancia de procedimientos especialmente ordenados por la ley, ante las entidades privadas que tengan autorización estatal para tal efecto, la cual se otorga previo el cumplimiento de condiciones legalmente previstas para su organización y funcionamiento (centros de conciliación y arbitraje) y en los casos previstos en la ley, en el respectivo contrato o en el compromiso.

Dentro del trámite impulsado para designar los amigables componedores, el particular a quien tal actividad se haya encomendado no puede hacer calificación alguna sobre su aptitud para efectuarlo, ni puede emitir acto vinculante, salvo la propia escogencia del componedor o componedores; mientras que en el trámite encaminado a la integración del tribunal de arbitramento, sí.

[...]

En lo que se refiere al debido proceso, en la misma sentencia la Corte Constitucional indica:

> […]
>
> 5.2 El debido proceso se ha de aplicar en toda clase de actuaciones judiciales y administrativas (artículo 29 de la C. P.) y en el entendimiento que de tiempo atrás le ha dado esta Corporación es aquel que satisface todos los requerimientos, condiciones y exigencias necesarios para garantizar la efectividad del derecho material y constituye garantía de legalidad procesal que pretende dentro de sus fines proteger a los individuos en su dignidad, personalidad y desarrollo frente a eventuales arbitrariedades amparadas en el ejercicio del poder.
>
> Por otra parte, el artículo 229 de la C. P. garantiza el derecho de toda persona para acceder a la administración de justicia. Empero esa garantía como también ha precisado esta corporación ha de concebirse no solo desde una óptica simplemente formal o restrictiva sino primordialmente material, "esto es, como la posibilidad que tiene toda persona de poner en marcha el aparato judicial, en el entendido –imprescindible para que se pueda hablar de la efectividad de aquella– de que la autoridad competente resuelva el asunto que le ha sido planteado, y de que lo haga oportunamente".
>
> En armonía con las características básicas enunciadas es claro que, en el ámbito estricto de la amigable composición, en principio no cabe deducir violación alguna de ninguno de los derechos que alega el accionante. En efecto, siendo la amigable composición actividad que no trasciende el contexto meramente contractual, que no refleja ejercicio de funciones públicas, es claro que no puede hablarse de un proceso en el sentido público y propio del término; corresponde a las partes determinar cómo entienden que debe adelantarse ese mecanismo de arreglo directo de sus controversias. La ley[,] como ya se expresó[,] solo otorga a la amigable composición los efectos de transacción, entre las partes.
>
> Por lo anterior, es claro, entonces, que del hecho de que las partes hayan convenido acudir de antemano al mecanismo de la amigable composición no se sigue transgresión alguna del debido proceso ni de la garantía de acceso a la justicia.
>
> Cualquier desviación en que incurran las partes y sus delegados, pues ese carácter tienen los amigables componedores, habrá de solucionarse de acuerdo con lo previsto en el propio contrato o

> por el juez competente y no por el juez constitucional pues en esos casos no entran en juego derechos constitucionales fundamentales.

También en sede de tutela, en la sentencia T-017/2005, de una Sala de Revisión de tutelas, la Corte Constitucional señaló en relación con el origen, la naturaleza y las características de la amigable composición:

> Ha reconocido la doctrina que el origen de la amigable composición deviene de las postrimerías del imperio romano. En dicha época, una vez superado el formalismo característico del *ius civile* y fortalecido el papel de los pretores, principalmente, en la aplicación del *ius gentium*; se ideó un mecanismo de arbitraje para solucionar las controversias entre los ciudadanos romanos y aún entre los extranjeros, cuyas fuentes jurídicas lejos de ajustarse al tenor literal de la ley, apuntaban a ideales o conceptos extralegales fundados en creencias estoicas de la razón, entre las cuales gozaban de especial ponderación las nociones de justicia y equidad. La figura a la que le encomendaba la posibilidad de resolver conflictos bajo las citadas premisas, se denominó *arbitrator* (arbitrador).
>
> Con posterioridad, la influencia de la Iglesia en la alta edad media permitió preservar la figura del *arbitrator*, pero encaminándolo a la realización de los ideales cristianos de justicia, esto es, a la búsqueda de la caridad y la conciliación como elementos fundantes del quehacer jurídico.
>
> Sin embargo, fue en la posibilidad de fallar en equidad en donde radicó la fuerza y el reconocimiento social que históricamente recibieron los *arbitrator* y que, con el pasar de los años, los hizo merecedores de ser llamados *amicabilis compositor* o *amigables componedores*. Curiosamente dicha confianza de la que fueron objeto, similar a aquella que se origina en las relaciones de amistad, les otorgó el derecho a resolver por su propia autoridad las controversias, sin estar sujetos ni a sistemas procesales, ni a acuerdos previos de las partes, pues se entendía que estaban investidos de una autoridad tal que obligaba a las partes al cumplimiento fidedigno de lo dictaminado.
>
> Si bien la revolución francesa apeló a una superioridad del positivismo jurídico, no por ello la amigable composición perdió su firmeza, pues se enmarcó como una forma anormal de terminación de los procesos, sometida al acuerdo previo de tipo contractual entre las partes y otorgándole en cuanto a sus efectos similitud con el contrato de transacción.

5. Sobre la evolución normativa de la amigable composición, la Corte concluyó:

> […] se puede concluir que se trata de un mecanismo de solución de conflictos de tipo eminentemente contractual, por medio del cual las partes deciden delegar en un tercero, denominado amigable componedor, la facultad de decidir, con fuerza vinculante entre ellas, el estado y la forma de cumplimiento de una relación jurídica sustancial susceptible de transacción. Dicho amigable componedor puede sea nombrado directamente por las partes o a través de un tercero designado por éstas. Dicho amigable componedor, dijo, puede ser nombrado directamente por las partes o a través de un tercero designado por éstas. Las actuaciones realizadas por los amigables componedores, dijo la Sala de Revisión de Tutelas, no corresponden a una manifestación del ejercicio de la función jurisdiccional del Estado, pues al tenor de lo expuesto en el artículo 116 de la Constitución Política, dicha función se limita a las figuras procesales de la conciliación, el arbitramento y los jurados en conciencia. Son éstas las instituciones que pertenecen a la esfera del derecho procesal y a las cuales les resultan exigibles todas las garantías del debido proceso (C. P., art. 29), entre ellas, los derechos de defensa, contradicción, impugnación, etc. Conviene precisar que esta diferenciación en cuanto a los mecanismos de solución de conflictos, deviene de la investidura otorgada a algunos particulares para ejercer la función pública de *administrar justicia*, como poder o autoridad derivado de la soberanía del Estado para imponer el derecho mediante decisiones de obligatorio cumplimiento.
>
> 9. Esto significa que la amigable composición corresponde a una modalidad de negocio contractual cuyo origen deviene de las instituciones de derecho sustancial, en especial, del derecho de los contratos. También se ha dicho que como expresión de acto jurídico se clasifica dentro de la tipología de los actos complejos, pues comprende la intervención de dos o más pronunciamientos para integrar un sólo acto substancial. Por una parte, requiere el pacto o convenio mediante el cual las partes delegan en un tercero la solución de un conflicto (contrato de composición); y por la otra, el resultado de la gestión asignada y adelantada por el amigable componedor, por lo general a título de mandato, se plasma en un documento final equivalente a un negocio jurídico contractual mediante el cual las partes asumen compromisos voluntarios que se tornan definitivos, inmutables y vinculantes entre ellas (composición propiamente dicha).

10. En virtud de lo anterior, la amigable composición tiene unas características principales que le permiten diferenciarse de otros mecanismos de resolución de conflictos, a saber:

- La amigable composición es una institución del derecho sustancial, y concretamente del derecho de los contratos, como también lo es la transacción (C. C., art. 2469); mientras que la conciliación y el arbitramento corresponden a instituciones procesales, aun cuando tengan su origen en un acuerdo de voluntades.

- Los amigables componedores no ejercen función jurisdiccional; por el contrario, los árbitros sí lo hacen, conforme lo establece directamente la Constitución Política.

- Tanto la amigable composición como la transacción se manifiestan a través del desarrollo de un trámite contractual, y por lo mismo, no tienen consecuencias de carácter procesal, sino que se deja al criterio de las partes la fijación de las actuaciones a seguir. Por su parte, la conciliación y el arbitramento se someten a las disposiciones del derecho procesal, pues pertenecen al ejercicio de la función jurisdiccional del Estado.

- La amigable composición concluye con el *convenio de composición* elaborado por el tercero; la transacción con un contrato suscito por las partes; el arbitramento termina en un laudo arbitral que produce los efectos propios de las sentencias judiciales; y la conciliación mediante un acta suscrita por las partes.

- Finalmente, si bien la transacción y la amigable composición comparten similitudes en cuanto a su origen contractual, su principal distinción radica en que mientras la primera supone la superación del conflicto a través de un arreglo exclusivamente negociado por las partes, en la segunda, tanto la fórmula de solución como las actuaciones para llegar a ella, se delegan en un tercero.

En este contexto, se puede concluir que la amigable composición se identifica por:

- Encomendar a un tercero mediante un acuerdo contractual, el encargo de solucionar problemas o diferencias que enfrentan a las partes.

- Dicho vínculo que se establece entre el amigable componedor y las partes tiene su origen en un contrato de mandato, cuyas facultades se limitan conforme a lo establecido en el contrato de composición. Así las cosas, la amplitud de las actuaciones que adelante el amigable componedor dependerá de las restricciones o no que se le fijen por parte de sus mandatarios.

- El documento final que suscriba el amigable componedor no contiene resoluciones ni órdenes, pues se limita a fijar los compromisos voluntarios que asumen las partes, para definir el conflicto surgido entre ellas.

- Según el caso, el citado documento se convierte en un contrato adicional y modificatorio al contrato que le dio origen a la discrepancia solucionada.

- El compromiso suscrito al amparo del amigable componedor produce los efectos de la transacción, esto es, '[...] *el efecto de cosa juzgada en última instancia* [...]' (Código Civil, art. 2483).

- El amigable componedor puede ser singular o plural.

- La designación pueden hacerla las partes directamente involucradas en la controversia o a través de un tercero que ellas mismas elijan. Dicho tercero puede ser una persona natural o jurídica.

- Como consecuencia de su naturaleza contractual, el compromiso suscrito entre las partes a partir de la decisión del amigable componedor, no es susceptible de ningún recurso de tipo procesal. La única forma de controvertir dicho arreglo es precisamente demandando su eficacia como acto jurídico.

- En estos términos, habría que demostrar, entre otros, la falta de capacidad de las partes, la ausencia de consentimiento, la existencia viciada del mismo o la presencia de objeto o causa ilícita.

- Para concluir es innegable que la amigable composición no puede estar sometida a una estructura procesal propiamente dicha, en razón a su naturaleza eminentemente contractual típica de una institución del derecho sustancial. Obsérvese cómo, exigir el adelantamiento de un proceso como presupuesto de su validez, sería tanto así como exigir algún tipo de requerimiento procesal para dotar de eficacia a la transacción.

- Desde esta perspectiva, se cuestiona la Corte: ¿si existe algún trámite especial previsto en la ley para formalizar el acto jurídico complejo que envuelve el desarrollo de un mecanismo de amigable composición y, adicionalmente, qué asuntos pueden someterse a su conocimiento y decisión?

En relación con el primer interrogante, la ley no plantea exigencia alguna de tipo formal que subordine la eficacia del acto de la amigable composición, más allá de los requisitos generales de existencia y validez de todo negocio jurídico. De suerte que, en ejercicio de la autonomía de la voluntad privada, les asiste el derecho a las partes de fijar libremente los límites, condiciones y requisitos que estimen convenientes en cuanto a la forma como

> ha de adelantarse, en cada caso, la amigable composición. Eso sí, y en cuanto se admite que la decisión sea adoptada al amparo de un Centro especial constituido para el efecto, tales como, los arbitraje centros de conciliación, arbitraje y amigable composición, se entiende que existe en dichos casos, una aceptación tácita a los reglamentos que profieren esas asociaciones, los cuales, además, se sujetan previamente a la aprobación del Ministerio del Interior y la Justicia. Esto significa que los trámites incorporados en las disposiciones de los citados reglamentos se convierten tácitamente en normas de obligatorio cumplimiento para las partes.
>
> Ahora bien: puede suceder que ni las partes, ni el reglamento establezcan reglas especiales para tramitar la amigable composición. Dicha circunstancia, en todo caso, no afecta la validez del contrato de composición, pues se concibe que con sujeción al contrato de mandato que subyace en dicha relación jurídica, el amigable componedor tiene las facultades necesarias para cumplir en debida forma su encargo. Reconociendo que, bajo ninguna circunstancia, los trámites que decida adelantar el amigable componedor corresponden a una expresión del derecho procesal, conforme se ha visto.
>
> En torno al segundo interrogante, y dada la amplitud de los artículos 223, 224 y 225 del Decreto 1818 de 1998, puede concluirse que todo tipo de controversias relacionadas con el estado, las partes y la forma de cumplimiento de un negocio jurídico particular, pueden someterse a la amigable composición, en tanto y en cuanto sean susceptibles de transacción, es decir, versen sobre pretensiones de contenido económico y carácter patrimonial.
>
> "Con todo, en materia de contratación estatal, le resultan exigibles a la amigable composición algunas de las limitaciones propias de otros mecanismos de resolución de conflictos, como lo es la consistente en la imposibilidad de pronunciarse acerca de la legalidad de los actos administrativos que se profieren al amparo del ejercicio de los poderes exorbitantes de la administración, pues se entiende que esta materia es ajena a cualquier clase de negociación [énfasis nuestros].

En relación con las limitaciones que surgen para los amigables componedores a partir del contenido normativo de los principios de buena fe e igualdad reconocidos en la Constitución Política, la Corte en la misma sentencia señaló:

> El negocio jurídico que fundamenta la competencia asignada al amigable componedor para decidir con efectos vinculantes la

disputa sometida a su conocimiento se encuentra en el contrato de mandato. Dicha modalidad contractual, le confiere al amigable componedor la capacidad de efectuar los actos necesarios para cumplir en debida forma su encargo, esto es, dirimir el conflicto que se presenta entre las partes con los mismos efectos de la transacción.

A pesar de que el ordenamiento jurídico le reconoce al mandatario un amplio margen de autonomía para realizar los actos que estime convenientes, con el propósito de gestionar el negocio jurídico que se le encomienda, el artículo 2160 del C.C. es categórico en establecer que, en todo caso, la *'recta ejecución'* de dicho contrato, comprende no sólo la obligación de actuar dentro de los límites de orden contractual y legal que se imponen, sino también que su desenvolvimiento debe llevarse a cabo conforme a los *'medios'* a través de los cuales el mandante hubiese querido su realización.

La escogencia de dichos *medios* implica la selección de las mejores herramientas para lograr el fin contractual que subyace al negocio jurídico celebrado, el cual, en tratándose de la amigable composición, consiste en la obtención de una solución justa y ecuánime del conflicto planteado, a través del desarrollo neutral de un trámite contractual en el que se asegure la 'igualdad de armas' entre las partes en conflicto.

Desde esta perspectiva, es innegable que los amigables componedores carecen de atribuciones arbitrarias o desprovistas de una recta razón para resolver el conflicto sometido a su conocimiento, pues toda actuación que adelanten debe adecuarse a los medios que hubiesen querido las partes, o sea, a una solución conforme a la justicia, equidad y derecho que se funde en un pleno equilibrio de oportunidades para las partes.

[…]

16. Los principios generales de la buena fe e igualdad previstos en la Carta Fundamental, revisten gran trascendencia como parámetros que guían la ejecución de las obligaciones que incumben a los amigables componedores.

Por una parte, el principio de buena fe reconocido en el artículo 83 del Texto Superior, incorpora a las relaciones jurídicas el valor ético de la confianza, exigiendo de parte del amigable componedor la recta disposición de ánimo para proceder al cumplimiento fiel de las obligaciones que se originan en el negocio encomendado. Así las cosas, le corresponde al amigable componedor realizar los actos y trámites que resulten necesarios para lograr el cumplimiento honesto y leal de su encargo, entre los cuales, especialmente se

destacan los siguientes: oír a las partes, atender sus solicitudes de pruebas, recibir sus escritos, fijar términos razonables para convalidar sus intervenciones, permitirles la realización de descargos, examinar documentos, entrevistar a terceros, contratar estudios técnicos con cargo a las partes en aras de desentrañar el significado legal de un concepto profesional, etc., todo con el objetivo plausible de llegar al convencimiento en torno a la verdad verdadera del asunto litigioso que le permita adoptar una recta solución.

De la misma manera, el principio de igualdad reivindica del amigable componedor el deber de otorgarle a ambas partes, las mismas oportunidades de acción y oposición frente al tema controvertido. De donde resulta exigible la determinación de un trámite contractual o *iter contractus* que permita la formación de un juicio libre, desapasionado y debidamente motivado del caso debatido que asegure definitivamente una solución coherente, lógica y razonable del conflicto.

Respecto de las etapas para la resolución de conflictos, la Corte señaló:

Para el efecto, a juicio de esta Corporación, es indispensable que los centros especializados en el manejo de los mecanismos alternativos de resolución de conflictos, sometan el adelantamiento de los trámites de la amigable composición como mínimo a tres etapas.

En primer lugar, a una audiencia de apertura, en donde se proclame la autoridad del amigable componedor, se fije el alcance y naturaleza de la disputa, se determine el tiempo de su duración y el de cada una de sus etapas y, además, se inste a las partes para presentar los elementos de juicio que pretendan hacer valer.

En segundo término, una etapa de investigación, para identificar y estudiar el problema, examinar documentos, realizar entrevistas con terceros y las partes, y en general, todas las gestiones esenciales para que el amigable componedor se forme su propio juicio.

Finalmente, la etapa de decisión, audiencia en la cual se presenta la solución a las partes debidamente firmada por el amigable componedor, y se explica su alcance jurídico.

Por consiguiente, no cabe duda de que solamente a través del debido acatamiento de las citadas etapas para resolver un conflicto sometido a amigables componedores, puede asegurarse la vigencia de los principios constitucionales de buena fe e igualdad previstos en el Texto Superior, y además, preservar los derechos contractuales de las partes sometidas a dicho mecanismo alternativo de resolución de conflictos.

[...]

19. De acuerdo con las circunstancias fácticas del caso y los argumentos expuestos en esta providencia, procede la Corte a efectuar las consideraciones que a continuación se exponen:

(1) Como se dijo anteriormente, la amigable composición por su naturaleza eminentemente contractual no corresponde a una manifestación de la función jurisdiccional del Estado (C. P. art. 116), y por lo mismo, no le resultan exigibles las garantías fundamentales del debido proceso, entre ellas, el derecho de defensa.

Así las cosas, es indiscutible que el derecho fundamental al debido proceso no puede ser objeto de protección en el nacimiento, ejecución y extinción de los *contratos*, pues se trata de una garantía constitucional del ciudadano frente al ejercicio del poder público mediante la cual se pretende preservar la legalidad de las actuaciones judiciales y administrativas, como expresamente se define en el artículo 29 Superior. Lo anterior, sin perjuicio del ejercicio de las potestades sancionatorias de la administración pública en el ámbito de los contratos estatales (caducidad y multas).

Por consiguiente, ninguna actuación que tenga su origen en el desarrollo de dicho mecanismo de resolución de conflictos, puede ser sometida a las exigencias del derecho procesal, pues sin duda alguna como tipología jurídica se enmarca dentro de las instituciones del derecho sustancial. De ahí que, carezca de razón la entidad demandada al exigir la preexistencia de un procedimiento legal para adelantar el trámite contractual de amigable composición, pues ello involucraría, por una parte, desconocer las características fundamentales que distinguen a dicha institución de otras formas alternativas de resolver controversias, y por la otra, conduciría a modificar la naturaleza exceptiva del artículo 116 de la Constitución Política, que restringe a los árbitros, conciliadores y jurados en conciencia, como los únicos particulares habilitados para ejercer de manera transitoria la función jurisdiccional.

(2) A la par con lo anterior, tampoco le asiste razón al accionante cuando pretende exigir un acuerdo previo de tipo procedimental [...], como presupuesto para el trámite del mecanismo de la amigable composición.

Ya se dijo que como acto jurídico de raigambre contractual no le resultan exigibles a la amigable composición las garantías fundantes del derecho procesal y, además, también se explicó que si bien las partes pueden establecer condiciones o requisitos para tramitar dicho mecanismo de resolución de conflictos, cuando ellas han

omitido su señalamiento previo, se entiende que le otorgan plena autonomía al amigable componedor para resolver las controversias a él delegadas, habilitándolo como *mandatario* para utilizar todos los medios necesarios y que estime prudentes para formarse autónomamente un juicio valorativo acerca del caso dispuesto a su decisión, sujetándose en todo caso a los principios de buena fe e igualdad reconocidos en el Texto Superior.

Sin embargo, encuentra la Corte que el amparo está llamado a prosperar, porque si bien, como se ha dicho, no son predicables de la amigable composición las exigencias constitucionales del derecho de defensa y del debido proceso; en todo caso, sí resultan plenamente exigibles en su desarrollo los mandatos normativos de los principios de buena fe e igualdad previstos en el Texto Superior.

Previamente se dijo que los citados principios reivindican del amigable componedor el deber de otorgarle a las partes, las mismas oportunidades de acción y oposición frente al tema controvertido. De donde le resulta exigible al amigable componedor la determinación *explícita* de un trámite contractual o *iter contractus*, previamente a la iniciación de su actuación, que permita, por una parte, la formación de un juicio libre, desapasionado y debidamente motivado del componedor, y por la otra, que asegure a las partes la posibilidad de realizar descargos, contestar las reclamaciones y presentar los elementos de juicio que convaliden sus argumentos.

En el asunto sub-examine, no existe el más mínimo elemento de certeza jurídica que permita determinar, entre otras, el tiempo de duración del proceso contractual, las etapas para la intervención de las partes, la posibilidad de presentar solicitudes de prueba y el momento para adelantar la etapa de investigación. De donde se deduce que, la falta de señalamiento de un trámite contractual que asegure en realidad una solución lógica, justa y razonable del conflicto, sin lugar a dudas le otorga al amigable componedor atribuciones desprovistas de control, que impiden resolver el conflicto, conforme a las exigencias que se derivan de los principios constitucionales de buena fe e igualdad.

Ahora bien[:] independientemente de que el centro de conciliación, arbitraje y de […] sea una persona jurídica de naturaleza particular, es evidente que en el presente caso subyace una situación de indefensión, pues de adelantarse el trámite de la composición sin unas reglas claras y objetivas previamente conocidas por todos los intervinientes, no existiría ningún parámetro de control al ejercicio de las atribuciones del amigable componedor,

> lo que indiscutiblemente sometería [a las partes] a un estado de dependencia fáctico o circunstancial en relación con el amigable componedor, ya que al final de cuentas la resolución del conflicto dependería exclusivamente de los designios de dicho mandatario.
>
> Por todo lo anterior, y frente al caso en concreto, esta Sala de Revisión confirmará el fallo de segunda instancia que concedió la protección constitucional invocada por la entidad accionante, por las razones expuestas en esta providencia. Y, en ese orden de ideas, se ordenar [al] [...] centro de conciliación, arbitraje y amigable composición, que en el término de cinco (5) días siguientes a la notificación de esta decisión, proceda a reiniciar el trámite de composición desde la audiencia de apertura, determinando explícitamente el alcance y naturaleza de la disputa, el tiempo de duración del proceso contractual y el de cada una de sus etapas y, además, el momento oportuno para la presentación y contradicción de los elementos de juicio que las partes pretendan hacer valer.

De la misma manera, mediante la sentencia C-330/2012 la Corte Constitucional señaló que la amigable composición es un mecanismo de solución de conflictos de tipo eminentemente contractual, no procesal –como lo es el arbitramento o la conciliación–, en la cual existe un pacto o convenio mediante el cual las partes delegan en un tercero la solución de un conflicto, y, por otra parte, el resultado de la gestión asignada y adelantada por el amigable componedor, por lo general a título de mandato, se plasma en un documento final equivalente a un negocio jurídico contractual mediante el cual las partes asumen compromisos voluntarios que se tornan definitivos, inmutables y vinculantes entre ellas.

Señaló la Corte que al ser el pronunciamiento emitido por el amigable componedor únicamente un acuerdo contractual que fija los compromisos que asumen las partes voluntariamente, en virtud del mandato que le ha sido dado a éste, para definir el conflicto surgido entre ellas, no es posible inferir que en este mecanismo de solución de conflictos se esté administrado justicia. En este sentido, dijo, el citado documento no tiene las calidades de una sentencia judicial, ya que no contiene resoluciones, ni órdenes. Por el contrario, éste se convierte en un contrato adicional y modificatorio al contrato que le dio origen a la discrepancia solucionada. En consecuencia, señaló, las actuaciones realizadas por los amigables componedores no corresponden a una manifestación del ejercicio de la función jurisdiccional del Estado, pues al tenor de lo expuesto en el artículo 116 de la Constitución Política,

dicha función se limita a las figuras procesales de la conciliación, el arbitramento y los jurados en conciencia.

En el año 2012 se expide la Ley 1563, que expresamente en el artículo 59 define la amigable composición así:

> La amigable composición es un mecanismo alternativo de solución de conflictos, por medio del cual, dos o más particulares, un particular y una o más entidades públicas, o varias entidades públicas, o quien desempeñe funciones administrativas, delegan en un tercero denominado amigable componedor, la facultad de definir, con fuerza vinculante para las partes, una controversia contractual de libre disposición.
>
> Ahora, es la misma ley la que señala los principios y reglas que orientan esta institución los cuales se resumen en los siguientes:
>
> - El amigable componedor podrá ser singular o plural.
>
> - Podrá acordarse mediante cláusula contractual o contrato independiente. En uno u otro caso, debe preverse el procedimiento aplicable o sujetarse al de un centro de amigable composición.
>
> - El amigable componedor obrará como mandatario de las partes.
>
> - En su decisión, el amigable componedor podrá precisar el alcance o forma de cumplimiento de las obligaciones derivadas de un negocio jurídico, determinar la existencia o no de un incumplimiento contractual y decidir sobre conflictos de responsabilidad suscitados entre las partes, entre otras determinaciones.
>
> - La decisión del amigable componedor producirá los efectos legales propios de la transacción.
>
> - Salvo convención en contrario, la decisión del amigable componedor estará fundamentada en la equidad, sin perjuicio de que el amigable componedor haga uso de reglas de derecho, si así lo estima conveniente.
>
> - Salvo convención en contrario, el amigable componedor no tendrá que ser abogado.
>
> - Las partes podrán determinar libremente el número de amigables componedores. A falta de tal acuerdo, el amigable componedor será único.
>
> - Las partes podrán nombrar al amigable componedor directamente o delegar en un tercero su designación. El tercero delegado por las partes para designar el amigable componedor

> puede ser una persona natural o jurídica. A falta de acuerdo previo entre las partes, se entenderá que se ha delegado la designación a un centro de arbitraje del domicilio de la parte convocada escogido a prevención por la parte convocante.
>
> - El procedimiento de la amigable composición podrá ser fijado por las partes directamente, o por referencia a un reglamento de amigable composición de un centro de arbitraje, siempre que se respeten los derechos de las partes a la igualdad y a la contradicción de argumentos y pruebas.
>
> - A falta de acuerdo entre las partes, se entenderán acordadas las reglas de procedimiento del centro de arbitraje del domicilio de la parte convocada, escogido a prevención por la parte convocante.
>
> - De no existir un centro de arbitraje en el domicilio de la parte convocada, la parte convocante podrá escoger cualquier centro de arbitraje del país para la designación y el procedimiento a seguir a falta de acuerdo expreso.

En el artículo 14 de la Ley 1682 de 2013 se establece que para la solución de las controversias surgidas por causa o con ocasión de la celebración, desarrollo, ejecución, interpretación, terminación y liquidación de contratos estatales, las partes podrán incluir cláusulas compromisorias, debiendo siempre observar lo previsto en la Ley 1563 de 2012 y demás normas que la adicionen, modifiquen, sustituyan o reglamenten, en especial, las normas que regulen el uso de mecanismos alternativos de solución de controversias para las entidades públicas.

Así mismo, de manera especial, determinó que se aplicarán las siguientes reglas:

> - Las decisiones proferidas en ejercicio de los mecanismos alternativos de solución de controversias, relativas al contrato deberán proferirse en derecho [este es el texto original de la Ley 1682 porque el texto fue modificado por el artículo 2.° de la Ley 1742 de 2014];
>
> - Las partes podrán acordar los asuntos jurídicos, técnicos o financieros que someterán a decisión, total o parcialmente;
>
> - Tanto los árbitros como los amigables componedores no tendrán competencia para pronunciarse sobre la legalidad de los actos administrativos expedidos en ejercicio de facultades excepcionales;
>
> - En caso de pactarse el uso del amigable componedor, las entidades objeto de esta ley deberán incluir en la cláusula respectiva

las reglas que garanticen los derechos de igualdad, publicidad, contradicción y defensa;

- El ejercicio de dichos mecanismos no suspenderá de manera automática el ejercicio de las facultades ajenas al derecho común de que gocen las entidades contratantes, salvo que medie medida cautelar decretada en los términos del capítulo XI del Título V de la Parte Segunda de la Ley 1437 de 2011 o demás normas que le adicionen, modifiquen o sustituyan;

- Quedó prohibido a las entidades públicas objeto de esta Ley, nombrar los integrantes del panel arbitral o de amigable componedor en la cláusula compromisoria relativa o inequívocamente referida al contrato, o a documentos que hagan parte del mismo en los pliegos de condiciones. Se seguirán las reglas de nombramiento de la Ley 1563 de 2012;

- Las entidades contratantes deberán definir desde los pliegos de condiciones el perfil de los árbitros y amigables componedores, de tal manera que sus condiciones personales y profesionales, sean idóneas respecto del objeto del contrato y las actividades a desarrollar por las partes;

- Ningún árbitro, amigable componedor o secretario podrá desempeñarse simultáneamente como tal, en más de tres tribunales o amigable componedor en que intervenga como parte una entidad pública objeto de la presente ley, o en los conflictos relativos a éstas;

- Las entidades objeto de esta ley deberán en las cláusulas compromisorias limitar los honorarios de los árbitros o de los amigables componedores. En caso de que la cláusula respectiva no disponga de fórmula de reajuste, el límite no podrá ser modificado ni actualizado por los árbitros o los amigables componedores;

- Las entidades públicas incluirán los costos y gastos que demanden el uso de tales mecanismos en sus presupuestos.

- En los contratos celebrados con anterioridad a la expedición de esta ley por autonomía de la voluntad de las partes se podrá dar aplicación a las reglas que prevé el presente artículo.

Por su parte, el artículo 2.° de la Ley 1742 de 2014 determinó que las decisiones proferidas en ejercicio de los mecanismos alternativos de solución de controversias relativas al contrato deberán proferirse en derecho, salvo en el caso de la amigable composición en el que la decisión podrá adaptarse en equidad, de conformidad con el artículo 60 de la Ley 1563 de 2012.

El Consejo de Estado[8] señala que

> la amigable composición constituye un mecanismo alternativo de solución de conflictos dispuesto para dirimir las controversias que se susciten en un negocio jurídico en cuanto al estado, 'las partes' y el cumplimiento del mismo, para lo cual los interesados delegan en una o varias personas la facultad de dirimir la controversia con fuerza vinculante de orden contractual con los mismos efectos que se predican de la transacción, a términos del artículo 2483 del Código Civil, para lo cual pueden directamente o por intermedio de un tercero, designar al componedor o a los componedores. [...].

En relación con las características del mecanismo, en la misma providencia se relacionan las siguientes:

> [...] (1) se trata de un mecanismo de autocomposición, convencional, principal y autónomo que surte efectos únicamente entre las partes en conflicto en los aspectos que hayan sido objeto del encargo, (2) que el encargo de los componedores surge en virtud de un negocio jurídico de mandato que, a más de no revestir ninguna solemnidad y dada la naturaleza de la institución, conlleva representación, en la medida en que el componedor o los componedores actúan en nombre y por cuenta de los comitentes y la decisión sólo obliga a éstos, lo cual supone, desde luego, que los mandatarios o componedores deben actuar dentro del marco encomendado por los comitentes. Se colige, igualmente, que las actuaciones y decisiones de los amigables componedores no comportan el ejercicio de función jurisdiccional. [...] se trata de una actuación de orden contractual, con efectos de la misma índole y cuyo incumplimiento, por consiguiente, no es equivalente al incumplimiento de una sentencia judicial.
>
> Así mismo, además de lo previsto en la Ley 1563 de 2012 y en la jurisprudencia pertinente, deben aplicarse las reglas contenidas en la cláusula del contrato o del reglamento de amigable composición que definan las partes o el reglamento de amigable composición del centro al que remitan éstas.
>
> Estos son, en consecuencia, los principios y las reglas contenidas en la Ley 1563 de 2012 que, junto con la jurisprudencia, las reglas contenidas en la cláusula del contrato o del reglamento de amigable

[8] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 23 de marzo de 2017, radicación n.° 68001-23-33-000-2014-00652-01(53819), CP Carlos Alberto Zambrano Barrera.

composición que definan las partes o el reglamento de amigable composición del centro al que remitan éstas, orientan la actividad y la decisión de este amigable componedor.

En el año 2013 se expide la Ley 1682 de 2013 (Ley de Infraestructura). Esta dispone en su artículo 14:

> Artículo 14. Solución de controversias. Para la solución de las controversias surgidas por causa o con ocasión de la celebración, desarrollo, ejecución, interpretación, terminación y liquidación de contratos estatales, las partes podrán incluir cláusulas compromisorias, debiendo siempre observar lo previsto en la Ley 1563 de 2012 y demás normas que la adicionen, modifiquen, sustituyan o reglamenten, en especial, las normas que regulen el uso de mecanismos alternativos de solución de controversias para las entidades públicas.
>
> Así mismo, de manera especial se aplicarán las siguientes reglas:
>
> (a) Literal modificado por la Ley 1742 de 2014, artículo 2º. Las decisiones proferidas en ejercicio de los mecanismos alternativos de solución de controversias relativas al contrato, deberán proferirse en derecho, salvo en el evento de la amigable composición en el que la decisión podrá adaptarse en equidad, de conformidad con el artículo 60 de la Ley 1563 de 2012;
>
> (b) Las partes podrán acordar los asuntos jurídicos, técnicos o financieros que someterán a decisión, total o parcialmente;
>
> (c) Tanto los árbitros como los amigables componedores no tendrán competencia para pronunciarse sobre la legalidad de los actos administrativos expedidos en ejercicio de facultades excepcionales[9];
>
> (d) En caso de pactarse el uso del amigable componedor, las entidades objeto de la presente ley deberán incluir en la cláusula respectiva las reglas que garanticen los derechos de igualdad, publicidad, contradicción y defensa;
>
> (e) El ejercicio de dichos mecanismos no suspenderá de manera automática el ejercicio de las facultades ajenas al derecho común de que gocen las entidades contratantes, salvo que medie medida cautelar decretada en los términos del capítulo XI del título V de la parte segunda de la Ley 1437 de 2011 o demás normas que le adicionen, modifiquen o sustituyan;

[9] Con respecto a este literal, véase la sentencia C-45 de 2017.

(f) Queda prohibido a las entidades públicas objeto de la presente ley, nombrar los integrantes del panel arbitral o de amigable componedor en la cláusula compromisoria relativa o inequívocamente referida al contrato, o a documentos que hagan parte del mismo en los pliegos de condiciones. Se seguirán las reglas de nombramiento de la Ley 1563 de 2012;

(g) Las entidades contratantes deberán definir desde los pliegos de condiciones el perfil de los árbitros y amigables componedores, de tal manera que sus condiciones personales y profesionales, sean idóneas respecto del objeto del contrato y las actividades a desarrollar por las partes;

(h) Ningún árbitro, amigable componedor o secretario podrá desempeñarse simultáneamente como tal, en más de tres tribunales o amigable componedor en que intervenga como parte una entidad pública objeto de la presente ley, o en los conflictos relativos a estas;

(i) Las entidades objeto de la presente ley deberán en las cláusulas compromisorias limitar los honorarios de los árbitros o de los amigables componedores. En caso de que la cláusula respectiva no disponga de fórmula de reajuste, el límite no podrá ser modificado ni actualizado por los árbitros o los amigables componedores;

(j) Las entidades públicas incluirán los costos y gastos que demanden el uso de tales mecanismos en sus presupuestos.

Parágrafo. En los contratos celebrados con anterioridad a la expedición de esta ley por autonomía de la voluntad de las partes se podrá dar aplicación a las reglas que prevé el presente artículo.

La normativa y la jurisprudencia citadas son suficientes para concluir sobre las características de la amigable composición, mecanismo cuya funcionalidad depende, en mi concepto, de la voluntad real de arreglar un conflicto y de la buena fe de quienes otorgan el mandato.

Dentro de las ventajas de la amigable composición destaco la agilidad con que es viable adelantarla.

2. La transacción

Al margen de cualquier otra consideración, en el derecho colombiano tenemos que referirnos a la transacción que subyace en algunos de los métodos alternativos de solución de conflictos. Debemos considerar al respecto que se trata de:

(1) un instituto sustancial contractual y suficientemente reglado en el C. C. (arts. 2469 a 2487);

(2) desde el punto de vista procesal, una de las formas de terminación anormal de un proceso (art. 340 del C. de P. C.); y, por último,

(3) uno de los métodos alternativos de solución de conflictos, aplicable también en el campo de la contratación estatal, en tanto en un escenario como este debe resaltarse la autorización otorgada por el artículo 68 de la Ley 80 de 1993, del cual puede concluirse que, al menos en éste ámbito, desde 1993 la transacción debe considerarse un método alternativo de solución de conflictos.

> Artículo 68. De la utilización de mecanismos de solución directa de las controversias contractuales. Las entidades a que se refiere el artículo 2° del presente estatuto y los contratistas buscarán solucionar en forma ágil, rápida y directa las diferencias y discrepancias surgidas de la actividad contractual.
>
> Para tal efecto, al surgir las diferencias acudirán al empleo de los mecanismos de solución de controversias contractuales previstos en esta ley y a la conciliación, amigable composición y transacción.

Puede entonces afirmarse, uniendo estos criterios, que la transacción es un método alternativo de solución de conflictos y, además, constituye el derecho común de todos los métodos alternativos de solución de conflictos, esto es, que *en alguna medida* cualquier mecanismo considerado un sustituto del ejercicio jurisdiccional por el juez-funcionario implica necesariamente una transacción, bien como forma consecuencial de un trámite de negociación o mediación (arreglo directo y contrato de transacción), o como concreción del resultado de otro mecanismo de negociación o mediación (amigable composición), o porque un específico método alternativo de solución de conflictos tenga los efectos de una transacción (conciliación), o porque la transigibilidad constituya un requisito de procedibilidad de un determinado método alternativo de solución de conflictos (el arbitraje), en razón de que tenemos claro que aún con el efecto judicial (de sentencia) que ostenta el arbitraje, a éste puede acudirse solamente si la materia es transigible.

Y cuando la transacción adquiere la forma de un negocio jurídico –y si hay de por medio un proceso, con efectos en él– su pretendida calidad de método alternativo de solución de conflictos solo puede predicarse en el sentido en que la Corte Constitucional ha entendido

esta expresión: Cuando "las partes [...] voluntariamente y sin apremio alguno, deciden no hacer uso del aparato de justicia estatal"[10/11].

Este protagonismo de la transacción en los métodos alternativos de solución de conflictos comporta una revisión de sus características:

1. La transacción en el artículo 2469 del C. C.:

> La transacción es un contrato en que las partes terminan extrajudicialmente un litigio pendiente o precaven un litigio eventual. No es transacción el acto que solo consiste en la renuncia de un derecho que no se disputa (art. 2469 del C. C.).

Al ser la transacción un contrato, reviste las siguientes características:

- Es *consensual*, se perfecciona con el solo consentimiento de las partes de llegar a un acuerdo y ceder en sus pretensiones.
- Como todo contrato *debe reunir los requisitos establecidos en las normas civiles* para que esté revestido de *validez*.
- Es *bilateral*, ya que las obligaciones son para ambas partes, es decir, cumplir lo establecido en el contrato de transacción.
- Es *intuito personae*, pues esta se acepta en consideración a la persona con la que se celebra; tan importante es esta característica, que si se cree transigir con una persona y se transige con otra, por esta causal se puede rescindir el contrato, según lo establecido en el inciso segundo del artículo 2479 del Código Civil.
- Es un *contrato nominado*, ya que se encuentra regulado en el Código Civil a partir del artículo 2469 al 2487.

Respecto de la transacción, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, en sentencia del 22 de marzo de 1949, se refirió a ella para indicar:

> Este contrato supone entonces como condiciones de su formación:
>
> (a) El consentimiento de las partes;
>
> (b) La existencia actual o futura de una desavenencia, disputa o desacuerdo entre las mismas.

[10] Con respecto a este literal, cfr. la sentencia C-45 de 2017.

[11] Cfr. la sentencia C-098 de 2001, ponente Martha V. Sáchica, publicada en el *Boletín* n.° 1412 del Colegio de Abogados Comercialistas de Bogotá, p. 185.

(c) La transacción *supone reciprocidad de concesiones o de sacrificios por parte de cada uno de los contratantes*. Esta es la circunstancia que distingue la transacción de la simple renuncia de un derecho, de la remisión de una deuda, del desistimiento.

Un autor define la transacción como el "contrato por el cual las partes, mediante recíprocas concesiones, evitan la provocación de un pleito o ponen término al que había comenzado" (Ogayar Ayllón, citado por Francisco J. Peláez), y otro la describe como "un contrato de eliminación de una controversia, fuente de una relación jurídica nueva que va a ocupar el lugar de la primitiva"[12].

Por ser la transacción un contrato, los autores destacan como sus componentes esenciales y típicos (1) la existencia de una relación jurídica incierta[13], (2) una situación de litigio[14] y (3) la existencia efectiva de concesiones recíprocas[15], sin que necesariamente estas últimas deban ser equivalentes, como a veces lo pretende nuestro Ministerio Público: "El hecho de que se exijan en la transacción recíprocos sacrificios no debe llevarnos a la creencia de que tiene que existir una equivalencia en los mismos"[16].

2. Su eficacia. La transacción tiene la virtud de que *constituye el equivalente de una sentencia*, sin que esa asimilación pueda ser total, porque *la sentencia* es un acto del órgano jurisdiccional (o de alguien que actúa transitoriamente en función jurisdiccional) y la manifestación de la voluntad concreta de la ley (en la terminología decimonónica, por supuesto), mientras que *la transacción es un acto de las partes y su contenido es el producto del acuerdo entre ellas.*

Pero lo que se destaca es que tanto la sentencia como la transacción producen el efecto de la cosa juzgada (*Res iudicata is facit ius inter*

[12] Francisco J. Peláez, *La transacción. Su eficacia procesal*, Bosch, Barcelona, 1987, p. 111.

[13] Esa la razón de ser del segundo inciso del artículo 2469 del C. C.: "No es transacción el acto que solo consiste en la renuncia de un derecho que no se disputa".

[14] Esa es la razón de ser del artículo 2487 del C. C.: "Es nula asimismo la transacción, si, al tiempo de celebrarse, estuviere ya terminado el litigio por sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada, y de que las partes o alguna de ellas no haya tenido conocimiento al tiempo de transigir".

[15] Por eso no es transacción la simple renuncia de un derecho que no se disputa (art. 2469 del C. C.), ni vale la transacción sobre derechos ajenos o sobre derechos que no existen (art. 2475, *ibidem*).

[16] Peláez, *op. cit.*, p. 49.

partes), consecuencia sobre la que no deja duda alguna el artículo 2483 del C. C: "La transacción produce el efecto de cosa juzgada en última instancia". Esta es la razón, precisamente, de que la transacción pueda oponerse como excepción previa o de mérito (art. 97 del C. de P. C.) y de que el juez pueda declararla de oficio.

3. Las materias transigibles. Reviste especial importancia *la identificación de lo que puede ser objeto de transacción*. Lo tradicional era que ello se definía tomando en cuenta su materia. Sin embargo, la transigibilidad de determinadas controversias también se ha utilizado como requisito de procedibilidad de algunas instituciones, y este fue el caso del arbitraje durante mucho tiempo, presupuesto (la transigibilidad) que se convirtió en una verdadera fuente de conflictos y limitaciones para la apertura de esa vía procesal, o del ejercicio de este método alternativo de solución de conflictos.

No existe un *catálogo general* de materias no transigibles, y es responsabilidad de cada especialista establecer claramente qué materias no pueden ser objeto de transacción dentro de su sector especializado del derecho, considerando que todo asunto intransigible es aquel sobre el que las partes no pueden efectuar la renuncia de derechos.

A manera de ejemplo, no son transigibles:

- el estado civil de las personas (art. 2473 C. C.);
- los alimentos futuros (arts. 2474-2475 C. C.);
- los derechos ciertos e irrenunciables del trabajador;
- los derechos que no se disputan (art. 2469 C. C.);
- los derechos ajenos, salvo que se tenga facultades de representación (art. 2475 C. C.);
- los derechos inexistentes (art. 2476 C. C.);
- sobre el delito o hecho penal;
- todos aquellos eventos en que se vea comprometido el orden público (art. 1523 C. C.);
- derechos humanos;
- derechos fundamentales;
- asuntos tributarios;
- acciones de nulidad;
- conflictos de pareja;
- estado civil;
- homicidio agravado, secuestro simple;

- acceso carnal violento;
- acto sexual violento;
- lesiones personales con incapacidad mayor a 60 días;
- lesiones personales a un menor;
- violación de fronteras para la explotación de recursos naturales;
- daños en obras de utilidad social;
- usura;
- violación de reserva industrial o comercial;
- el nombre de las personas, su capacidad o incapacidad, su nacionalidad;
- las solemnidades sustanciales exigidas a la ley para la formación de ciertos actos o contratos;
- la calidad de comerciante y sus obligaciones;
- la eficacia probatoria de los libros de comercio;
- la validez o nulidad de actos que generan obligaciones civiles o mercantiles;
- la calidad de heredero legatario;
- las asignaciones testamentarias forzosas;
- la validez de las disposiciones de un testamento legalmente constituido;
- cuando una de las partes está representada por curador *ad litem*;
- procesos de expropiación;
- procesos de jurisdicción voluntaria;
- en los procesos de filiación o de investigación de la paternidad o maternidad legítima o extramatrimonial, en principio no es procedente porque no es susceptible de confesión, pero si hay reconocimiento por parte del demandado hacia el demandante, es perfectamente válida;
- acciones de nulidad de actos admitidos a que hace referencia el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo;
- acción electoral;
- no procede en situaciones en las cuales la acción esté caducada (art. 81, Ley 446);
- cancelación y reposición de título valor;
- el grado de culpa por el que debe responderse en cada caso determinado;

- proceso de entrega del tradente al adquiriente si el demandado no se opone ni propone excepciones previas;
- proceso de rendición de cuentas;
- proceso de pago por consignación;
- proceso de declaración de bienes vacantes o mostrencos, patronatos, capellanías laicas;
- adopción;
- nulidad de matrimonio civil;
- derecho de alimentos;
- salario, menor al legal establecido por el Gobierno Nacional;
- descanso dominical del trabajador;
- vacaciones;
- cesantías, intereses a las cesantías;
- despido en época de embarazo;
- en materia comercial, los requisitos para constituir cada tipo de sociedad;
- muerte presunta por desaparecimiento;
- en comercial, los títulos falsos;
- fueros sindicales;
- pensión de jubilación;
- derecho de asociación;
- cancelación y reposición de título valor;
- asuntos de cartas de naturaleza;
- patria potestad;
- inhabilidades del comerciante;
- requisitos de contabilidad del comerciante;
- tampoco procede la transacción sobre derechos ajenos o inexistentes (art. 2475 del C. C.), sobre derechos personalísimos, respecto de los atributos de la personalidad, así como sobre el objeto o la causa ilícitos.

El asunto que sin embargo aún es materia de muy difícil comprensión es el de los actos administrativos contractuales y su transigibilidad, en la medida en que las normas realmente no son claras. La Corte Constitucional, en la sentencia C-1436 de 2000, al referirse a los artículos 70 y 71 de la Ley 80 de 1993, resolvió:

> Decláranse exequibles los artículos 70 y 71 de la ley 80 de 1993, bajo el entendido [de] que los árbitros nombrados para resolver los conflictos suscitados como consecuencia de la celebración, el desarrollo, la terminación y la liquidación de contratos celebrados entre el Estado y los particulares no tienen competencia para pronunciarse sobre los actos administrativos dictados por la administración en desarrollo de sus poderes excepcionales.

Esta misma posición ha sido sostenida por el Consejo de Estado.

En la *sentencia C-1436 de 2000* la Corte Constitucional hizo referencia a la potestad de suspensión del acto administrativo por considerar, con base en el artículo 238 de la Constitución Política, que tal facultad era exclusiva de la jurisdicción de lo contencioso administrativo y por lo tanto, tampoco ésta fue considerada una facultad de la justicia arbitral.

En la misma providencia al alto tribunal indicó que la jurisdicción de lo contencioso administrativo *es el juez natural de la legalidad de los actos dictados por la Administración Pública*, por disponerlo así la Constitución Política de 1991 en los artículos 236, 237 y 238.

Pues bien, de conformidad con lo antes relatado, conviene recordar que los artículos 236, 237 y 238 de la *Constitución Política de 1991* consagraron, respectivamente, lo siguiente:

Para lo que es de nuestro interés, conviene recordar que según el artículo 237 citado son atribuciones del Consejo de Estado:

> Artículo 237. Son atribuciones del Consejo de Estado:
>
> 1. Desempeñar las funciones de tribunal supremo de lo contencioso administrativo, conforme a las reglas que señale la ley.
>
> 2. Conocer de las acciones de nulidad por inconstitucionalidad de los decretos dictados por el Gobierno Nacional, cuya competencia no corresponda a la Corte Constitucional.
>
> 3. Actuar como cuerpo supremo consultivo del Gobierno en asuntos de administración, debiendo ser necesariamente oído en todos aquellos casos que la Constitución y las leyes determinen.
>
> En los casos de tránsito de tropas extranjeras por el territorio nacional, de estación o tránsito de buques o aeronaves extranjeros de guerra, en aguas o en territorio o en espacio aéreo de la nación, el gobierno debe oír previamente al Consejo de Estado.
>
> 4. Preparar y presentar proyectos de actos reformatorios de la Constitución y proyectos de ley.

> 5. Conocer de los casos sobre pérdida de la investidura de los congresistas, de conformidad con esta Constitución y la ley.
>
> 6. Darse su propio reglamento y ejercer las demás funciones que determine la ley.
>
> 7. Conocer de la acción de nulidad electoral con sujeción a las reglas de competencia establecidas en la ley[17].
>
> Parágrafo. Para ejercer el contencioso electoral ante la jurisdicción administrativa contra el acto de elección de carácter popular cuando la demanda se fundamente en causales de nulidad por irregularidades en el proceso de votación y en el escrutinio, es requisito de procedibilidad someterlas, antes de la declaratoria de elección, a examen de la autoridad administrativa correspondiente, que encabeza el Consejo Nacional Electoral.
>
> Conocer de la acción de nulidad electoral con sujeción a las reglas de competencia establecidas en la ley.

Por su parte, el artículo 238 señala:

> La jurisdicción de lo contencioso administrativo podrá suspender provisionalmente, por los motivos y con los requisitos que establezca la ley, los efectos de los actos administrativos que sean susceptibles de impugnación por vía judicial.

Como se observa, de la simple lectura de los preceptos normativos previamente transcritos no resulta posible establecer que la jurisdicción de lo contencioso administrativo sea por excelencia la única autoridad encargada de analizar la legalidad de los actos proferidos por la Administración Pública, puesto que, por un lado, los artículos 236 y 237 hacen referencia a la composición, la organización y las atribuciones del Consejo de Estado y, por el otro, el artículo 238 le confirió a la ya mencionada jurisdicción la facultad de suspender provisionalmente los efectos de los actos administrativos que sean susceptibles de impugnación por vía judicial.

Así pues, no es cierto que de dichos artículos constitucionales se desprenda, de manera diáfana y expresa, que la jurisdicción de lo contencioso administrativo sea la única autoridad judicial encargada de analizar los citados actos administrativos contractuales, razón por la cual a esta discusión le resulta plenamente aplicable el principio de

[17] Numeral adicionado por el Acto Legislativo 01 de 2009. Sentencia C-599 de 2010.

interpretación jurídica según el cual "donde la norma no distingue, no le corresponde distinguir al intérprete".

Por lo tanto, desde un punto de vista jurídico, resulta inviable deducir prohibiciones constitucionales implícitas que contradicen el tenor literal del artículo 116 constitucional, precepto que, como ya se indicó en el anterior acápite, no estableció restricción alguna a las competencias de los árbitros.

A propósito de lo anterior, en este punto cabe destacar que la *sentencia C-1436 de 2000* no fue adoptada de manera unánime, toda vez que los magistrados Álvaro Tafur Galvis y Cristina Pardo Schlesinger presentaron sendos salvamentos de voto; en efecto, al referirse a los artículos 236-238 de la Carta Política, el primero de los nombrados enfatizó que de dichas disposiciones no podía extraerse "la limitación directa que postula la sentencia toda vez que mediante ellas se prevé que el Consejo de Estado es tribunal supremo de lo contencioso administrativo, conforme a las reglas que señale la ley".

Respecto de lo anterior conviene destacar un reciente pronunciamiento dictado por el Juzgado Treinta y Cuatro Civil del Circuito de Bogotá, el 26 de agosto de 2013, a través del cual se resolvió una acción de tutela instaurada por Invías en contra del Departamento del Magdalena; entre las citadas partes se suscribió un convenio interadministrativo a fin de aunar esfuerzos para adelantar el mejoramiento de la vía Palermo-Remolino-Guaimaro, ubicada en el mencionado departamento.

En efecto, la institución accionante afirmó que el procedimiento de selección de contratista adelantado por la citada entidad territorial se llevó a cabo con ciertas falencias que contrariaron las normas existentes en la contratación estatal.

Respecto de la citada *litis* la autoridad judicial respectiva decidió amparar no solo el derecho fundamental al debido proceso administrativo de Invías, sino también la posible conculcación del derecho a la locomoción en su dimensión positiva prestacional por parte del Departamento del Magdalena, comoquiera que a pesar de las irregularidades advertidas respecto del proceso de licitación se insistía en continuar con dicho proceso de contratación, el cual podía originar pleitos demorados dentro de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, poniendo en riesgo el derecho fundamental a la locomoción de los habitantes beneficiados por la obra respectiva.

Como consecuencia de la anterior decisión, el referido juez civil ordenó la siguiente medida:

> Es de advertirse que el amparo constitucional invocado al ser concedido como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, SUSPENDERÁ la suscripción del contrato adjudicado por la Gobernación del Magdalena al Consorcio Ribera Este dentro del proceso de licitación pública LP-DM-07-2012, hasta el momento en el cual se materialice un Acuerdo producto de las mesas de trabajo jurídico, o de no ser así, hasta que el juez administrativo profiera la respectiva decisión de fondo.
>
> En ese orden de ideas, el anterior pronunciamiento jurisprudencial es un claro ejemplo de que el juez de lo contencioso administrativo no es la única autoridad encargada de pronunciarse acerca de la suspensión provisional de actos administrativos, comoquiera que en el asunto citado, un juez civil fue la autoridad que decidió suspender los efectos de un acto de adjudicación de un contrato estatal.
>
> De conformidad con lo anterior, no hay lugar a afirmar que de los artículos 236, 237 y 238 constitucionales se desprenda una prohibición a la justicia arbitral para avocar el análisis de la legalidad de actos administrativos, comoquiera que a la luz de los dictados del artículo 116 de la *Carta Política* las actuaciones de los árbitros sólo están sujetas a las siguientes condiciones: *(1)* su función de administrar justicia es transitoria; *(2)* su habilitación proviene de las partes para dictar fallos en derecho o en equidad y *(3)* dicha función se ejerce en los términos que determine la ley.

3. Aspectos presupuestales

Lo señalado en relación con los métodos alternativos de solución de conflictos y las características de los aquí analizados conduce necesariamente a concluir:

(a) Que en el caso en una mediación exitosa subyace un negocio de *transacción*, y de la misma manera opera en relación con los conflictos o diferencias en la ejecución de los contratos estatales respecto de los cuales resulta importante destacar que la transacción no vulnera los derechos colectivos a la moralidad administrativa y al patrimonio público, tal como lo ha expresado el Consejo de Estado.

(b) De la misma manera, una negociación debe concluir con un contrato, que puede tener alcance de transacción.

(c) La decisión del amigable componedor por disposición legal produce los efectos legales propios de la transacción.

(d) La transacción es un contrato.

Bajo esta premisa, el estatuto presupuestal dispone:

> Todos los actos administrativos, contrato y convenios que afecten las apropiaciones presupuestales, deberán contar previamente con los certificados de disponibilidad presupuestal que garanticen la existencia de apropiación suficiente para atender estos gastos.

Lo anterior deja en claro que la entidad pública contratante debe desde el inicio de cualquiera de estos mecanismos asegurar que cuenta con un certificado de disponibilidad presupuestal.

Resulta relevante señalar que en casi todos los casos el pago de las obligaciones a cargo de la entidad supone una contingencia. Las contingencias tienen una regulación que obra en el Decreto Único del sector Hacienda, Decreto 1068 de 2015[18].

Respecto de las contingencias, el profesor Iván Jesús Castillo Caicedo, de la Facultad de Ciencias Económicas y Administrativas de la Pontificia Universidad Javeriana, afirmó en mayo de 2014 que Colombia es líder en la gestión de pasivos contingentes, en la medida en que a partir de la Ley 448 de 1998 se establece el manejo de las obligaciones

[18] *Modificado* por el Decreto 1980 de 2018, por el Decreto 1913 de 2018, por el Decreto 1451 de 2018, por el Decreto 1020 de 2018, por el Decreto 412 de 2018, por el Decreto 2171 de 2017, por el Decreto 1580 de 2017, por el Decreto 1460 de 2017, por el Decreto 1442 de 2017, por el Decreto 938 de 2017, por el Decreto 176 de 2017, por el Decreto 119 de 2017, por el Decreto 2104 de 2016, por el Decreto 2103 de 2016, por el Decreto 2075 de 2016, por el Decreto 1778 de 2016, por el Decreto 1536 de 2016, por el Decreto 1342 de 2016, por el Decreto 1104 de 2016, por el Decreto 159 de 2016, por el Decreto 2387 de 2015, por el Decreto 2339 de 2015, por el Decreto 2215 de 2015 y por el Decreto 2121 de 2015.

Adicionado por el Decreto 2468 de 2018, por el Decreto 962 de 2015, por el Decreto 961 de 2018, por el Decreto 761 de 2018, por el Decreto 758 de 2018, por el Decreto 2107 de 2017, por el Decreto 1787 de 2017, por el Decreto 1411 de 2017, por el Decreto 1268 de 2017, por el Decreto 586 de 2017, por el Decreto 445 de 2017, por el Decreto 344 de 2017, por el Decreto 320 de 2017, por el Decreto 120 de 2017, por el Decreto 117 de 2017, por el Decreto 1777 de 2016, por el Decreto 857 de 2016, por el Decreto 2500 de 2015, por el Decreto 2469 de 2015, por el Decreto 2454 de 2015, por el Decreto 2388 de 2015, por el Decreto 2136 de 2015, por el Decreto 1949 de 2015, por el Decreto 1853 de 2015 y por el Decreto 1302 de 2015.

Derogado parcialmente por el Decreto 1890 de 2015 y por el Decreto 1246 de 2015.

Véase el Decreto 1434 de 2018. Véase el Decreto 1139 de 2018 y la Resolución 2017 1200027144 de 2017, Coljuegos. D. O. 50.985, p. 936. Conc. Decreto 2467 de 2018. Ley 1940 de 2018.

contingentes de las entidades estatales, dado el impacto implícito o explícito que pueden tener en la sustentabilidad fiscal del país.

La labor de diseñar políticas para identificar, valorar y mitigar este tipo de obligaciones le corresponde al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, a través de la Dirección General de Crédito Público y del Tesoro Nacional. La contabilidad fiscal distingue entre pasivos tradicionales y pasivos contingentes.

No obstante, de la misma manera, con base en conceptos del Ministerio de Hacienda se señala que en el caso de los contingentes, tanto el monto como el plazo *dependen* de la ocurrencia de eventos futuros e inciertos, pero que son exigibles si las variables subyacentes toman determinados valores o se encuentran en rangos específicos.

En mi opinión los métodos alternativos de solución de conflictos, en particular la amigable composición, por no tener el valor una sentencia (pero sí el de un contrato[19]), corresponden a los pasivos contingentes explícitos que se derivan de instrumentos vinculantes de tipo legal o contractual, como el otorgamiento de garantías en operaciones de crédito público y garantías de demanda de ingresos en contratos de concesiones.

Señaló el profesor Castillo que su naturaleza contingente dificulta tenerlos en cuenta en la estimación del pasivo explícito del sector público, y presentan un gran obstáculo, por la incertidumbre del monto y plazo, para los sistemas contables y las normas internacionales de contabilidad fiscal, dejándolos de lado por su difícil valoración o porque sus efectos fiscales solo serán evidentes en el momento en que la contingencia se materialice.

También indica que, aunque es una labor compleja, se vienen desarrollando metodologías para valorar los diferentes riesgos generadores de pasivos contingentes, que estiman las probabilidades de ocurrencia, niveles de exposición, plazos, cuantificación del impacto

[19] Francisco Ternera Barrios (abogado consultor, Universidad del Rosario) afirma: "La amigable composición es un contrato especial de mandato en el cual un tercero –el amigable componedor– adopta una transacción que le pone fin a una controversia presentada por dos o más litigantes –los mandantes–. El amigable componedor es, pues, un mandatario que representa a los mandantes en la conformación de una transacción. Una de las características más relevantes de la amigable composición es la siguiente: el amigable componedor –reconocido como un mandatario– no se debe someter a los gravosos procedimientos y los altos costos de otros mecanismos como el arbitraje o la conciliación".

fiscal, mecanismos de retención y transferencia de riesgo, entre otras variables. Valorar los pasivos contingentes es un avance importante en el análisis fiscal, que ha permitido una mejor política de manejo de los riesgos para transferirlos a quienes están en capacidad de gestionarlos.

Concluyo señalando que aún es débil el conocimiento de la amigable composición y por ello, si bien el DNP ha trabajo en recomendaciones para la inversión pública en conciliación y en la creación del Sistema Nacional de Conciliación, nada se ha adelantado, ni en mediación, ni en amigable composición.

BIBLIOGRAFÍA

Bashevis Singer, Isacc. *Más historias de la Corte de mi padre*, Norma, Bogotá, 2000, traducción de Gonzalo Mallarino.

Gercik, Patricia. *On Track with the Japanese*, Kodansha, New York, 1992.

Hoyos, Consuelo. *La conciliación. Un modelo bioético-hermenéutico*, Señal Editora, Medellín, 2002, 2.ª edición.

Ogliastri, Enrique. *¿Cómo negocian los colombianos?* Bogotá: Universidad de los Andes, Indupalma y Cámara de Comercio de Bogotá, 1.ª ed., 2001.

Peláez, Francisco J. *La transacción. Su eficacia procesal*, Bosch, Barcelona, 1987.

Peña, G. "La negociación: una nueva actividad del abogado", en *Universitas*, Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Javeriana, n.° 87, diciembre de 1994.

Capítulo viii

Una experiencia de servidor público: los organismos de control y los medios*

Julieta Naranjo Luján**

Mi nombre es Julieta Naranjo Luján, soy abogada de la Universidad de los Andes con especialización en Medios de Comunicación de la misma universidad, y en Derecho Comercial y Financiero de la Universidad Sergio Arboleda. Tengo más de diez años de experiencia en diferentes entidades del sector público (IDU, Transmilenio, Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, Banco Agrario, entre otros). Fui alcaldesa de Usaquén en el gobierno de la administración de Gustavo Petro entre los años 2012 a 2016 y quiero contarles cómo llegué a ese cargo.

Soy la orgullosa madre de mellizos que ya hoy tienen 11 años pero cuando nacieron, a sus 32 semanas, tuvieron muchas complicaciones médicas, por lo cual estuve dedicada a ellos por cinco años. Cuando iniciaron el colegio decidí que era momento de retomar mi vida profesional y, por tanto, inicié mi búsqueda laboral esperando encontrar algo que me permitiera seguirles dedicando tiempo.

En uno de los periódicos de distribución gratuita para ese entonces se difundía la convocatoria para la elección de alcaldes locales –que, dicho sea de paso, no sabía que eran elegidos por convocatoria pública–. El examen estaba a cargo de la Universidad Nacional de Colombia. Con el único interés de foguearme, presenté dicho examen, con la sorpresa de que únicamente dos mujeres pasamos la prueba. Decidí entonces continuar con el proceso sin esperanza alguna de ser elegida.

* Doi: http://dx.doi.org/10.15425/2017.345.

** Abogada de la Universidad de los Andes, con especializaciones en medios de comunicación de la misma universidad y en derecho comercial y financiero de la Universidad Sergio Arboleda. Ex alcaldesa de la Localidad de Usaquén, cargo que ejerció de 2012 a 2016. Ha sido asesora de entidades del orden nacional y distrital como el IDU, el Banco Agrario y la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios.

Después de una entrevista ante ediles y comunidad, una presentación del programa de gobierno ante la comunidad, los ediles iniciaron sus jugadas maestras. El único voto que recibí para quedar en la terna, cobijada por la ley de mujer, que exige que la terna esté constituida por al menos una mujer, me fue dado con una marca de corrupción por personas vinculadas al cartel de la contratación. Sin embargo, el alcalde se dio cuenta de esta jugada en varias de las localidades y me nombró en el cargo. Aclaro que nunca he tenido una filiación política, ni mucho menos un padrino ni alianzas políticas. Por eso, cuando me presenté al proceso la gente de la política se mostraba incrédula al ratificarles mi independencia y mucho más al haber sido designada.

Muchos de ustedes se preguntarán por qué aceptar un cargo así cuando son tantos los riesgos. Era consciente de la responsabilidad que asumía, del tiempo que me tocaría dedicarle de siete días a la semana, veinticuatro horas al día, y estaba dispuesta a afrontar el reto, ya que después de haber trabajado en varias entidades públicas contaba con la experiencia y los conocimientos necesarios para hacerlo y hacerlo bien. ¿Riesgos? Claro que se vislumbran riesgos, pero *nunca* que podría terminar en la cárcel. Uno piensa *si no voy a delinquir sino a trabajar por mi ciudad, ¿qué delito podría cometer?*

Todos quienes llegamos al sector público a cargos de dirección llegamos, creo, con la misma ingenuidad: "Yo sí sé cómo se hacen las cosas", "Voy a tener los mejores asesores", "A mí no me va a pasar nada", "Cuántos alcaldes locales han pasado y a ninguno le ha pasado nada"... ¡hasta ahora! Cuando me posesioné, los ediles hicieron apuestas de que tan solo resistiría, si mucho, unos tres meses en el cargo.

Dado que nadie esperaba que me eligieran para el cargo de alcaldesa, me convertí en la piedra en el zapato de los políticos que se creen dueños de las alcaldías. Entonces, y con el fin de presionar con investigaciones disciplinarias, porque hacía y porque no hacía también, empezaron a enviar quejas a la Personería y a la Secretaría de Gobierno, con el fin de sacarme del cargo.

Una de las figuras a que se acude cada día con mayor frecuencia es a la de los veedores ciudadanos. Esta figura, sin muchas formalidades ni muchos trámites, le permite a la ciudadanía registrarse ante la Personería de Bogotá para realizar gestiones de veeduría, para ayudar a velar por el manejo adecuado de los recursos, seguir de cerca los procesos de contratación y la ejecución de los proyectos. Sin embargo, lastimosamente y dada la ausencia de una reglamentación que limite y controle las extralimitaciones en que se incurre muchas veces, esta

figura se viene convirtiendo en otro mecanismo de presión para muchos servidores públicos. Es así como la denuncia penal que dio lugar a mi condena en primera instancia fue instaurada por un veedor ciudadano, Alberto Contreras, quien a pesar de encontrarse inhabilitado para actuar como tal por una condena a tres años de prisión, ratificada por la Corte Suprema de Justicia, remitió a la Fiscalía denuncia por posibles irregularidades en tres convenios que dieron lugar al proceso penal, sin señalar siquiera en qué podrían radicar dichas anomalías.

De los tres convenios de asociación suscritos no se perdió ni un centavo. El delito que decidió imputar el fiscal del caso fue el de celebración sin el lleno de requisitos legales, que, al ser un delito en penal en blanco, requiere otras normas que lo completen para determinar si existió o no delito. Luego es claro que en este caso no se trata de corrupción ni de detrimento patrimonial al Estado.

El fiscal del caso consideró que toda la contratación pública debía hacerse por la Ley 80 de 1993, desconociendo otras formas de contratación previstas constitucional y legalmente, como son los convenios de asociación, que se han celebrado en todo nivel y desde su incorporación en el artículo 355 de la Constitución de 1991. Luego, ¿por qué habría que temerle a la celebración de este tipo de convenios?

El fiscal consideró, además, que por no acatar una circular expedida en el año 2010 por la Alcaldía Mayor, que establecía que la iniciativa para la celebración de convenios debía surgir del privado, se constituía esta omisión en el dolo requerido para la condena en primera instancia. Olvidaron tanto el fiscal como la jueza penal que la Constitución de 1991 prohibió las ayudas parlamentarias y cualquier tipo de donación y que los funcionarios en todo caso estamos sometidos al imperio de la ley, requisito éste que no se encuentra estipulado en ningún orden legal.

En todo caso, y dado que es un asunto de interpretación jurídica, dados los *supuestos* elementos que dieron lugar al proceso penal, en mi criterio este *nunca* debió iniciarse y mucho menos terminar en condena en un proceso donde se requiere dolo demostrado en la celebración del contrato para que exista el delito y que en el peor de los casos, al no haber detrimento alguno, lo máximo que ameritaría sería una sanción disciplinaria.

Hoy en día, y en razón de que por investigaciones como esta los convenios de asociación han sido satanizados, incluso la Secretaría General de la Alcaldía Mayor de Bogotá expidió directivas donde requiere a los funcionarios no realizar contratación alguna mediante esta figura.

Gracias al Decreto 092 de 2017, se reglamenta y limita la celebración directa de convenios para asuntos culturales, artísticos y deportivos y se establece el proceso competitivo de selección cuando se identifique más de una entidad sin ánimo de lucro que pueda desarrollar el objeto del convenio.

Sin embargo, mientras duró este proceso hizo carrera también en la Personería la tesis sostenida por el fiscal del caso, con base en la cual me destituyen e inhabilitan por doce años, por la celebración de convenios, con los mismos argumentos expuestos, decisión que más tarde fue revocada en segunda instancia.

Finalmente, después de haber sido condenada, fui absuelta en segunda instancia, ante lo cual la fiscalía, no satisfecha con todo el daño causado hasta el momento, interpuso recurso de casación, solicitud que fue rechazada en abril del 2018.

Por eso, más que críticas, quisiera dejar algunas reflexiones que nos ayuden a elevar la misión de los medios, de los entes de control, de los servidores públicos y de la política, dado que hemos convertido el servicio público en una actividad riesgosa, donde hacemos de la política un espectáculo.

Frente a los medios de comunicación, es más el afán de ganarles la primicia a los otros medios y de producir contenido olvidando la responsabilidad que tienen al informar, verificar fuentes y los intereses de estas fuentes, la seriedad de la noticia y el fin que se busca con su publicación.

Aquí entramos en uno de los temas de actualidad: la hoy llamada "posverdad". Los medios difunden una noticia que puede ser cierta o no y por lo atractiva e impactante se multiplica rápidamente a través de las redes sociales. Cuando sale la noticia que ajusta dicha realidad o rectifica, si bien puede ser registrada por algunos medios, esta información ya no tiene el mismo impacto inicial y, por tanto, *no* queda registrada ni compartida en la misma forma en que lo fue la noticia inicial, y así en el imaginario colectivo y social queda como información remanente únicamente la noticia primera.

Se puede ver en mi caso cuando se busca mi nombre en Google. Aparecen las noticias de la condena y de la decisión de inhabilitarme, pero en ninguna aparece la decisión de mi absolución, y finalmente lo que se conoció y quedó en el ambiente fue el de una condena por corrupción.

Frente a los entes de control, si bien su misión no es preventiva y no sería posible recuperar los más de 50 billones de pesos que se roban

anualmente por corrupción en el sector público, es urgente devolverles la credibilidad a nuestras instituciones y enfocar y profesionalizar la gestión en los casos que más desangran los recursos del país: la salud, la educación, la niñez... Todos los recursos públicos son sagrados, pero éstos deberían ser intocables.

Frente a la política, rogamos que gente buena, profesional, seria, honesta aparezca en el sector público. Pero si no sigue las mismas reglas de la política, la "queman"... Es necesario brindar las garantías para que los servidores públicos no tengan que soportar estas injusticias y puedan desempeñar el empleo designado sin tener que ceder a las múltiples presiones que se ejercen en su contra.

Todos queremos un país más vivible, ciudades más amables, más prósperas, más seguras, más competitivas, pero estamos enfrascados día a día en magnificar las investigaciones que *no* resuelven el problema de corrupción que ahoga a nuestro país. Debemos garantizar las condiciones del ejercicio público, de lo contrario cada vez más estará cooptado por intereses oscuros que solo buscan su propio beneficio y el caos, que *no* permite hacer un seguimiento claro de quienes en realidad hacen inviable la construcción de nuestro país.

Capítulo ix

Los contratos estatales y la corrupción: instrumentos jurídicos para prevenirla, mitigarla y corregirla*

Álvaro Namén Vargas**

Introducción

A diario se conocen noticias relacionadas con actos de corrupción que involucran a servidores públicos de todos los órganos y ramas del Estado, y en todos los sectores, niveles y actividades de la administración pública. Dichos actos no solo "desangran" lentamente las finanzas públicas, constituidas, en su mayor parte, con el producto de los impuestos y demás tributos que pagamos todos los ciudadanos para financiar los gastos y las inversiones que la sociedad requiere, con el fin de cubrir las necesidades más apremiantes en materia de salud, educación, seguridad social, protección a la infancia y la adolescencia, o defensa, entre otros propósitos, sino que –más grave aún– también tiene importantes e indeseables efectos sociológicos, políticos y morales, como la pérdida de confianza de las personas en sus instituciones, leyes y autoridades; la falta de legitimidad de estas; el estímulo a formas adicionales de ilicitud, informalidad y criminalidad, como una especie de círculo vicioso, y un sentimiento generalizado de frustración, incredulidad, apatía y desesperanza.

La corrupción constituye, pues, una grave amenaza para la sociedad, dado que impacta la democracia, atenta contra el Estado de derecho, distorsiona los mercados, reduce la calidad de vida, socava

* Doi: http://dx.doi.org/10.15425/2017.346.

** Magistrado de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado. Profesor universitario. Conferencia presentada en el v Congreso de Compra Pública y xvi Jornadas de Contratación Estatal: 25 años de la Ley 80 de 1993, 31 de octubre, 1 y 2 de noviembre de 2018, Cartagena, Colombia (editada para publicación).

los principios de la buena administración y afecta los fundamentos morales de la sociedad, entre otros nefastos efectos[1].

Aunque la corrupción no distingue entre países, sus consecuencias negativas se sienten en mayor medida en países en vías de desarrollo, en tanto como consecuencia de ella se truncan proyectos sociales, ya sea porque estos no se terminan o porque se carece de suficientes recursos para realizarlos. Así mismo, la corrupción profundiza aún más la desigualdad y la injusticia. Colombia no ha sido ajena al fenómeno de la corrupción. Inclusive, su presencia se hace cada día más visible.

Lo anterior denota claramente que la corrupción es un grave problema público y general, que interesa y afecta no solo al Estado sino a toda la sociedad en su conjunto, y que, como se verá más adelante, concierne también a la comunidad internacional, en la medida en que dicho fenómeno retrasa el desarrollo de los países, genera dinámicas de criminalidad multinacional, produce desconfianza y conflictos en la relaciones entre los estados y perturba el comercio internacional y los flujos de inversión, entre otros efectos.

En consecuencia, como presupuesto inicial de este escrito, debemos rechazar enfáticamente cualquier posición que sostenga de forma expresa, o lleve a concluir, que la corrupción, aun la denominada "corrupción privada" (aquella que se presenta en las relaciones entre particulares), es un problema primordialmente económico y de carácter privado, que perjudica solo a la persona natural o jurídica (pública o privada) afectada directamente con el acto de corrupción.

Ahora: como es conocido, uno de los campos en que la corrupción se presenta con mayor frecuencia y con efectos más escandalosos y devastadores es el de la contratación pública, incluyendo en esta tanto los contratos que suscriben los organismos y entidades del Estado dotados de capacidad de contratación como aquellos que celebran los particulares que administran recursos públicos (por ejemplo, las entidades de seguridad social).

Esto obedece a varias razones, entre las cuales se pueden citar (1) la magnitud de los recursos económicos que se manejan e invierten

[1] "Constituye una amenaza para la primacía del derecho, la democracia y los derechos humanos […] socava los principios de una buena administración, de la equidad y de la justicia social, falsea la competencia, obstaculiza el desarrollo económico y pone en peligro la estabilidad de las instituciones democráticas y los fundamentos morales de la sociedad." Consejo de Europa. Convenio Penal sobre la Corrupción del 27 de enero de 1999 (Preámbulo).

mediante la contratación pública (en Colombia equivale al 12,5% del producto interno bruto y al 35,7% del gasto del gobierno[2]); (2) la celebración de estos contratos con mayor frecuencia, como una técnica de administración pública que supone la colaboración entre el sector público y el privado para la realización de los fines del Estado; (3) la cantidad y diversidad de entidades, órganos y organismos que, en todas las ramas del poder y en todos los niveles territoriales, tienen capacidad de contratación; y, por qué no decirlo, (4) la misma complejidad normativa y procedimental de la contratación pública en Colombia, que facilita cometer y esconder actos de corrupción de las maneras más disímiles e insospechadas, durante todas las etapas de la actividad contractual, aprovechándose de las lagunas, contradicciones y confusiones que presenta la legislación, de las que surgen todo tipo de interpretaciones.

Por esta razón, previa delimitación de la materia de estudio, pretendemos abordar panorámicamente, desde una perspectiva estrictamente jurídica y enfocada en las normas que regulan la contratación pública, la problemática de la corrupción en dicha actividad, para lo cual dividiremos el estudio en dos partes: la primera, empezando por los instrumentos internacionales que ha adoptado Colombia para prevenir y combatir la corrupción, que se encuentran incorporados en nuestra legislación interna, siguiendo con la referencia a otras medidas para prevenir la corrupción, consagradas en el Estatuto General de Contratación Pública y en otras leyes; y la segunda, sobre las múltiples posiciones e interpretaciones que se han planteado sobre las consecuencias jurídicas de la corrupción en los contratos estatales, tanto en la etapa previa a su celebración como durante su ejecución, modificación y liquidación, entre otras.

1. Delimitación del tema

El simple título de este escrito ("Los contratos estatales y la corrupción...") involucra dos conceptos básicos que es necesario precisar y delimitar, para establecer con claridad el objeto de estudio: *corrupción*, por una parte, y *contratación estatal*, por otra.

[2] Colombia Compra Eficiente. En https://www.colombiacompra.gov.co/sala-de-prensa/noticias/en- colombia-la-contratacion-publica-equivale-al-125-del-pib-y-al-357-del. También en *Diario Portafolio*.

En relación con el primero, es importante señalar que no se trata de un fenómeno puramente político, sociológico, económico o periodístico, al cual se refieren los medios de comunicación y las personas del común, con diferente margen de amplitud y en diversos sentidos, sino que también se trata de un concepto jurídico, con consecuencias de esta índole, al que aluden varios tratados internacionales suscritos y aprobados por Colombia, así como, cada vez más, normas internas.

En efecto, se debe mencionar que la Convención Interamericana contra la Corrupción, suscrita en Caracas el 29 de marzo de 1996, aprobada mediante la Ley 412 de 1997 y declarada exequible por la Corte Constitucional en la sentencia (27/11/2018)[3], define expresamente los actos de corrupción en sus artículos VI, VIII y IX.

De lo expresado en dichos artículos se entiende claramente que los comportamientos que ese tratado internacional, incorporado a la legislación interna del país, califica como "actos de corrupción" encajan nítidamente en varios delitos tipificados por el Código Penal colombiano, tales como la concusión (artículo 404), el cohecho (artículos 405, 406 y 407), el interés indebido en la celebración de contratos (artículo 409), el tráfico de influencias (artículos 411 y 411A), el enriquecimiento ilícito (artículos 327 y 412), la utilización indebida de información oficial privilegiada (artículo 420), el asesoramiento y otras actuaciones ilegales (artículo 421), la utilización indebida de información obtenida en el ejercicio de función pública (artículo 431), la utilización indebida de influencias derivadas del ejercicio de función pública (artículo 432), el soborno transnacional (artículo 433), la asociación para la comisión de un delito contra la administración pública (artículo 434), el lavado de activos (artículo 323) y el concierto para delinquir (artículo 340), entre otros, así como infracciones disciplinarias (para los servidores públicos y para algunos particulares que ejercen funciones públicas[4]), calificadas como "faltas gravísimas" en el artículo 48, numerales 1, 3, 17, 30, 31, 34, 41, 42, 46, 51, 60 y 61, entre otros, del Código Disciplinario Único (Ley 734 de 2002).

Algunas normas internas también se refieren en forma expresa a la realización de conductas o actos de "corrupción", como la Ley 1474

[3] Corrupción: un mal que azota al país y que según los colombianos sigue en aumento (10/07/16). En https://www.portafolio.co/economia/gobierno/corrupcion-en-colombia-sigue-en-aumento-segun-gallup-498710. C-397 de 1998,

[4] Artículos 25 y 53 de la Ley 734 de 2002.

de 2011, en cuyo epígrafe[5] y en más de 25 artículos se utiliza dicha expresión, al regular asuntos penales, disciplinarios, fiscales, administrativos y de contratación.

Como se observa, entonces, el término "corrupción" no es simplemente una expresión coloquial, ni que pueda entenderse de forma unívoca, pues puede ser un comportamiento considerado inmoral, o de abuso de poder, etc., sino que corresponde a un concepto de naturaleza jurídica, reconocido tanto en el derecho internacional como en el derecho interno.

Aunque la ley colombiana, en algunas ocasiones, utiliza este vocablo con mayor amplitud, y en otras, de forma más restringida, puede decirse que constituyen actos de corrupción, al menos, las conductas y los ilícitos descritos en los artículos VI, VIII y IX de la Convención Interamericana contra la Corrupción, los cuales se encuentran tipificados claramente como delitos y faltas disciplinarias gravísimas en nuestra legislación.

El documento Conpes 167 de 2013, Estrategia Nacional de la Política Integral Anticorrupción, entiende la corrupción en el contexto de las entidades públicas como "el uso del poder para desviar la gestión de lo público hacía el beneficio privado. Esto implica que las prácticas corruptas son realizadas por actores públicos o privados con poder o incidencia en la toma de decisiones y la administración de los bienes públicos".

Por consiguiente, el concepto de *corrupción* comprende, entre otros actos: (1) el soborno; (2) la extorsión; (3) los arreglos o acuerdos donde el agente público y el particular establecen un pacto recíproco en perjuicio del interés público, de forma tal que una decisión oficial favorece al privado a cambio de una prebenda, dádiva, recompensa o merced indebidas para el agente público[6]; (4) los fraudes y malversaciones; (5) la parcialidad en la aplicación de normas, o cualquier clase de decisión deliberada; (6) la colusión privada en concursos o convocatorias públicas, donde diferentes participantes acuerdan niveles mínimos de

[5] "Por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública."

[6] Newman Pont, Vivian y Ángel Arango, María Paula. "Sobre la corrupción en Colombia: marco conceptual, diagnóstico y propuestas de política". *Cuadernos Fedesarrollo* n.° 56. 2017, p. 59.

subasta o participación, y (7) el uso de información privilegiada para tomar decisiones económicas o sociales.

Ahora bien: el segundo gran aspecto que se ha de precisar es el de la contratación estatal. Dentro de este concepto entendemos no solo los contratos regidos plenamente por el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública (leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007, entre otras), sino también los contratos celebrados por las entidades estatales definidas en el artículo 2.° de la Ley 80, aunque se rijan por el derecho privado o por leyes especiales, los contratos celebrados por entidades, órganos autónomos y organismos excluidos de la definición de "entidad estatal" contenida en la norma citada[7] e incluso los contratos celebrados por particulares para ejercer funciones públicas que les hayan sido asignadas por la ley ("descentralización por colaboración") y en cuyo desarrollo deban recaudar, administrar o invertir recursos públicos.

A este respecto, utilizaremos la expresión "contratación estatal" en el sentido más amplio posible, como sinónimo de "contratación con recursos públicos", tal como lo hace la Ley 1150 de 2007, en su epígrafe, en su artículo 1.° y en su título II.

Desde este punto de vista, es importante mencionar que las conductas y los actos de corrupción anteriormente descritos pueden presentarse en la actividad contractual que realicen o pretendan realizar cualesquiera de las entidades públicas y personas particulares en ejercicio de funciones públicas mencionadas, de formas muy diversas y con la participación de servidores públicos, contratistas, interventores y otros particulares, en cualquiera de las fases o etapas de dicha actividad, y principalmente: (1) en la etapa precontractual, desde la planeación, previsión o proyección del futuro contrato, hasta su adjudicación y suscripción; (2) en la ejecución del negocio jurídico; (3) en la celebración de las modificaciones que se hagan al contrato original (incluyendo adiciones y prórrogas) y (4) en la terminación y liquidación del acuerdo.

[7] A este respecto, vale la pena recordar lo que dispone el artículo 13 de la Ley 1150 de 2007: "Artículo 13. Principios generales de la actividad contractual para entidades no sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. Las entidades estatales que por disposición legal cuenten con un régimen contractual excepcional al del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, aplicarán en desarrollo de su actividad contractual, acorde con su régimen legal especial, los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal de que tratan los artículos 209 y 267 de la Constitución Política, respectivamente según sea el caso y estarán sometidas al régimen de inhabilidades e incompatibilidades previsto legalmente para la contratación estatal".

Son múltiples los riesgos que en materia de corrupción se presentan durante las diferentes fases del procedimiento de la contratación estatal. Estos se refieren, entre otros, a la ocurrencia de influencias indebidas, la existencia de conflictos de interés o la realización de acciones fraudulentas. Así, se han identificado, entre otros, los siguientes riesgos:

La falta de una valoración adecuada de las necesidades públicas; la influencia externa de actores; la existencia de acuerdos informales sobre el contrato; la pobre planeación de la compra; la realización de compras no alienadas con el proceso general de toma de decisiones; la adaptación de criterios técnicos a una compañía específica; la no determinación objetiva del criterio de selección o la elaboración de pliegos de condiciones hechos a la medida de quien va a participar en el proceso de selección; la falta de una adecuada justificación para el uso de procedimientos no competitivos; el abuso de procedimientos no competitivos basados en excepciones legales: división de contratos, abuso de la urgencia manifiesta, modificaciones no justificadas, o la adaptación de contratos a celebrar en ciertos tipos para aplicar regímenes menos exigentes, como lo es la contratación directa; la ausencia de una noticia pública para invitar a ofertar; el no anuncio de los criterios de evaluación y adjudicación; la falta de publicidad y revelación de la información de la compra pública; la falta de competencia o la existencia de acuerdos colusorios (ofertas cubiertas, supresión de ofertas, rotación de ofertas, distribución de marcados); la familiaridad de quienes evalúan las ofertas con los oferentes; la realización de regalos o promesas de empleo futuro; la no revelación adecuada por parte de los oferentes de los costos o información de precios; la existencia de conflictos de interés; la aprobación de cambios sustanciales en las condiciones del contrato para permitirle al contratista más tiempo o precios más altos; la supervisión deficiente de las entidades y los supervisores del contrato[8]. En general, distintos comportamientos irregulares relacionados con la solicitud o aceptación de dádivas o prebendas indebidas que se tipifican como delitos en las normas penales. Entre otras claras consecuencias, las prácticas corruptas aumentan el costo de los contratos públicos, llevan a que no se asignen al operador más eficiente y disminuyen la calidad de los bienes, obras y servicios objeto de aquellos.

Teniendo en cuenta los graves riesgos a los que está sometida la contratación estatal y sus efectos, es fundamental que los ciudadanos

[8] OCDE. Preventing Corruption in Public Procurement. OCDE. 2016, p. 9.

y las autoridades trabajen decidida y mancomunadamente en la lucha contra la corrupción, para de esta forma proteger los recursos públicos y lograr que estos se inviertan eficiente y eficazmente en la satisfacción de las necesidades básicas de los colombianos. Respecto de la corrupción, no es válido adoptar una postura indiferente o indolente, y con mayor razón una que la justifique como elemento necesario para el funcionamiento económico o institucional, lo cual explica que exista un frente común internacional para su prevención, detección y sanción.

2. Instrumentos internacionales adoptados por Colombia para luchar contra la corrupción

El Consejo de Estado, a través de la Sala de Consulta y Servicio Civil, en los conceptos 2260 y 2264, del 10 y el 27 de agosto de 2015[9], se refirió a los tres principales tratados internacionales vigentes, suscritos y aprobados por Colombia, para prevenir y luchar contra la corrupción: (1) la Convención Interamericana contra la Corrupción, ya citada; (2) la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en Nueva York el 31 de octubre de 2003 y aprobada por Colombia mediante la Ley 970 de 2005, que fue declarada exequible (junto con el tratado) por la Corte Constitucional, en la sentencia C-172 de 2006; y (3) la Convención para Combatir el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales, de la OCDE[10], adoptada en París el 21 de noviembre de 1997 y aprobada por Colombia mediante la Ley 1573 de 2012, que fue declarada exequible (junto con el tratado) por la Corte Constitucional en la sentencia C-944 de 2012[11].

Para referirse al contexto en el cual se produjeron dichos conceptos es pertinente señalar que estos se expidieron en el año 2015, es decir, antes de que se destaparan en Colombia los escándalos de corrupción transnacional que son del conocimiento de la opinión pública, para

[9] Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, conceptos 2260 (n.°11001-03-06-000- 2015-00118-00) y 2264 (n.° 11001-03-06-000-2015-00129-00), del 10 y el 27 de agosto de 2015, respectivamente.

[10] Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos.

[11] En la Unión Europea se adoptaron los convenios de Derecho Penal y Derecho Civil sobre la Corrupción de 1999. Por medio del primero se buscó establecer una política penal común encaminada a proteger a la sociedad contra la corrupción. Por su parte, el segundo convenio tuvo como objeto establecer procedimientos eficaces en favor de las víctimas.

responder a sendas consultas que formuló en su momento el Gobierno Nacional, en relación con la eventual existencia de causales de inhabilidad sobrevinientes en algunos contratos estatales celebrados con sociedades extranjeras (incluyendo una multinacional), algunos de cuyos socios, directivos o empleados habían participado presuntamente en actos de corrupción en varios países y eran objeto de investigaciones criminales y medidas de aseguramiento por tales hechos.

Esas situaciones ponen de presente que en la actualidad ya no solo es necesaria la idoneidad del contratista y de su oferta, sino que también es menester su solvencia moral. Significa esto que la persona natural o jurídica interesada en participar en un proceso de selección contractual, presentar una oferta y ser adjudicatario de un contrato público y que, por ende, aspira a suscribir un contrato con el Estado debe acreditar un buen comportamiento ético, una conducta honesta y lícita en sus negocios y actividades, de manera que no esté o haya estado involucrada, ni lo hayan estado sus directivos y empleados que la representan, en actividades ilícitas o en actos de corrupción por los cuales hubieran sido condenados ella o sus representantes mediante sentencia juridicial en firme o cuenten estas con medidas judiciales provisionales, según el caso, que comporten una prohibición, restricción o exclusión para contratar, de conformidad con la ley.

La solvencia moral es una valoración sobre el comportamiento de la persona natural o jurídica contratista para efectos de ser dignas de confianza de celebrar contratos con la administración. Su ausencia, además de que implica la pérdida de la fiabilidad y probidad del oferente o contratista, compromete su integridad y mina su capacidad jurídica, cuando ella constituya legalmente una inhabilidad o prohibición para contratar. Igualmente, la pérdida de la solvencia moral de la persona contratista (reputación) por la comisión de actos de corrupción puede presentarse durante la ejecución del contrato, lo cual constituye un riesgo que debe ser mitigado.

Ahora bien: realizada la anterior precisión, con respecto a la Convención Interamericana contra la Corrupción en los conceptos citados se destacan los siguientes aspectos, además de la tipificación expresa que dicho tratado hace de varias conductas ilícitas como "actos de corrupción", como ya se explicó: (1) el compromiso que impone a los estados parte, de prevenir y sancionar los actos de corrupción que ocurran en sus propios territorios, y (2) el deber de asistencia y colaboración recíprocas que establece a cargo de los mismos estados, con el fin de compartir información y pruebas en investigaciones (judiciales

o administrativas) relacionadas con casos de corrupción, así como de intercambiar los métodos y experiencias para prevenir, detectar, investigar y sancionar esta clase de conductas.

De la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción es pertinente resaltar la invitación que formula a todos los estados para ocuparse de la corrupción como un problema transnacional, que afecta gravemente a todas las sociedades y economías, motivo por el cual se requiere de altos niveles de cooperación internacional para su prevención, detección y sanción.

Así mismo, este tratado propugna por salvaguardar y fortalecer la integridad de las entidades privadas en su organización y en sus actividades empresariales y comerciales, incluyendo las relaciones contractuales con el Estado (artículo 12, numeral 2, literal b), y ordena a los estados parte, de conformidad con los principios fundamentales de su derecho interno y respetando los derechos adquiridos por terceros de buena fe, "eliminar las consecuencias de los actos de corrupción".

Igualmente, la Convención dedica varios artículos a regular la cooperación internacional en las actuaciones judiciales que los estados parte realicen para investigar y sancionar delitos de corrupción, disposiciones que pueden aplicarse también a "investigaciones y procedimientos correspondientes a cuestiones civiles y administrativas relacionadas con la corrupción", si así lo consideran tales estados, de acuerdo con su ordenamiento jurídico interno.

Por su parte, la Convención para Combatir el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales de la OCDE enfatiza en la tipificación y sanción penal del delito de cohecho de servidores públicos extranjeros ("soborno transnacional") y defiere a la normatividad interna de cada país la regulación sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas, así como la posibilidad de imponer, en estos casos, sanciones monetarias, civiles y administrativas (artículos 2.° y 3.°).

Del mismo modo, establece para los estados parte la obligación de prestarse "ayuda jurídica recíproca", tanto en investigaciones y procesos penales iniciados por cualquiera de ellos ante la posible comisión de algún delito previsto en esa convención como en relación, incluso, con la realización de "actos no penales [...] iniciados por una Parte contra una persona moral", dentro del ámbito de dicho tratado (artículo 9.°).

En ese orden de ideas, como lo sostuvo la Sala de Consulta en los referidos conceptos, la incorporación de los convenios internacionales de

lucha contra la corrupción al ordenamiento interno colombiano ha dado lugar a un marco internacional de prevención, sanción y colaboración en la lucha común contra esta flagelo, que vincula mediante normas imperativas a las autoridades nacionales para que apliquen controles a los proponentes y contratistas que concurren a la contratación estatal, y prevengan que esa actividad sea vehículo de actos de corrupción o se vea afectada por estos y, en caso de que éstas no funcionen, apliquen las sanciones jurídicas que permitan corregir sus efectos de manera eficaz.

3. Mecanismos para prevenir la corrupción y controlar o mitigar sus efectos

A) *Aplicación de los principios constitucionales y las reglas legales a la contratación estatal*

La Sala de Consulta, en los conceptos antes citados, explicó que la actividad contractual del Estado es una de las formas, cada vez más utilizadas, en que los diferentes órganos, ramas y entidades del Estado ejercen la función administrativa, con la colaboración de particulares o de otras entidades públicas, para el logro de los fines previstos en la Constitución Política.

Por esta razón, la actividad contractual de las entidades públicas se encuentra sujeta íntegramente a los principios que rigen el ejercicio de la función administrativa, establecidos en el artículo 209 de la Constitución Política, es decir, los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad (así lo reiteró para las exceptuadas del estatuto de contratación posteriormente el artículo 13 de la Ley 1150 de 2007), así como a los demás principios previstos en la Ley 80 de 1993 (artículo 23) y en el CPACA (artículo 3.°).

De este conjunto de principios, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado ha destacado, por su mayor relación con el tema de la corrupción, los principios de transparencia, buena fe, moralidad administrativa, planeación y precaución, los cuales, a su juicio, no son meras "declaraciones de buena voluntad" o aspiraciones de carácter ético y político, sino que se trata de "normas" más generales, que integran el ordenamiento jurídico y cumplen tres funciones básicas: (1) la de servir como fundamento o sustento lógico y ético para todo el ordenamiento jurídico, o parte de él, de tal manera que el conjunto de normas que lo integran configure un verdadero sistema, dotado de coherencia y cohesión; (2) la de operar como instrumento para la

interpretación de las leyes y las demás normas, generales o particulares, y (3) la de aplicarse directamente, para resolver situaciones jurídicas concretas, cuando existan vacíos o lagunas en la legislación.

En este sentido, la Sala de Consulta considera que la aplicación efectiva y real de tales principios, en especial de los señalados previamente, constituye una herramienta efectiva para prevenir la corrupción en la contratación pública y mitigar sus efectos, a tal punto que podría decirse que si tales principios se aplicaran rigurosamente y en todos los casos, junto con sus desarrollos o consecuencias normativas, no debería existir corrupción en la actividad contractual del Estado.

Tanto en los conceptos citados como en el número 2346 de 2017[12], la Sala recomienda la adopción de un conjunto de medidas concretas para aplicar y materializar los principios descritos en la contratación estatal, con el fin específico de prevenir y controlar la corrupción en dicha actividad.

Algunas de estas medidas, que se podrían implementar en los estudios previos, en los pliegos de condiciones o en el contrato mismo, según el caso, o incluso ser incorporadas en los planes anticorrupción que deben adoptar anualmente las entidades de conformidad con lo previsto en el artículo 73 de la Ley 1474 de 2011, consisten en conocer integralmente y en profundidad el mercado relevante y las características jurídicas y económicas de los oferentes y contratistas; manifestar en los documentos del proceso explícitamente el deber que tienen las partes de identificar, tipificar, controlar, administrar, asignar y cubrir el riesgo de corrupción; exigir a los proponentes que suscriban "pactos o compromisos de integridad" y "declaraciones de origen de fondos"; establecer la obligación para oferentes y contratistas de informar los cambios que se presenten en la composición del capital social de la respectiva persona jurídica, así como la vinculación de sus socios, directivos o funcionarios a investigaciones por actos de corrupción u otros hechos delictivos; incluir cláusulas resolutorias referidas a hechos que, si bien no constituyan causales de inhabilidad, pueden implicar

[12] Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto 2346, del 15 de agosto de 2017. En esa ocasión, la Sala respondió una consulta del Gobierno Nacional sobre la posibilidad de que un establecimiento público suscribiera un contrato de concesión con una firma que si bien no estaba incursa, al parecer, en una causal de inhabilidad para contratar, tenía como socios a personas que eran simultáneamente accionistas de otra compañía que había estado asociada, mediante un consorcio o una unión temporal, con una sociedad acusada de cometer actos de corrupción en contratos estatales y que se encontraba vinculada, por esa razón, a procesos judiciales.

la participación del contratista en actos de corrupción, o incrementar considerablemente los riesgos a los que está expuesto por esta razón; incluir autorizaciones para consultar la información de oferentes y contratistas, y las personas vinculadas a ellos, en bancos de datos o centrales de información, etc.

B) *Estimación, asignación y cobertura del "riesgo de corrupción"*

La Sala de Consulta, en los conceptos citados, señaló categóricamente que la corrupción no solo es un riesgo presente en la contratación estatal (en su sentido más amplio), en cuanto que es un evento adverso o dañoso que puede materializarse, sino que es un riesgo previsible tanto para las entidades estatales como para los oferentes y contratistas, razón por la cual dicho riesgo debe ser identificado explícitamente, tipificado, precisado (en cuanto a las etapas, formas y actividades en las que puede presentarse), asignado, conforme a lo dispuesto por el artículo 4.° de la Ley 1150 de 2007 y, finalmente, cubierto, mediante las garantías que la ley permite utilizar para amparar los riesgos que se presentan en la actividad contractual del Estado (dentro del proceso de selección y en la ejecución del contrato).

Por otra parte, la citada Sala del Consejo de Estado ha considerado que este riesgo se relaciona especialmente con el riesgo financiero, que debe asignarse a los contratistas, en el sentido de que el hecho de que el contratista, sus representantes, socios o el personal a su cargo se vean involucrados en actos de corrupción puede generarles un daño reputacional importante y problemas legales, además de los gastos asociados a esta situación, todo lo cual puede derivar en una gran dificultad y, en algunos casos, imposibilidad de obtener la financiación requerida para ejecutar de manera integral el contrato, o en un incremento ostensible en el costo de dicho financiamiento o problemas con los cierres financieros previstos en los contratos.

En esa medida, el alto tribunal concluyó que el riesgo de corrupción, asociado e integrado al riesgo financiero, debe ser asignado a los contratistas y estos, a su vez, deben trasladarlo o cubrirlo parcialmente, mediante la constitución de las respectivas garantías precontractuales y contractuales. Por lo tanto, el incremento en el riesgo financiero, como producto del aumento en el riesgo de corrupción o, peor aún, de su materialización, debe dar lugar al ajuste correspondiente en las garantías, para mantener la adecuada distribución de los riesgos que las partes asumen con la celebración del negocio, así como el nivel de cobertura exigido.

C) *La cooperación y la asistencia internacional*

La Sala de Consulta y Servicio Civil ha manifestado también que un instrumento importante para prevenir la corrupción en la contratación pública, especialmente en aquellos procesos de selección o contratos en los que participan oferentes o contratistas del exterior, directamente o por conducto de sus subsidiarias (filiales y subordinadas) o sucursales, consiste en utilizar los mecanismos de cooperación y asistencia internacional que brinda el ordenamiento jurídico, los cuales no se limitan a los descritos en los tres instrumentos o convenciones internacionales citadas, sino que incluyen, además, los establecidos en tratados internacionales bilaterales de asistencia judicial recíproca, suscritos y ratificados por Colombia, así como los mecanismos dispuestos en las leyes colombianas, especialmente en el Código de Procedimiento Penal y en el Código General del Proceso.

Los instrumentos internacionales citados, tanto multilaterales como bilaterales, permiten no solo el intercambio de pruebas entre los estados parte, en procesos e investigaciones penales, o en otros procesos judiciales, sino también el intercambio de información, pruebas, experiencia y conocimientos en investigaciones o procedimientos administrativos, como los procesos de selección contractual, siempre que la solicitud y la obtención de los documentos o los datos se haga por intermedio de las autoridades indicadas en los convenios y designadas concretamente por cada país, y con sujeción a los procedimientos previstos en dichos acuerdos. Así, por ejemplo, se indicó que el *exequatur* no es trámite procesal necesario para obtener la información de las sentencias judiciales proferidas por autoridades extranjeras, con la finalidad de configurar las inhabilidades analizadas o para adoptar medidas de prevención.

En esa medida, con la debida utilización de estos mecanismos jurídicos, tanto internacionales como locales, se persigue que las entidades estatales busquen y obtengan los documentos y, en general, la información (penal, fiscal, disciplinaria, financiera, etc.) que requieran para conocer integralmente a sus oferentes y contratistas, determinar si pueden estar incursos en alguna causal de inhabilidad o incompatibilidad, y esclarecer si ellos, sus socios, representantes, empleados o compañías vinculadas pueden haber cometido o estar relacionados con actos de corrupción u otros delitos, o encontrarse sujetos a investigaciones, procesos, medidas cautelares u otro tipo de actuaciones y decisiones judiciales o administrativas derivadas de actos de corrupción, en cualquier país del mundo.

D) *Interpretación adecuada y aplicación del régimen de inhabilidades, incompatibilidades, conflictos de intereses e impedimentos*

Las inhabilidades e incompatibilidades, así como las normas sobre conflictos de interés, constituyen, en sí mismas, mecanismos jurídicos para prevenir la corrupción, pues lo que buscan es evitar que el interés particular o privado de un servidor público, ya sea económico o no económico, directo (propio) o indirecto (de un tercero vinculado), se interponga con el interés público o el bien común, que todos los servidores y entidades del Estado deben perseguir, y conduzca a que las actuaciones y decisiones de dichos empleados e instituciones se desvíen de los fines constitucionales y legales que deben buscar, abandonando el interés público, o subordinándolo a los intereses privados.

Para que dichas disposiciones y, en particular, las inhabilidades e incompatibilidades para contratar previstas en la ley cumplan efectivamente el propósito enunciado, deben ser conocidas, interpretadas y aplicadas adecuadamente y de manera completa.

A este respecto, la Sala de Consulta, en los conceptos citados, puso de relieve que, aunque las inhabilidades e incompatibilidades deben interpretarse de forma estricta y rigurosa, pues se trata de limitaciones o restricciones al derecho que todas las personas capaces tienen, en principio, de contratar con el Estado, como manifestación de varios derechos fundamentales, por lo que no resulta jurídicamente posible aplicar por analogía las causales de inhabilidad e incompatibilidad o interpretarlas extensivamente, ninguna norma o principio prohíbe que dichas causales y los preceptos que las contienen se interpreten en forma correcta, completa y adecuada, conforme a las reglas de interpretación previstas expresamente en nuestro ordenamiento jurídico[13] y a los diferentes sistemas o métodos reconocidos ampliamente por la jurisprudencia, tales como la interpretación sistemática, la histórica y la finalista o teleológica.

En esa medida, al interpretar las causales de inhabilidad e incompatibilidad para contratar, debe tenerse en cuenta la finalidad para la cual fueron establecidas, la evolución de los textos legales que las contienen y su relación con otras disposiciones del ordenamiento jurídico, incluyendo la Constitución Política y los tratados internacionales suscritos por Colombia, entre otros criterios.

[13] Artículos 25 a 32 del Código Civil.

Desde este punto de vista, la Sala ha destacado que algunas causales de inhabilidad que establecen la Constitución (artículo 122) y la Ley 80 de 1993 (artículo 8, numeral 1, literal j, y artículo 58, numerales 3 y 6), referidas a condenas y medidas de aseguramiento impuestas judicialmente por la comisión de ciertos delitos, podrían aplicarse cuando los delitos no se han cometido en Colombia, sino en el exterior, y la sentencia o providencia que contiene la medida ha sido dictada por un juez extranjero, siempre que se pruebe adecuadamente, dentro del procedimiento administrativo, la decisión judicial adoptada y su firmeza.

Por otra parte, la Sala ha recordado que el régimen de inhabilidades e incompatibilidades previsto en el Estatuto General de Contratación Pública no es aplicable solo a las entidades estatales sometidas a dicha regulación, sino a todas entidades estatales que celebren contratos, aunque estos se sujeten, en su totalidad, al derecho privado (civil o comercial) o a regímenes especiales (como los dispuestos por la ley para los servicios públicos domiciliarios, los de telecomunicaciones o las actividades financieras, entre otros), pues así lo dispuso expresamente el artículo 13 de la Ley 1150 de 2007.

Finalmente, es necesario mencionar que la Ley 1778 de 2016, "[p]or la cual se dictan normas sobre la responsabilidad de las personas jurídicas por actos de corrupción transnacional y se dictan otras disposiciones en materia de lucha contra la corrupción", modificó algunas de las causales de inhabilidad previstas en la Ley 80 de 1993 (como la regulada en el artículo 8.°, numeral 1, literal j) y estableció otras causales (inhabilidades para quienes financien campañas políticas, o para quienes sobornen a servidores públicos extranjeros), con el fin de fortalecer los mecanismos dirigidos a prevenir la corrupción.

Ahora bien: en adición a lo explicado por la Sala de Consulta y Servicio Civil en los conceptos citados, es importante mencionar que otros de los instrumentos que ha diseñado el ordenamiento jurídico para evitar que en el ejercicio de la función pública, incluyendo, desde luego, la actividad contractual, se interpongan los intereses privados de los servidores públicos (incluyendo los de sus familiares, socios o relacionados) en la realización del interés general y de los fines del Estado, son el de los "conflictos de intereses", que se encuentra regulado en el artículo 40 de la Ley 734 de 2002, y el de los impedimentos en las actuaciones administrativas, que está normado en los artículos 11 y 12 del CPACA.

E) *Otros mecanismos legales*

Por último, es pertinente mencionar que la legislación colombiana, en los últimos años, ha venido creando otros instrumentos jurídicos para prevenir la corrupción administrativa, en general, y la corrupción en la contratación pública, en particular, entre los cuales vale la pena enunciar los siguientes:

(1) El artículo 27 de la Ley 1121 de 2006, "por la cual se dictan normas para la prevención, detección, investigación y sanción de la financiación del terrorismo y otras disposiciones", dispone que "[e]l Estado colombiano y las entidades territoriales en cualquier proceso de contratación deberán identificar plenamente a las personas naturales y a las personas jurídicas que suscriban el contrato, así como el origen de los recursos; lo anterior con el fin de prevenir actividades delictivas".

(2) El artículo 34 de la Ley 1474 de 2011, modificado por el artículo 35 de la Ley 1778 de 2016, establece que los jueces de control de garantías, en las investigaciones que se adelanten por delitos contra la administración pública, o en detrimento del patrimonio público, pueden ordenar a la autoridad competente la suspensión de la personería jurídica, o el cierre temporal de establecimientos abiertos al público, de las sociedades y demás personas morales que se hayan beneficiado con la comisión de tales delitos. Estas medidas pueden ser tomadas, con carácter definitivo, en la respectiva sentencia.

Esta misma disposición establece que cuando exista sentencia penal condenatoria debidamente ejecutoriada contra el representante legal o los administradores de una sociedad domiciliada en Colombia o de una sucursal de sociedad extranjera, por el delito de cohecho por dar u ofrecer, la Superintendencia de Sociedades podrá imponer multas hasta de 200.000 salarios mínimos legales mensuales vigentes si, con el consentimiento de la persona condenada o con la tolerancia de la misma, dicha sociedad o sucursal de sociedad extranjera se benefició con la comisión de ese delito.

(3) La Ley 1778 de 2016, antes citada, establece un régimen administrativo sancionatorio para las personas jurídicas que incurran en conductas de soborno transnacional. En efecto, asigna a la Superintendencia de Sociedades la competencia para investigar y sancionar la conducta de soborno transnacional, que sea cometida por personas jurídicas nacionales, incluyendo sus sucursales en el exterior, así como empresas industriales y comerciales del Estado y sociedades de

economía mixta. En estos casos, la responsabilidad de la persona jurídica puede llegar hasta su matriz, si la conducta ilícita se ejecutó con el consentimiento o la tolerancia de esta (artículo 2.°)[14]. Igualmente, estableció dicha ley la obligación de las personas jurídicas sujetas a la vigilancia de la Superintendencia de Sociedades de adoptar programas de transparencia y ética empresarial, de mecanismos internos anticorrupción, de mecanismos y normas internas de auditoría, promoción de la transparencia y de mecanismos de prevención de las conductas de fraude, soborno y demás actos de corrupción (artículo 23)[15].

La cultura empresarial resulta de gran relevancia en la prevención de la corrupción. En los Estados Unidos, desde 2008, en desarrollo de la buena administración y buen gobierno corporativo se exigen programas de *compliance*, esto es, compromisos de cumplimiento relacionados con medidas y acuerdos de ética empresarial y buenas prácticas[16], que se constituyen incluso en requisitos para contratar con el Estado, o sea, condición mínima para participar y presentar propuestas en los procesos de contratación pública; estos programas de autorregulación, además de atenuar la responsabilidad penal de la empresa contratista ante daños causados por su personal en representación suya, son

[14] "Artículo 2°. Responsabilidad administrativa de las personas jurídicas. Las personas jurídicas que por medio de uno o varios: (i) empleados, (ii) contratistas, (iii) administradores, o (iv) asociados, propios o de cualquier persona jurídica subordinada: (i) den, (ii) ofrezcan, o (iii) prometan, a un servidor público extranjero, directa o indirectamente: (i) sumas de dinero, (ii) cualquier objeto de valor pecuniario u (iii) otro beneficio o utilidad, a cambio de que el servidor público extranjero; (i) realice, (ii) omita, (iii) o retarde, cualquier acto relacionado con el ejercicio de sus funciones y en relación con un negocio o transacción internacional. // Dichas personas serán sancionadas administrativamente en los términos establecidos por esta ley. Las entidades que tengan la calidad de matrices, conforme al régimen previsto en la Ley 222 de 1995 o la norma que la modifique o sustituya, serán responsables y serán sancionadas, en el evento de que una de sus subordinadas incurra en alguna de las conductas enunciadas en el inciso primero de este artículo, con el consentimiento o la tolerancia de la matriz."

[15] La Superintendencia de Sociedades expidió la Resolución 100-002657, del 25 de julio de 2016, y la Circular Externa 100-000003, del 26 de julio de 2016, mediante las cuales impone a las vigiladas este deber, según los criterios establecidos en la ley (monto de activos, ingresos, número de empleados y objeto social).

[16] "El *corporate compliance* es un conjunto de procedimientos y buenas prácticas adoptados por las organizaciones para identificar y clasificar los riesgos operativos y legales a los que se enfrentan y establecer mecanismos internos de prevención, gestión, control y reacción frente a los mismos". En http://www.worldcomplianceassociation.com/que-es-compliance.php.

medios eficaces para asegurar el cumplimiento de las obligaciones jurídicas y éticas por el contratista[17].

Para que el programa de cumplimiento o *compliance program* sea eficaz requiere, al menos, estos elementos: primero, la prohibición en forma expresa de toda promesa, dádiva o recompensa a los servidores públicos, y que se consagren los principios de transparencia y publicidad como rectores en la actividad contractual y las relaciones derivadas de su ejecución; segundo, la previsión del valor de la honestidad en el intercambio de la información y la objetividad e igualdad en el manejo y acceso a esta por parte de los interesados en contratar; tercero, la consolidación de relaciones éticas y la prohibición de las comisiones ilícitas (*kicks-backs*), incluso en las subcontrataciones; cuarto, el fomento de la competencia leal, evitando prácticas que conlleven subjetividad o favoritismo; quinto, los mapas de riesgo de corrupción en las diferentes áreas de la empresa; sexto, la existencia de un código de conducta que contenga las buenas prácticas, lo que incluye un estándar de debida diligencia a sus empleados o la debida diligencia; séptimo, su revisión periódica en su cumplimiento y realización; octavo, un sistema de reporte o información en tiempo real a la administración sobre las conductas ilícitas del personal de la compañía, de conservación de la documentación sensible para investigar la conducta denunciada y de colaboración efectiva con las autoridades en su detección, así como una política de no represalias contra los empleados denunciantes; noveno, un sistema de auditoría interna y externa sobre el avance en el grado de efectividad del programa y las medidas disciplinarias por la inobservancia; décimo, los informes periódicos sobre la eficacia del programa de cumplimiento; y undécimo, una comunicación periódica a todos los empleados, incluyendo a los directivos, sobre los procedimientos de prevención[18].

Así, imponer como requisito para poder contratar con el Estado contar con un programa de cumplimiento anticorrupción, esto es, los denominados *compliance programs* o modelos de prevención y detección de delitos, constituye en la actualidad una herramienta eficiente para la lucha contra la corrupción en la contratación pública.

[17] Rodríguez Arana, Jaime (2017). "La buena administración en la contratación pública: *compliance* y *self-cleaning*", en Zambrano Cetina, W., *Retos de la contratación pública en Iberoamérica. Homenaje a Allan R. Brewer-Carías*. Ibáñez, pp. 48-51.

[18] Rodríguez Arana (2017). Ob. cit., pp. 53-56.

4. Remedios para corregir y sancionar los actos de corrupción en la contratación pública

Hasta el momento nos hemos referido a los mecanismos jurídicos establecidos en nuestro ordenamiento jurídico con el fin primordial de prevenir los actos de corrupción en la contratación estatal, es decir, evitar que dicha actividad resulte viciada con tales conductas. Sin embargo, dado que la eficacia de dichos instrumentos es desafortunadamente limitada, nos corresponde ahora analizar las consecuencias jurídicas que pueden derivarse de los actos de corrupción que se presenten, de hecho, en la actividad contractual de las entidades públicas, ya sea durante el proceso de selección o contratación, hasta la celebración del contrato respectivo (etapa precontractual), o durante su ejecución o, incluso, en relación con su terminación y liquidación.

Para tal efecto nos enfocaremos en las medidas que establece el Estatuto General de Contratación Estatal, desde el punto de vista del derecho administrativo y, por remisión, del derecho privado, para corregir y sancionar los actos de corrupción que se presenten en cada una de dichas etapas de la actividad contractual, por lo cual dejaremos de lado las consecuencias que estos mismos comportamientos pueden tener en los campos penal, disciplinario y fiscal.

A) *Corrupción en la celebración del contrato estatal (o sus modificaciones)*

En este primer punto pretendemos analizar las consecuencias jurídicas que, desde la perspectiva administrativa y civil, se desprenden de la celebración de un contrato estatal como resultado de un acto previo de corrupción, lo cual implica, de entrada, que para que este supuesto se presente deben darse dos condiciones esenciales: (1) que el acto de corrupción haya sucedido en forma previa o concomitante al perfeccionamiento del contrato o la modificación de que se trate y (2) que dicha conducta haya sido determinante para la celebración del acto jurídico, es decir, que presumiblemente el contrato o la modificación no se hubiese celebrado si el acto de corrupción no se hubiera presentado, o se hubiese celebrado en condiciones distintas, o con otra persona.

La delimitación anterior permite excluir de esta primera hipótesis algunas situaciones que pueden darse en la realidad, tales como: (1) que el acto de corrupción suceda cuando el contrato ya se encuentra perfeccionado o (2) que el acto de corrupción, a pesar de ser previo

o concomitante a la suscripción del contrato estatal, no haya sido determinante para su celebración, bien sea porque el "contrato para la corrupción", es decir, el acuerdo corrupto o criminal, fue incumplido (por ejemplo, si el particular o el servidor público sobornado no realiza la gestión para la que fue "contratado"), porque o dicha gestión resulta incompleta, ineficaz o inocua.

Lo anterior debe entenderse sin perjuicio de las consecuencias penales, disciplinarias y administrativas (en el sentido de la función pública) que los actos de corrupción deben tener, independientemente de su eficacia para la celebración de un contrato estatal.

Ahora bien: el análisis del impacto de la corrupción en el contratación pública puede hacerse a partir de una relación triangular conformada por: (1) la persona que soborna, (2) la persona que recibe el soborno (agente o mandatario) y (3) la persona natural o jurídica que celebra el contrato con la persona que ha pagado el soborno (principal o mandante). Este modelo ha sido el utilizado de forma preponderante para investigar la corrupción desde los años setenta, y resulta útil, pues facilita el análisis de las relaciones jurídicas entre los señalados actores.

Tal como se vislumbra de lo explicado en el párrafo anterior, para el análisis de este asunto es necesario formular una primera distinción, que la doctrina y la jurisprudencia han realizado en el ámbito internacional, esto es, aquella que existe entre los contratos celebrados *para* la corrupción y los contratos celebrados *por* la corrupción, ya que esta diferenciación permite estudiar de forma más precisa y científica las consecuencias jurídicas que una y otra clase de contratos están llamadas a producir.

Finalmente, es importante advertir que, en la medida en que la modificación de los contratos estatales, incluyendo sus prórrogas y adiciones, constituye igualmente un acto jurídico pluripersonal o convencional, y algunas de dichas modificaciones (como las adiciones) son calificadas por parte de la doctrina y la jurisprudencia como verdaderos "contratos", todo lo que se explicará sobre el contrato estatal es aplicable, sin mayores distinciones, a las modificaciones que, de común acuerdo, hagan las partes a los contratos ya celebrados y en ejecución.

a. *La distinción entre contratos para la corrupción y contratos por la corrupción*. En el campo internacional, tanto la doctrina como la jurisprudencia de algunas cortes y tribunales de arbitramento distinguen entre los contratos (privados o públicos) celebrados *para* la corrupción

("providing for corruption") y los contratos celebrados *por* la corrupción ("procured for corruption")[19], diferenciación que consiste en lo siguiente:

- *Los contratos celebrados para la corrupción*

Se trata de aquellos contratos o acuerdos celebrados entre dos o más particulares, entre un particular y un servidor público o entre varios servidores públicos, cuyo objeto específico es cometer un acto de corrupción para obtener la adjudicación o la celebración de un contrato, mediante incluso denominaciones que tienen una apariencia de probidad, tales como "comisiones", "corretaje", "asesorías", "consultorías", "agenciamiento", etc.

Esto incluye, entre otras muchas hipótesis, el caso de una persona natural o jurídica que contrata los servicios de otra persona para que le adjudique un contrato (si tiene la competencia o la posibilidad de hacerlo), lo asesore ilegalmente para obtener su adjudicación, le suministre información confidencial o influya en los servidores públicos competentes para obtener el mismo resultado, a cambio del pago de una suma de dinero o de cualquier otro beneficio económico, inmediato o futuro, concreto o difuso, para sí mismo o para terceras personas (coima o soborno).

En el ámbito de la contratación estatal es posible que acuerdos de esta clase se celebren entre particulares, o entre particulares y servidores públicos, con el fin de obtener la adjudicación o la celebración de un contrato, o su modificación en determinadas condiciones, pero es poco probable que una entidad estatal celebre, como parte, un contrato para la corrupción, pues ello supondría que dicha entidad abriera y tramitara un proceso de selección, y adjudicara y suscribiera el respectivo contrato, cuyo objeto específico consistiría en la comisión de un acto corrupto y, por lo tanto, en un delito. Además, contratos de esta clase, como es obvio, no constan casi nunca por escrito, que es una formalidad *ad substantiam actus* que la Ley 80 de 1993 establece para el perfeccionamiento de los contratos estatales.

Por estas razones, es difícil y casi imposible pensar que una entidad pública celebre un contrato estatal para la corrupción, cuyo objeto sea canalizar pagos corruptos, esto es, la entrega o promesas de dádivas o

[19] Michael Joachim Bonell y Olaf Meyer (eds.). *The Impact of Corruption on International Commercial Contracts*. Springer, 2015, p. 2.

prebendas indebidas a un tercero, con el propósito de influir o determinar la celebración de un contrato, y que este se entienda sujeto a las disposiciones del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública y a su control por parte de la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

De probarse, actos de esta clase estarían sujetos a lo que disponga la jurisdicción penal, en la investigación que realice para determinar la comisión del delito y la consiguiente responsabilidad penal, y también podrían ser conocidos por la jurisdicción civil, por tratarse de un "contrato" de derecho privado celebrado entre particulares, aun si se celebra con un servidor público, pues debe entenderse que, para dichos efectos, tales servidores actúan como particulares.

En todo caso, la doctrina y la jurisprudencia concuerdan de forma universal, y casi unánime, en que estos contratos son absolutamente nulos, por la ilicitud de su objeto, al consistir este en la comisión de un delito, de una falta disciplinaria, de una infracción administrativa o, en todo caso, de una actividad expresamente prohibida y sancionada por la ley. También el pago de un soborno constituye un claro caso de *causa turpis*, es decir de una causa ilícita o deshonesta.

Las leyes de casi todos los países establecen una sanción adicional para este tipo de acuerdos: la imposibilidad de repetir u obtener la devolución de lo que se haya dado o pagado en virtud del acuerdo corrupto, como lo establece el artículo 1525 del Código Civil colombiano para la declaratoria de nulidad absoluta de los contratos por objeto o causa ilícita, cuando se ha actuado "a sabiendas", es decir, con plena conciencia sobre la ilicitud de la conducta.

- *Los contratos celebrados por la corrupción*

Se trata de aquellos contratos, estatales o privados, que son consecuencia de la comisión de un acto de corrupción, es decir, que se celebran en virtud de una conducta corrupta previamente realizada. Estos contratos contienen en su objeto la prestación de servicios, el suministro de bienes o la realización de una obra por el pago de su precio, pero se suscribe como resultado de entregas o promesas de dineros o dádivas o mercedes indebidas a un servidor o directivo de la entidad contratante.

En este caso, al contrario de los contratos para la corrupción, no es tan sencillo determinar las consecuencias jurídicas que genera para el contrato el acto de corrupción, ni existe consenso sobre el tipo de sanción civil que debe aplicarse. Lo anterior obedece a varias circunstancias, entre las cuales podemos destacar:

(1) La ley colombiana –y lo mismo sucede con la legislación de muchos países– no establece expresa, directa y específicamente la corrupción como un vicio que genere la nulidad o la ineficacia del contrato y, en general, no regula de forma expresa los efectos de la corrupción sobre la validez y la eficacia del contrato. Por lo tanto, tales efectos deben ser deducidos a partir de la interpretación y aplicación de un conjunto de normas, y de su adecuación a los hechos respectivos.

(2) Entre el acto corrupto (contrato para la corrupción) y el contrato celebrado en virtud de la corrupción median o se interponen diversos hechos y decisiones, que a veces pueden tomar un largo tiempo. Por esto, no siempre es fácil establecer la relación de causalidad entre el acto corrupto y el contrato. Piénsese, por ejemplo, en un soborno que se pague para amañar los pliegos de condiciones en un proceso de contratación estatal, con el fin de encauzar el proceso para favorecer a determinado proponente. En este caso, no solo puede pasar un largo tiempo entre el acto de corrupción y la celebración del contrato, sino que sería necesario demostrar, entre otras cosas, que los pliegos de condiciones fueron efectivamente diseñados para favorecer a un proveedor en particular, y no porque fueran necesarios o convenientes para lograr la realización del fin de interés público que debía perseguirse con el contrato; que bajo esas condiciones, otros oferentes, ajenos al acto de corrupción, no podían participar o solo podían hacerlo en condiciones desfavorables; y, finalmente, que el contrato en efecto se adjudicó al único proponente que se beneficiaba con ese pliego.

(3) Y, por último, existe una tendencia en parte de la doctrina y de la jurisprudencia del ámbito internacional a resolver estas cuestiones desde un punto de vista pragmático o utilitarista, basado en las tesis del análisis económico del derecho, que los lleva a preguntarse si es mejor o no, para los intereses económicos de la entidad pública afectada con el acto de corrupción, declarar la nulidad del contrato y, en consecuencia, interrumpir su ejecución y, eventualmente, devolver las cosas recibidas, o, por el contrario, continuar con la ejecución de aquel, probablemente con algún ajuste o modificación en sus condiciones económicas, con el propósito de lograr el beneficio general que con él se buscaba. Por ello en algunos países (por ejemplo, Suiza, Holanda o Alemania) se considera que la entidad pública contratante es la única legitimada para pedir la nulidad del contrato afectado por la corrupción y que en caso de declararse dicha nulidad, esta no impide necesariamente que se pague al contratista lo que se le debiera en virtud del contrato, pero el precio estipulado debe ajustarse, ya sea al valor de mercado de los

bienes o servicio suministrados, o bien descontando el monto de la coima o comisión ilegal que se haya pagado[20].

b. *El deber jurídico de dejar sin efectos los contratos celebrados en virtud de actos de corrupción*. A nuestro juicio, el ordenamiento jurídico colombiano, especialmente la Constitución Política y los tratados

[20] En los sistemas jurídicos que siguen esta posición, se acude a las reglas del error y el dolo (*fraud*) para justificarla. Así, en Holanda y Suiza la rescisión del contrato se fundamenta en la noción de que el contratista inocente ha cometido un error frente a la confiabilidad del cocontratante (quien pagó el soborno). Si el primero hubiera sabido que el segundo era proclive a pagar sobornos, nunca habría celebrado el contrato con él (Bonell y Meyer, ob. cit., p. 23). En Italia algunas decisiones de las cortes consideran el contrato adjudicado de forma ilegal anulable, porque el consentimiento de la autoridad fue obtenido fraudulentamente. En este caso, solamente la autoridad contratante puede reclamar la anulación del contrato. En la jurisprudencia italiana, un caso que resulta interesante es de la Exposición Internacional de Milán celebrada en el 2015. Uno de los contratistas excluidos dentro del proceso de licitación adelantado para la realización de obras vinculadas con la Feria, solicitó una revisión del procedimiento de contratación, pidiendo al tribunal administrativo que declara la invalidez del contrato otorgado a quien resultó finalmente ganador, la compañía Maltauro. El tribunal declaró la invalidez del contrato. Esta decisión fue apelada inmediatamente por la autoridad contratante, la cual argumentó que el corto periodo de tiempo que quedaba para terminar las obras antes del inicio de la exposición tenía que ser considerado como una razón fundamental para mantener la vigencia del negocio. Este argumento fue aceptado por el Consejo de Estado, el cual decidió suspender la decisión del Tribunal (Tribunal Administrativo de Lombardía) y reconocer el poder de la entidad para decidir si terminaba o no el contrato ilegalmente otorgado (cfr. Mariani, Paola. "The Effects of Corruption on Contracts in Italy: The Long Road towards a Legal and Fair, Competitive Market", en *The Impact of Corruption on International Commercial Contracts*, Michael Joachim Bonell y Olaf Meyer [eds.]. Springer, 2015, pp. 200-202). Finalmente, la Corte Suprema Federal de Suiza falló en una oportunidad en favor de mantener un contrato salpicado por corrupción. El objeto del contrato consistía en la disposición de aguas residuales, ejecución que tuvo lugar antes de que se descubriera el pago de sobornos. La Corte sostuvo que el contrato era válido, pues no era ni ilegal ni atentaba contra las buenas costumbres, tal como lo exigía el artículo 20(1) de la ley Suiza de obligaciones. Sin embargo, la Corte también indicó que el contratante inocente podía rescindir el contrato en virtud del fraude derivado de la no revelación del soborno. Con todo, dicha rescisión tendría solamente efectos ex nunc, es decir, el contrato permanecería válido hasta el momento en que fuera rescindido (Michael Joachim Bonell y Olaf Meyer. Ob. cit. p. 24). Por otra parte, en Sudáfrica, en el caso Exter Industrial (Pty) Ltd. v. Crrown Mill (Pty) Ltd. se sostuvo que tratar el contrato adjudicado como nulo, y no como anulable a decisión de la parte afectada, implicaba castigar al inocente por los pecados del culpable (Naudé. Tjakie. "The Civil Law Consequences of Corruption under South African Law", en *The Impact of Corruption on International Commercial Contracts*, Michael Joachim Bonell y Olaf Meyer [eds.]. Springer. 2015, p. 331).

internacionales suscritos y ratificados por el país para luchar contra la corrupción, impone a las autoridades judiciales y administrativas el deber –no la simple potestad– de dejar sin efectos jurídicos los contratos estatales celebrados en virtud de actos de corrupción[21].

[21] En esto, la jurisprudencia estadounidense resulta ilustrativa. En efecto, en los Estados Unidos se ha sostenido en el caso de contratos adjudicados como consecuencia de un soborno que la entidad pública tiene el derecho a: (1) evitar las obligaciones nacidas bajo el contrato permeado por la corrupción, (2) recuperar todo lo pagado al contratista y (3) reclamar el pago de daños compensatorios. Por su parte, el ente privado no puede reclamar ninguna restitución, sin importar si completó su obligación contractual. Así, en el caso S. T. Grand, Inc. v. la ciudad de Nueva York (1973) se analizó un contrato de limpieza celebrado entre un contratista y la ciudad. Luego de ejecutado el contrato se descubrió que el contratista había sobornado a un comisionado de la ciudad para que le fuera adjudicado el contrato. Cuando el contratista demandó a la ciudad por el dinero debido por la prestación del servicio de limpieza, como defensa, la ciudad alegó que el contrato era ilegal debido al soborno pagado para su obtención. Además, la ciudad reclamó el dinero pagado previamente al contratista. La Corte concluyó que el contratista no tenía derecho al pago que reclamaba, pues la prestación que había ejecutado tenía como sustento un contrato ilegal. También señaló que la ciudad tenía el derecho a recuperar los dineros pagados al contratista. Lo anterior, como una solución necesaria para persuadir a las personas de que se abstengan de violar las normas. Asimismo señaló, citando un caso anterior, que "El continuo crecimiento de nuestras ciudades y la expansión de los servicios gubernamentales en todos los niveles ha demandado, con el tiempo, la celebración de un número mayor de contratos públicos. Mientras que el dinero envuelto en estos contratos era relativamente pequeño hace unas décadas, actualmente dicho monto es astronómico. Por lo tanto, es un asunto de grave preocupación que exista una absoluta honestidad en la adjudicación de un contrato público. Si nosotros queremos erradicar la práctica inescrupulosa de ofertas fraudulentas y colusorias, no podemos mirar únicamente las sanciones penales existentes. La naturaleza del acto es tal que no es fácilmente descubrible, pero, cuando lo es, tenemos que dejar claro que las cortes de este Estado declinarán prestar su ayuda al oferente tramposo" (S. T. Grand, Inc. v. City of New York, Court of Appeals of New York, 32 N.Y.2d 300; 1973). En el caso Carson v. Padilla (2006), un servidor público solicitó a un contratista el pago de una suma de dinero para que se aprobara la celebración de un contrato (préstamo de una suma de dinero) con una agencia estatal. Luego de celebrado el contrato, la agencia demandó su nulidad y la recuperación de los $850.000 dólares entregados al contratista. La Corte de Apelaciones de California confirmó la petición de la demandante, al concluir que cuando un servidor público actúa como un extorsionista no lo hace buscando el mejor interés público. Por el contrario, él está respondiendo a su propia avaricia y actuando de manera completamente impropia en el procedimiento contractual. En consecuencia, para la Corte, los contratos celebrados bajo estas condiciones deben ser totalmente objetados, y en tal virtud debe permitirse a la sociedad reversar el curso creado por el extorsionista y "dar vuelta al reloj". También señaló la Corte que una entidad pública

Esta consecuencia se deriva, en primer lugar, de lo dispuesto en los artículos 34, 58 y 209 de la Constitución Política, que disponen, en lo pertinente:

> Artículo 34. Se prohíben las penas de destierro, prisión perpetua y confiscación.
>
> No obstante, por sentencia judicial, se declarará extinguido el dominio sobre los bienes adquiridos mediante enriquecimiento ilícito, en perjuicio del Tesoro público o con grave deterioro de la moral social.
>
> [...] Artículo 58 [modificado por el artículo 1.° del Acto Legislativo 1 de 1999]. Se garantizan la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con arreglo a las leyes civiles, los cuales no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores. [...]
>
> [...] Artículo 209. La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones. [...].

En primera instancia, es importante aludir a lo dispuesto en el artículo 209, pues, tal como se explicó previamente, la actividad contractual de las entidades estatales es una forma o técnica mediante la cual se ejerce la función administrativa. En consecuencia, dicha actividad está sujeta, en su totalidad, a los principios contenidos en el canon constitucional citado, entre ellos el de moralidad, tal como el artículo 13 de la Ley 1150 de 2007 lo reiteró para las entidades estatales exceptuadas del régimen general de contratación pública, y solo puede realizarse para servir a los intereses generales (y no a los intereses particulares de un oferente, contratista o servidor público).

---

tiene el derecho a recuperar cualquier compensación pagada bajo un contrato contaminado por corrupción, sin tener que restaurar ninguno de los beneficios recibidos. De esta manera se envía un mensaje a la sociedad: si el servidor corrupto demanda el pago de una extorsión en intercambio de un contrato público, la víctima no debe pagar. Por el contrario, ella debe reportar dicho servidor a las autoridades federales o estatales. Si la víctima que paga la extorsión es descubierta, no debe permitírsele retener ninguno beneficio recibido. La razón es simple. Un contrato público obtenido a través de un pago extorsivo no es válido, y nadie debe creer que lo es (Carson Redevelopment Agency v. Michael Padilla, Court of Appeal of California, 140 Aal. App. 4th 1323; 2006). Tomado bajo traducción libre: Michael Joachim Bonell y Olaf Meyer, ob. cit.

Lo anterior implica que cuando se determina y puede demostrarse que un proceso de selección o un contrato ha sido viciado con un acto de corrupción, las autoridades competentes (administrativas y judiciales) no pueden permanecer indiferentes e impasibles frente a dicha circunstancia, haciendo como si nada hubiera pasado, y continuando con el trámite del proceso o con la ejecución del contrato en condiciones normales, o limitándose a presentar las quejas y denuncias que estimen procedentes. Por el contrario, dado que toda conducta de corrupción afecta gravemente la moral social (que no es solo una idea filosófica abstracta, sino un concepto reconocido por la Constitución y la ley), el principio de moralidad administrativa obliga a las autoridades competentes a actuar oficiosamente, para evitar que este derecho colectivo se siga vulnerando con el acto corrupto y, en lo posible, para destruir o remover los efectos que dicha conducta haya alcanzado a producir.

Por esta razón nuestro Código Civil, desde 1873, basado, como se sabe, en el Código Civil chileno y este, a su vez, inspirado en el Código Civil de Napoleón, que recogió, a su turno, toda la tradición del derecho romano y de los glosadores y posglosadores, dispuso originalmente, en su artículo 1742:

> La nulidad absoluta puede y debe ser declarada por el juez o prefecto, aun sin petición de parte, cuando aparece de manifiesto en el acto o contrato; puede alegarse por todo el que tenga interés en ello, excepto el que ha ejecutado el acto o celebrado el contrato, sabiendo y debiendo saber el vicio que lo invalidaba; puede asimismo pedirse su declaración por el Ministerio Público en el interés de la moral o de la ley; y no puede sanearse por la ratificación de las partes, ni por un lapso de tiempo que no pase de treinta años.

Aunque esta norma ha sido modificada por la Ley 153 de 1887 (artículo 90), la Ley 95 de 1890 (artículo 15) y la Ley 50 de 1936 (artículo 2.°), todavía conserva su esencia, en el sentido de disponer que, establecida claramente una causal de nulidad absoluta (que puede provenir, entre otras razones, de objeto o causa ilícita), el juez "o prefecto" debe (y no solo puede) declararla de oficio; que puede también ser alegada por todo el que tenga interés en ello, así como por el Ministerio Público, "en el interés de la moral o de la ley", y que no puede ser ratificada por las partes (cuando proviene de objeto o causa ilícitos). Esta norma es quizá un antecedente de lo que hoy en día se conoce como la dignidad de la parte para poder discutir la validez de un contrato por un hecho inmoral, o comúnmente conocida como la

teoría de las manos limpias (*clean hands*), que se estudia en el terreno internacional en arbitramentos de inversión. Según esta doctrina solo tiene acción contra el contrato el que tenga interés en ello, excepto el que ha ejecutado el acto o celebrado el contrato, sabiendo y debiendo saber el vicio que lo invalidaba, esto es, se priva de acción a toda persona con las manos manchadas[22].

Bajo esta misma orientación, el artículo 1525 del Código Civil establece que "[n]o podrá repetirse lo que se haya dado o pagado por un objeto o causa ilícita, a sabiendas", lo cual implica, en términos prácticos, que quien suscribe un contrato viciado de objeto o causa ilícita, a sabiendas, se expone a perder todo lo que haya dado o pagado en virtud de ese contrato. Lo anterior bajo la expresión *ex turpi causa non oritur actio* ("una causa torpe no genera una acción").

Nótese cómo desde esa época, más de un siglo antes de expedirse la Constitución de 1991, ya el legislador tenía la claridad de que frente a un acto jurídico que viole abiertamente el ordenamiento jurídico o la moral (ya sea en su objeto en sus finalidades), los jueces y las autoridades administrativas (el Ministerio Público) no podían permanecer inmóviles e indiferentes, sino que debían actuar, dentro de sus competencias, para quitarle todos los efectos jurídicos al citado acto.

Esta conclusión tiene que ser más cierta y contundente en la actualidad, cuando la Constitución Política que nos rige dispone expresamente que la moral administrativa es un derecho colectivo (artículo 88) y que la función pública debe ejercerse con fundamento en el principio de moralidad (artículo 209).

Esta afirmación se refuerza, además, con lo dispuesto por los artículos 34 y 58 ibídem. Este par de normas constitucionales establecen que el Estado debe extinguir el dominio de los bienes (materiales e incorporales, o derechos) adquiridos mediante enriquecimiento ilícito, en perjuicio del tesoro público, o con grave deterioro de la moral social, y que el Estado solo reconoce y respeta los derechos adquiridos "con arreglo a las leyes civiles", es decir, lícitamente.

Más allá de las reglas y de las consecuencias jurídicas concretas que establece cada uno de estos preceptos, consideramos que de tales

[22] Doctrina que tiene su origen en un famoso caso de 1725 (Everet v. Wiliams, Ex. 1725, 9 L: Q., Rev. 197), más conocido como "The Highwayman", cuando un bandolero intentó demandar a un compañero de partida. Fernández-Armesto, Juan. *La lucha contra la corrupción desde el arbitraje*. Ediciones Fundación San Pablo CEU, Madrid, 2018, p. 16.

disposiciones, interpretadas en su conjunto, puede extraerse claramente un principio general, que estaba previsto igualmente en la Constitución de 1886 e incluso, como se ha visto, en el Código Civil, a saber: que solo la titularidad de los bienes (incluyendo los derechos, como "cosas incorporales", según lo disponen los artículos 653, 664 y 666, del Código Civil, entre otros) adquiridos lícitamente, esto es, con sujeción a las leyes, puede ser reconocida y respaldada por el Estado. Y en forma correlativa, que la titularidad de los bienes y derechos adquiridos en forma ilícita (con violación a la ley o a la moral social) no puede ser reconocida y, mucho menos, respaldada por el Estado (por ejemplo, exigiendo al deudor el cumplimiento de las correlativas obligaciones). En fin: el delito no puede ser fuente de enriquecimiento; por ende, no puede haber derechos patrimoniales adquiridos mediante un enriquecimiento ilícito, en perjuicio del tesoro público o de la moral social.

Vale la pena mencionar que, con una argumentación similar, y basado igualmente en los artículos 34 y 58 de la Constitución Política, junto con los artículos 1.° y 4.° ibídem, el contralor general de la República demandó ante la Corte Constitucional la inconstitucionalidad de varios apartes del artículo 20 de la Ley 1882 de 2018, que establece un régimen especial para los efectos de la nulidad absoluta de los contratos celebrados bajo el esquema de asociación público-privada, norma a la cual nos referiremos más adelante.

Esta misma es, además, la razón por la cual el Código de Procedimiento Penal ordena a los jueces penales practicar el comiso de los bienes adquiridos como producto de un delito, incluyendo expresamente, dentro del concepto de bienes, "todos los que sean susceptibles de valoración económica o sobre los cuales pueda recaer derecho de dominio, corporales o incorporales, muebles o inmuebles, tangibles o intangibles, así como los documentos o instrumentos que pongan de manifiesto el derecho sobre los mismos" (artículo 82).

Aparte de las normas constitucionales y legales que se han citado, debe reiterarse que los tratados internacionales suscritos, aprobados y ratificados por Colombia le imponen al Estado el deber, frente a la comunidad internacional, de adoptar medidas legislativas, judiciales y administrativas suficientes y eficaces para prevenir y sancionar la corrupción, las cuales no pueden limitarse a las sanciones de tipo penal contra las personas naturales involucradas en estos actos.

En particular, es importante citar el artículo 34 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, que es del siguiente tenor:

> Artículo 34. Consecuencias de los actos de corrupción.
>
> Con la debida consideración de los derechos adquiridos de buena fe por terceros, cada Estado Parte, de conformidad con los principios fundamentales de su derecho interno, adoptará medidas para eliminar las consecuencias de los actos de corrupción. En este contexto, los estados parte podrán considerar la corrupción un factor pertinente en procedimientos jurídicos encaminados a anular o dejar sin efecto un contrato o a revocar una concesión u otro instrumento semejante, o adoptar cualquier otra medida correctiva.

Como puede apreciarse, esta disposición, incorporada a nuestro ordenamiento jurídico interno en virtud de la Ley 970 de 2005, impone a los estados parte el deber de adoptar ("adoptará") medidas para eliminar las consecuencias de los actos de corrupción, si bien deben hacerlo, como es natural, de conformidad con los principios fundamentales de su derecho interno y respetando los derechos adquiridos de buena fe por terceros. Dentro de tales medidas, pueden establecer mecanismos para anular o dejar sin efecto los contratos afectados por la corrupción, revocar concesiones, etc.[23].

Así, aunque la norma citada no establece directamente que los contratos celebrados en virtud de un acto de corrupción sean nulos, o deben ser anulados o rescindidos, pues estos son, apenas, algunos de los instrumentos jurídicos que los estados pueden adoptar, de acuerdo con su legislación interna, sí les impone, en todo caso, el deber de adoptar "medidas para eliminar las consecuencias de los actos de corrupción", lo cual significa que los estados parte no pueden permanecer indiferentes e inmóviles frente a los actos de corrupción, permitiendo que las consecuencias jurídicas y materiales de estos se desplieguen y se materialicen plenamente, como si fueran actos lícitos.

En el caso de los contratos (estatales y privados) celebrados en virtud de actos de corrupción, "las consecuencias" jurídicas de dicha conducta no pueden ser otras que los derechos y las obligaciones surgidas para

[23] En la Unión Europea, la Convención de la OCDE contra la corrupción de funcionarios públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales (1997), el Convenio Civil en materia de corrupción del Consejo de Europa (1999) y la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (2004) establecen la obligación de dejar sin efecto los contratos derivados de actos de corrupción. Por ejemplo, el artículo 8(1) de la Convención Civil sobre la Corrupción (1999) señala: "1. Cada Parte dispondrá en su derecho interno la nulidad de todo contrato o de toda cláusula contractual que tenga por objeto un acto de corrupción".

las partes de dicho contrato y, en últimas, el contrato mismo, como fuente de obligaciones. Por lo tanto, el cumplimiento de la disposición convencional que se comenta impone al Estado colombiano "eliminar" las consecuencias (jurídicas y materiales) de los contratos celebrados por corrupción, lo que pasa necesariamente por desconocer o desvirtuar los efectos de dichos contratos.

No es que esta norma ordene directamente la declaratoria de nulidad de dichos negocios jurídicos, o establezca "la corrupción" como una nueva causal de nulidad para los contratos públicos o privados, ni menos aún señale si dicha nulidad debe ser absoluta o relativa, pero el mandato que impone, en el sentido de "eliminar las consecuencias de los actos de corrupción", no puede ser soslayarse y, por el contrario, debe ser tenido en cuenta para interpretar sistemática y teleológicamente las disposiciones legales internas que regulan la nulidad de los contratos, tanto estatales como privados, así como para complementar, en lo que sea necesario, aquellas reglas.

Es decir, los actos de corrupción en la contratación pública son unánimemente considerados contrarios al orden público internacional; de ahí que, conforme a los convenios y tratados internacionales, las legislaciones internas los tipifiquen como delitos y se prive de protección al infractor, llegando hasta la nulidad del contrato afectado por un acto de corrupción para restarle sus efectos jurídicos civiles[24].

B) *La nulidad del contrato celebrado por corrupción*

Es necesario, entonces, estudiar las normas que regulan la nulidad de los contratos estatales, así como la interpretación que de ellas ha hecho la jurisprudencia, empezando, por las disposiciones especiales que contiene al respecto el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública (art. 13) y, en segundo lugar, las normas contenidas en el Código Civil y en el Código de Comercio sobre la misma materia.

a. *Régimen de la nulidad del contrato estatal, conforme a la Ley 80 de 1993*. La Ley 80 dedica un título o capítulo entero (el IV) a regular la nulidad de los contratos estatales. Dentro de este, para los fines que nos interesan, el artículo 44, numerales 2 y 3, establece, entre otros supuestos, que "los contratos del Estado son absolutamente nulos en los casos previstos en el derecho común y además cuando: [...] 2.° Se

[24] *Vid*. Fernández-Armesto. Ob. cit., p. 12.

celebren contra expresa prohibición constitucional o legal;" y cuando "[...] 3.° Se celebren con abuso o desviación de poder [...]".

De esta manera, como lo ha dicho reiteradamente la jurisprudencia del Consejo de Estado, las causales que pueden generar la nulidad absoluta del contrato estatal son aquellas previstas en el artículo 44 de la Ley 80 de 1993, más las establecidas en el "derecho común", el cual, para la misma jurisprudencia, se entiende conformado por el Código Civil y el Código de Comercio[25].

En cuanto a la legitimidad para pedir y declarar esta clase de nulidad, la posibilidad de sanearla por ratificación y los demás efectos de ella, los artículos 45 a 48 ibídem disponen al respecto. La primera norma estatuye que "[...] la nulidad absoluta podrá ser alegada por las partes, por el agente del ministerio público, *por cualquier persona* (entiéndase interesada)[26] o declarada de oficio, y no es susceptible de saneamiento por ratificación [...]". Agrega que es deber del jefe o representante legal de la entidad respectiva dar por terminado el contrato mediante acto administrativo debidamente motivado y ordenar su liquidación en el estado en que se encuentre, cuando se incurra, entre otras causales, en la prevista en el numeral 2 del artículo 44, esto es, cuando se celebre contra expresa prohibición constitucional o legal.

Por otra parte, el artículo 46 de la Ley 80, aunque no señala directamente las causales de nulidad relativa, sí prescribe que "[l]os demás vicios que se presenten en los contratos y que conforme al derecho común constituyen causales de nulidad relativa, pueden sanearse por ratificación expresa de los interesados o por el transcurso de dos años contados a partir de la ocurrencia del hecho generador del vicio", con lo cual adopta implícita e indirectamente, para los contratos estatales las mismas causales de nulidad relativa o rescisión previstas en los códigos Civil y de Comercio.

[25] En este sentido, pueden consultarse, entre otras, las sentencias del Consejo de Estado, Sección Tercera, del 25 de noviembre de 2004 (radicación 11001-03-26-000-2003-0055-01[25560], CP Germán Rodríguez Villamizar) y el 16 de julio de 2015 (radicación 76001233100020020405 5 01, MP Hernán Andrade [E]).

[26] Como lo explicó la Corte Constitucional en la sentencia C-1048 del 4 de octubre de 2001, este artículo, en la parte resaltada, debe entenderse modificado por el artículo 32, inciso 3.°, de la Ley 446 de 1998, que reformó el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo (Decreto 01 de 1984), en el sentido de que la nulidad absoluta ya no puede ser invocada "por cualquier persona", sino "por cualquier tercero que acredite un interés directo", expresión que se mantiene actualmente, en el artículo 141, inciso final del CPACA.

Finalmente, en cuanto a los efectos de esta sanción, la Ley 80 de 1993 establece:

> Artículo 48. De los efectos de la nulidad. La declaración de nulidad de un contrato de ejecución sucesiva no impedirá el reconocimiento y pago de las prestaciones ejecutadas hasta el momento de la declaratoria.
>
> Habrá lugar al reconocimiento y pago de las prestaciones ejecutadas del contrato nulo por objeto o causa ilícita, cuando se probare que la entidad estatal se ha beneficiado y únicamente hasta el monto del beneficio que ésta hubiere obtenido. Se entenderá que la entidad estatal se ha beneficiado en cuanto las prestaciones cumplidas le hubieren servido para satisfacer un interés público.

La norma precisa los siguientes elementos en su aplicación: (1) La declaración de nulidad decretada de un contrato de ejecución sucesiva no impide el reconocimiento y pago de las prestaciones ejecutadas hasta la declaratoria. (2) El reconocimiento y pago de las prestaciones ejecutadas del contrato nulo por objeto o causa ilícita será únicamente hasta el monto del beneficio que hubiere obtenido la entidad estatal. (3) Debe probarse que la entidad estatal se hubiere beneficiado con la ejecución del contrato nulo absolutamente cuando medien estos dos vicios, lo cual se entenderá (4) cuando las prestaciones cumplidas hubieren servido para satisfacer un interés público.

Es decir, la aplicación literal de esta norma podría dar lugar a reconocer sumas de dinero al contratista que obtuvo el contrato, incluso, por medios ilegales. Sin embargo, existen decisiones del Consejo de Estado en las cuales, con acierto, se ha rechazado el pago de sumas de dinero cuando las partes han actuado conociendo la ilicitud de su actividad, al realizar una interpretación sistemática del inciso segundo del artículo 48 de la Ley 80 de 1993 con lo dispuesto por el artículo 1525 del Código Civil. Así, en sentencia del 25 de noviembre de 2004 el Consejo de Estado señaló que el reconocimiento de la prestación ejecutada permitida en el artículo 48 solo tendrá lugar cuando las partes no hubieren celebrado el contrato con objeto o causa ilícita a sabiendas, de conformidad con lo preceptuado en la norma civil. Discurrió la aludida corporación en estos términos:

> En resumen, para la Sala el inciso segundo del artículo 48 de la ley 80 de 1993 establece efectivamente una regla distinta a la del Código Civil, consistente en que el reconocimiento y pago de las prestaciones ejecutadas en un contrato nulo por objeto o causa

> ilícita, sólo tienen lugar cuando se pruebe que la entidad estatal se ha beneficiado y únicamente hasta el monto del beneficio obtenido. Se trata, pues, de una regla diferente a la prevista en la legislación civil en tanto que condiciona el reconocimiento de las prestaciones ejecutadas al beneficio del Estado y solo hasta el monto del mismo. La especialidad de la norma de la ley 80 no radica, entonces, en impedir las sanciones que se derivan por violación del orden jurídico a sabiendas y así evitar un enriquecimiento sin causa en contra del contratista, pues, como ha indicado la Corte Suprema de Justicia, esta figura exige que con su ejercicio no se pretenda violar el ordenamiento jurídico. En otras palabras, esta disposición se aplicaría únicamente cuando las partes no hubiesen celebrado un contrato con objeto o causa ilícitos a sabiendas.
>
> [...]
>
> Por lo demás, una interpretación sistemática del inciso segundo del artículo 48 de la ley 80 de 1993, como la efectuada por la Sala, se ajusta mucho mejor a la defensa del principio de legalidad y, por lo mismo, es más coherente con la administración de justicia[27].

No obstante, esta postura no parece ser uniforme, habida cuenta de que algunas decisiones de tribunales de arbitramento[28] y del Consejo

[27] Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Bogotá, 25 de noviembre de 2004. Radicación 11001-03-26-000- 2003-0055-01(25560).

[28] Un claro ejemplo de la nulidad de un contrato celebrado como consecuencia de la realización de actos de corrupción es el estudiado en el Tribunal de Arbitramento Grupo Empresarial Vías Bogotá S. A. S. contra el Instituto de Desarrollo Urbano (IDU) y la Empresa de Transporte del Tercer Milenio Transmilenio S. A., laudo arbitral del 9 de diciembre de 2013. El contrato objeto del proceso adolecía de nulidad absoluta en virtud de una sentencia penal a través de la cual se condenó al subdirector técnico legal del IDU a una pena de 90 meses de prisión y multa, como responsable de los delitos de prevaricato por acción y omisión e interés indebido en la celebración de contrato sin requisitos legales. En la sentencia penal se puso en evidencia cómo el funcionario del IDU modificó los pliegos de condiciones con el fin de lograr la adjudicación a la contratista que resultó finalmente adjudicataria. Frente a la solicitud nulidad, el Tribunal manifestó: (i) Que el numeral 8 del artículo 24 de la Ley 80 de 1993 prohíbe eludir los procedimientos y requisitos establecidos en el régimen de contratación estatal. Si ello ocurre, tiene lugar la nulidad absoluta consagrada en el numeral 2 del artículo 44 de la Ley 80 de 1993. La decisión contenida en la referida sentencia constituye plena prueba de que el contrato IDU 137 de 2007 tiene objeto ilícito, por celebrarse contra expresa prohibición legal, según lo dispuesto en el numeral 2 del artículo 44 de la Ley 80 de 1993, lo cual quebranta el orden público de la Nación. (ii) Que "Lo anterior significa que no pueden considerarse válidas o lícitas las conductas de las autoridades administrativas mediante las cuales se desconozca la prohibición expresa que trata la Ley 80 de 1993 en

de Estado[29] se han pronunciado en el sentido de que es legalmente procedente darle aplicación al artículo 48 de la Ley 80 de 1993, lo cual implica el reconocimiento y pago de las prestaciones ejecutadas hasta el momento de la declaratoria, que hayan beneficiado el interés público, criterio que no compartimos por las razones expuestas en la sentencia del 24 de noviembre de 2005 y las que más adelante se expondrán.

Además de estas disposiciones, es necesario tener en cuenta lo previsto en el artículo 32 de la Ley 1508 de 2012[30], tal como fue modificado por el artículo 20 de la Ley 1882 de 2018[31], el cual regula de manera especial los efectos de la nulidad absoluta de los contratos celebrados bajo el esquema de asociación público-privada, que se aleja parcialmente de lo normado por el artículo 48 de la Ley 80 de 1993.

---

su artículo 24-8, puesto que es evidente que la pretermisión de las mismas, como sucede en el caso resuelto por el Juzgado 27 Penal del Circuito con Función de Conocimiento, dentro del proceso 1100160001022011-00283, vicia de nulidad absoluta el correspondiente acto o contrato, conforme lo señala el numeral 2 del artículo 44 de la misma Ley. De acuerdo con lo anterior, el Tribunal concluye que decretada la nulidad del contrato materia de la *litis*, es legalmente procedente darle aplicación al artículo 48 de la Ley 80 de 1993, antes transcrito. [...] Es evidente que las obras en la ciudad de Bogotá para la fase III del sistema de transporte masivo Transmilenio, satisfacen un interés público que no necesita demostración".

[29] "A diferencia del derecho privado, el estatuto de contratación pública dispone que si se declara la nulidad de un contrato de ejecución sucesiva, se reconocerá y pagarán las prestaciones ejecutadas hasta la adopción de la decisión. No obstante, si el contrato es nulo por objeto o causa ilícita, la entidad sólo debe pagar el beneficio recibido. Así lo establece el artículo 48 del mismo compendio normativo". Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 23 de noviembre 2016. Radicación 15001-23-31-000-2001-01101- 02 (38310). "Se extrae de lo advertido que la regla prevista en el 48 de la Ley 80 de 1993 constituye una norma especial que, como viene de explicarse, goza de plena aplicación en los eventos de declaratoria de nulidad de los contratos estatales y que, a diferencia de lo contemplado en las normas civiles, no consagra una hipótesis de restitución mutua, sino de reconocimiento de prestación ejecutada para los eventos en que se declare la nulidad de un contrato por objeto ilícito, tal y como sucede en este caso. Se suma que la procedencia de su reconocimiento, debe estar condicionada a que la labor realizada por el contratista haya derivado un provecho para el municipio, lo cual en este contexto se traduce en un recaudo tributario efectivo por razón de la gestión directa de la demandante". Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 17 de agosto de 2017. Radicación 76001-23-31-000-2005-04408-01(52490).

[30] "Por la cual se establece el régimen jurídico de las Asociaciones Público Privadas, se dictan normas orgánicas de presupuesto y se dictan otras disposiciones."

[31] "Por la cual se adicionan, modifican y dictan disposiciones orientadas a fortalecer la Contratación Pública en Colombia, la ley de infraestructura y se dictan otras disposiciones."

En lo esencial, esta norma establece que cuando se declare judicialmente la nulidad absoluta de un contrato de esta clase (sin distinguir la causal que da lugar a ella), o una autoridad administrativa (incluyendo la misma entidad contratante) ordene su terminación, por estar incurso en una causal de nulidad absoluta, debe efectuarse la liquidación del contrato, que incluya el "valor actualizado" de los costos, inversiones y gastos efectuados por el contratista, junto con los intereses, menos el valor actualizado de los pagos recibidos por el contratista en desarrollo del contrato, determinando la remuneración a que tuviera derecho. Como se observa, al no distinguir este precepto, podría incluirse en tal liquidación, sin que se justifique ni debiera, actividades por cuenta y riesgo del inversionista de los contratos asociación público-privada y permitirse un doble cobro de algunos conceptos, como son la actualización y los intereses.

Los gastos, costos e inversiones que se reconozcan al contratista deben ser validados por la interventoría o por un tercero experto, y cumplir con las siguientes condiciones: (1) que hayan sido ejecutados, "total o parcialmente, para contribuir a satisfacer el interés público"; (2) que estén asociados al objeto del contrato; (3) que correspondan, como máximo, a los precios o condiciones del mercado al momento de su causación y (4) que no incluyan penalidades impuestas al contratista por terceros, debido a la terminación anticipada de los contratos no laborales (subcontratos o contratos derivados), excepto las estipuladas en los contratos celebrados para el financiamiento del proyecto.

Vale la pena señalar que normas de esta naturaleza, que pueden permitir el reconocimiento de sumas dentro del marco de un contrato adjudicado fruto de actos de corrupción, no solo son criticables sino también inconstitucionales.

Le asistía entonces mucha razón a la Contraloría General cuando demandó ante la Corte Constitucional por inconstitucionalidad dicha norma (expediente D-12877), pues si la nulidad absoluta tiene su origen en una conducta punible que dé lugar a un objeto y causa ilícita, no es posible reconocer derechos patrimoniales, teniendo en cuenta que el artículo 58 de la Carta solo protege los derechos adquiridos con justo título y no aquellos fruto de la vulneración del ordenamiento jurídico y el interés público. Dentro de este marco, el texto del parágrafo primero del artículo 20 de la Ley 1882 de 2018, como no excluye causal alguna de nulidad absoluta de los contratos a los que se refiere la norma y permite reconocimientos de derechos patrimoniales en situaciones ilícitas que vician su objeto y causa (art. 1741 C. C.), vulnera también el

artículo 34 superior, que ordena la extinción de dominio sobre bienes adquiridos mediante enriquecimiento ilícito, en perjuicio del Tesoro público, o con grave deterioro de la moral social.

De mantenerse la disposición legal se afectaría el patrimonio público y la moral administrativa, pues podría dar lugar a reconocimientos de derechos patrimoniales como consecuencia de delitos dolosos en la celebración y ejecución de los contratos estatales, en vez de sancionar dichas conductas ilícitas privando de cualquier efecto tales contratos no ajustados a derecho y en contraposición del interés general. Además, suscita varios interrogantes, entre otros: (1) ¿Puede aplicarse en forma retroactiva o retrospectivamente a los contratos celebrados antes de su vigencia?, ¿existen acaso motivos de salubridad, moralidad, buenas costumbres que lo autoricen?; (2) ¿Hasta qué punto es posible modificar el régimen de los contratos celebrados con anterioridad en esas condiciones (obligaciones y cargas) diferentes de las establecidas para las partes en la legislación vigente al momento de su celebración y sin atender la naturaleza y los riesgos asumidos en ese tipo de contratos? (Todo lo anterior con reglas distintas de las establecidas y decantadas por los artículos 38 y 40 de la Ley 153 de 1887); (3) ¿Armoniza o no esta disposición con lo previsto en el artículo 48 de la Ley 80 de 1993 y el artículo 1525 del Código Civil y la jurisprudencia del Consejo de Estado sobre la materia?

Por consiguiente, debe insistirse en que el delito no produce utilidades; el delincuente debe ser sancionado no solo penalmente sino desde el punto de vista patrimonial. Los derechos no pueden ser adquiridos ilícitamente y menos aún pueden ser protegidos en esas circunstancias; por el contrario, los beneficios económicos o las prestaciones patrimoniales reconocidas con ocasión de un contrato fruto de un cohecho, una concusión, un soborno, etc. deben ser extinguidos. En este sentido, existe amplia jurisprudencia de la Corte Constitucional.

Ahora bien: para los efectos del análisis inicialmente propuesto, es importante referirse, en primer lugar, a algunas de las causales de nulidad absoluta previstas directamente en el artículo 44 de la Ley 80 de 1993, que aun cuando no se refieren expresamente a la comisión de actos de corrupción, sí pueden tener una relación con este tipo de conductas y, por ende, podrían ser invocadas para declarar la nulidad absoluta de los contratos estatales celebrados en virtud de un acto de corrupción. Nos referimos a las previstas en los numerales 2 y 3 de dicha norma.

- Nulidad absoluta del contrato por haberse celebrado contra expresa prohibición constitucional y legal (numeral 2 del artículo 44 de la Ley 80 de 1993)

Sobre la procedencia de esta causal, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha sido cautelosa, pues ha considerado que, como sucede con las demás causales de nulidad, es necesario hacer una interpretación estricta o restringida, teniendo en cuenta que la consecuencia de esta sanción es la de dejar sin efectos el contrato estatal y, por lo tanto, impedir que este continúe y cumpla el fin de interés público para el cual se celebró. En este caso, en particular, el Consejo de Estado ha señalado que la utilización de esta causal exige el cumplimiento de dos requisitos simultáneos: (1) que la prohibición contra la cual se celebra el contrato sea expresa, lo cual significa que no puede ser implícita o tácita, y (2) que dicha prohibición debe estar contenida en la Constitución Política o en la ley, y no en otra clase de normas (por ejemplo, en un decreto reglamentario, en una circular o en otro acto administrativo).

En todo caso, el Consejo de Estado ha declarado la nulidad absoluta de contratos estatales por esta causa en numerosas ocasiones, en varias de las cuales pareciera estar de por medio un acto de corrupción, como puede verse en las sentencias del 22 de marzo de 2007 (radicación 25000-23-26-000-2000-00107-01[28010], CP Alier Hernández), del 31 de enero de 2011 (radicación 1995-00867, MP Olga Valle de De la Hoz), del 29 de marzo de 2012 (radicación 1999-0083801, MP Danilo Rojas B.), del 28 de mayo de 2012 (radicado 07001-23-31-000-1999-00546-01 [21.489], MP Ruth Stella Correa), del 27 de septiembre de 2013 (expediente 24339, MP Danilo Rojas B.) y del 15 de diciembre de 2017 (radicación 76001-23-33-000-2013-00169-01 [50.045], MP Jaime Orlando Santofimio), entre otras.

En tales casos, el Consejo de Estado consideró que el desconocimiento de algunas prohibiciones que se derivan de la aplicación de los principios a los que están sometidos los contratos estatales, especialmente los de transparencia, planeación y selección objetiva, tales como la prohibición de fraccionar los contratos o de eludir el procedimiento de licitación, generaba la nulidad absoluta del contrato estatal por esta causa, además de otras que podían presentarse en cada caso concreto (como la referida a la desviación de poder).

Algún sector de la doctrina observa que la primera exigencia mencionada para que opere esta causal, es decir, que la prohibición establecida en la Constitución o en la ley debe ser expresa, genera una

dificultad para aplicar este motivo de nulidad absoluta a los contratos estatales celebrados por corrupción, pues, aunque es evidente que el ordenamiento jurídico prohíbe cometer actos de corrupción, dicha prohibición no está prevista, en su criterio, de forma expresa en una o varias normas determinadas, sino de manera indirecta y difusa, en un conjunto de disposiciones que estatuyen, por ejemplo, sanciones para este tipo de conductas.

Sin embargo, nosotros disentimos de este criterio, por varias razones:

(1) En primer lugar, porque existen varias normas legales que prohíben expresa y directamente cometer actos de corrupción, entendiendo por tales las diferentes conductas a las que nos referimos en el capítulo inicial de este documento.

A este respecto, pueden citarse, entre otros, los numerales 3, 17, 22, 25 y 33 del artículo 35[32] del Código Disciplinario Único, que establecen expresamente varias prohibiciones para los servidores públicos, así como el artículo 1.° de la Ley 155 de 1959 (modificado por el artículo 1.° del Decreto 3307 de 1963), que proscribe expresamente los "acuerdos o convenios que directa o indirectamente tengan por objeto limitar la producción abastecimiento, distribución o consumo de materias primas, productos, mercancías o servicios nacionales o extranjeros, y en general toda clase de prácticas, procedimientos o sistemas tendientes a limitar, la libre competencia, con el propósito de determinar o mantener precios inequitativos en perjuicio de los consumidores y de los productores de materias primas".

[32] "Artículo 35. Prohibiciones. A todo servidor público le está prohibido: [...] 3. Solicitar, directa o indirectamente, dádivas, agasajos, regalos, favores o cualquier otra clase de beneficios [...] 17. Ejercer cualquier clase de coacción sobre servidores públicos o sobre particulares que ejerzan funciones públicas, a fin de conseguir provecho personal o para terceros, o para que proceda en determinado sentido. [...] 22. (Modificado por el artículo 3.° de la Ley 1474 de 2011) Prestar, a título personal o por interpuesta persona, servicios de asistencia, representación o asesoría en asuntos relacionados con las funciones propias del cargo, o permitir que ello ocurra, hasta por el término de dos (2) años después de la dejación del cargo, con respecto del organismo, entidad o corporación en la cual prestó sus servicios, y para la prestación de servicios de asistencia, representación o asesoría a quienes estuvieron sujetos a la inspección, vigilancia, control o regulación de la entidad, corporación u organismos al que se haya estado vinculado. [...] 25. Gestionar directa o indirectamente, a título personal, o en representación de terceros, en asuntos que estuvieron a su cargo. [...] 33. Adquirir, por sí o por interpuesta persona, bienes que se vendan por su gestión o influir para que otros los adquieran, salvo las excepciones legales. [...]".

Vale la pena mencionar que esta última norma, en conjunto con el artículo 47, numeral 9, del Decreto 2153 de 1992, prohíbe no solo la colusión de los oferentes y potenciales oferentes en los procesos de contratación realizados por las entidades públicas, sino también los acuerdos ilícitos entre uno o varios de esos oferentes, que en este caso obran como proveedores, y la entidad estatal licitante (que actúa como consumidor), a espaldas de los demás interesados y proponentes, pues ambos tipos de acuerdos constituyen actos y conductas que tienen por objeto y producen como efecto suprimir la libre competencia económica en los procesos de contratación estatal y, generalmente, determinar para la entidad pública "precios inequitativos".

De acuerdo con el artículo 333 de la Constitución Política, la libre competencia es un derecho de todas las personas, que el Estado debe proteger; de ahí que otra de las graves consecuencias de la corrupción en la contratación estatal es la afectación de la libre competencia, que deriva a su vez en la violación de los principios de igualdad, libre concurrencia y transparencia, así como el deber de selección objetiva, previstos en la Constitución y la ley y rectores de la contratación pública.

Aunque las nulidades deben ser declaradas por los jueces, el inciso 2.° del artículo 45 de la Ley 80 de 1993 faculta y ordena al representante legal o jefe de la entidad contratante, cuando existan ciertas causales de nulidad absoluta del contrato, dentro de las que está la celebración del contrato estatal contra expresa prohibición constitucional o legal, a darlo por terminado unilateralmente mediante acto administrativo motivado. Dicho acto tiene efectos hacía el futuro –a diferencia de lo que sucede con la declaración judicial de las nulidades que se proyecta hacía el pasado–, dado que no tiene la virtualidad de deshacer todo lo que hasta ese momento se hubiere ejecutado con base en dicho contrato.

Puede disponerse en la liquidación el reconocimiento de las prestaciones ejecutadas hasta el momento de la terminación, a condición de que se pruebe el beneficio de la entidad, lo cual se cumple en cuanto las prestaciones hubiesen servido para satisfacer un interés público y hasta el monto de lo probado, siguiendo los lineamientos del artículo 48 de la Ley 80 de 1993 y mientras no se hubiere actuado a sabiendas de la causal, tal y como se indicó.

Es importante aclarar que se trata de una potestad de autotutela declarativa, con el fin de velar por la legalidad de los contratos; pero, en este evento, la Administración no declara la nulidad, sino simplemente la

extinción del vínculo contractual, por cuanto será el juez, en el proceso contencioso iniciado en demanda promovida por el contratista contra el acto administrativo correspondiente o instaurada por la propia entidad contratante en procura de la invalidez del contrato, quien declarará su nulidad con las consecuencias a que haya lugar.

Debe recordarse que justamente por la violación del par de normas con fuerza de ley citadas (artículo 1.° de la Ley 155 de 1959, modificado por el artículo 1.° del Decreto 3307 de 1963 y artículo 47, numeral 9, del Decreto 2153 de 1992) el superintendente de Industria y Comercio, en la Resolución 5216 del 16 de febrero de 2017, ordenó a la Agencia Nacional de Infraestructura (ANI), como medida cautelar (con independencia de los cuestionamientos que se le hacen sobre la procedencia o no de tal medida), dar por terminado unilateralmente y liquidar el contrato de concesión 001 del 14 de enero de 2010, que habían celebrado el Instituto Nacional de Concesiones y la Concesionaria Ruta del Sol S. A. S. para la realización de la obra conocida como "Ruta del Sol Sector II". En dicho caso, la Superintendencia consideró que la infracción o el desconocimiento de la prohibición contenida en estas dos normas hacía que el contrato quedara viciado de nulidad absoluta, conforme a lo dispuesto por el artículo 44, numeral 2, de la Ley 80 de 1993, razón por la cual el director o jefe de la entidad pública contratante (actualmente, la ANI) debía proceder unilateralmente a su terminación, como lo ordena, para ese caso, el artículo 45 del mismo estatuto, sin perjuicio de las demás consecuencias penales y patrimoniales que esta situación pueda generar.

Finalmente, existen varias prohibiciones específicas en el mismo Estatuto General de Contratación Pública que pueden resultar aplicables en algunos casos de corrupción, como la de utilizar mecanismos para eludir los procedimientos de selección (artículo 24, numeral 8, de la Ley 80 de 1993).

(2) En segundo lugar, porque las normas constitucionales y legales pueden prohibir conductas de varias formas: (a) manifestando directamente que un determinado comportamiento está prohibido, pero sin señalar ninguna sanción; (b) estableciendo solo una pena o un castigo para determinada conducta, como sucede con las disposiciones del Código Penal; o (c) señalando directamente que una conducta está proscrita e indicando a continuación la sanción que se aplica por su infracción. A nuestro juicio, en cualquiera de los tres casos las disposiciones pertinentes prohíben expresamente determinadas conductas.

En el caso de los delitos que, según lo explicado, constituyen actos de corrupción, el Código Penal se limita a señalar las penas que corresponden por la comisión de cada uno de ellos, lo cual equivale a prohibir expresamente, aunque de forma indirecta, el respectivo comportamiento.

Así como nadie se atrevería a dudar de que la legislación colombiana prohíbe expresamente asesinar, robar o falsificar un documento público, aunque el Código Penal no lo señale en esos términos, sino que los castiga, tampoco podría dudarse de que nuestra ley prohíbe expresamente sobornar a un servidor público, o ejercer influencias indebidas sobre los funcionarios para obtener la adjudicación de un contrato, solo porque el citado código no lo establezca en esos términos, sino que tipifique tales comportamientos como delito y señale las penas que corresponden a cada uno.

También es posible colegir dicha prohibición de los tratados y convenciones internacionales vigentes, suscritos y aprobados por Colombia, para prevenir y luchar contra la corrupción (la Convención Interamericana contra la Corrupción, la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción y la Convención para Combatir el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales, de la OECD), instrumentos que imponen al estado parte "sancionar" ese tipo de conductas.

En esa medida, en el caso de un contrato estatal celebrado mediante un acto de corrupción, bastaría con verificar cuidadosamente los hechos que se encuentren probados, y tener en cuenta las normas legales que se han citado y otras, para concluir que el contrato ha sido celebrado "contra expresa prohibición constitucional y legal", situación ante la cual el jefe o director de la entidad pública contratante debe proceder a su terminación unilateral, en el estado en que se encuentre, conforme a lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 45 de la Ley 80 de 1993, sin perjuicio de que proceda a demandar la nulidad absoluta del contrato ante la jurisdicción contenciosa o que el juez la declare de oficio en caso de controversia judicial (art. 141 de la Ley 1437 de 2011).

(3) Finalmente, debe tenerse en cuenta que esta causal de nulidad absoluta se encuentra directamente relacionada o está emparentada con la prevista en el numeral 1 del artículo 899 del Código de Comercio, norma que, según la jurisprudencia del Consejo de Estado, es aplicable también a los contratos estatales por la remisión que hace el artículo 44 de la Ley 80 de 1993.

Esta última causal, según la cual está viciado de nulidad absoluta el negocio jurídico "[c]uando contraría una norma imperativa, salvo que

la ley disponga otra cosa", tiene la ventaja práctica, frente a la causal equivalente de la Ley 80 (artículo 44, numeral 2), de que no se refiere necesariamente a la infracción de una "prohibición", es decir, de un mandato negativo, sino tan solo a la violación o desconocimiento de una "norma imperativa", lo cual incluye, además de las prohibiciones, las disposiciones constitucionales, legales y con fuerza de ley que imponen conductas o comportamientos positivos, por razones de orden público. Bien señala el artículo 16 del Código Civil que los particulares por convenio no pueden derogar las normas y leyes por cuya observancia están interesados el orden público y las buenas costumbres.

- *Nulidad absoluta del contrato por haberse celebrado con abuso o desviación de poder*

En relación con esta causal, es relevante observar, en primer lugar, que si bien la desviación de poder está prevista igualmente como causal de nulidad de los actos administrativos (artículo 137 de la Ley 1437 de 2011), no se refiere, en este caso, al acto de adjudicación del contrato, sino al contrato mismo.

Lo anterior significa que cuando la desviación o el abuso de poder estuvieran presentes al momento de expedirse el acto administrativo de adjudicación, y dichas patologías de la función administrativa extiendan sus efectos hasta la suscripción del contrato, es decir, alcancen a determinar la celebración de dicho negocio, en tal caso las partes, el Ministerio Público, o cualquier tercero interesado puede pedir a la jurisdicción que declare la nulidad absoluta del contrato, o esta debe ser declarada de oficio por el juez o tribunal de arbitramento, en el evento en que aparezca claramente establecido y demostrado en el proceso que el contrato se celebró "con abuso o desviación de poder".

La desviación de poder consiste en el ejercicio por parte de una autoridad de una facultad que le es atribuida con un fin distinto del que la ley quería al otorgarla, y su existencia puede comprometer, incluso, la moralidad de la actuación. Existe abuso de poder cuando el servidor público actúa por fuera de sus competencias, o de manera extralimitada, es decir, utilizando atribuciones o facultades que la ley no le confiere o que no se pueden entender incluidas dentro de las competencias que le hayan sido asignadas expresamente por la ley, o cuando se utiliza la facultad con un interés personal del funcionario o para beneficiar a un tercero.

La jurisprudencia del Consejo de Estado tiene dicho que existe "desviación de poder" cuando el servidor público expide el acto, o

celebra el contrato para conseguir un fin o propósito distinto del que debería buscarse con el acto o contrato, ya sea que dicho objetivo, en sí mismo, sea ilícito o no[33].

En relación con los actos de corrupción, consideramos que cuando el contrato estatal se adjudica a un determinado proponente y se celebra con este, con el ánimo fundamental de otorgar un beneficio económico (generalmente excesivo o inequitativo) para dicho proponente o para un tercero, por encima de la utilidad pública que debería conseguirse con la ejecución del contrato, es decir, el cumplimiento de una función o un servicio público para satisfacer una necesidad colectiva (mediante la entrega o la confección de unos bienes, o la prestación de un servicio, entre otros), nos encontramos en una situación de desviación de poder, que debería acarrear la declaratoria de nulidad absoluta del contrato.

Es decir, aunque los contratistas del Estado tienen la expectativa legítima y el derecho a percibir una remuneración, y obtener con ella una utilidad, por los bienes o los servicios que suministren, la obtención de dicho beneficio no puede ser el motivo principal por el cual las entidades públicas adjudiquen y celebren los contratos, sino que debe serlo la necesidad de satisfacer una necesidad pública o colectiva, relacionada con los fines del Estado y con el objeto de dicha entidad.

En consecuencia, cuando este no es el propósito principal y prevalente para la adjudicación y celebración de un contrato estatal por parte de una entidad pública, sino el otorgamiento de un beneficio económico para el contratista o para terceros (incluyendo, entre otros, a sus socios o empleados y a servidores públicos), puede decirse que el contrato está viciado de nulidad absoluta por "desviación de poder".

Como se comprende, esta causal puede presentarse también en buena parte de los contratos celebrados por corrupción, quedando por fuera solo algunas situaciones, como aquellas que se presentan cuando la adjudicación a un oferente es producto de la colusión entre todos o algunos de los proponentes o, incluso, entre los proveedores que hubieran podido presentar ofertas en el proceso de selección, siempre que la entidad pública no haya tenido conocimiento de dicha colusión al momento de adjudicar o de suscribir el contrato. Efectivamente, en esos casos no podría decirse que la entidad contratante o sus servidores

[33] En este sentido, pueden verse, entre otras, las sentencias del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, del 28 de mayo de 2012 (radicación 07001-23-31-000- 1999-00546-01 [21.489], MP Ruth Stella Correa) y del 22 de marzo de 2007 (radicación 25000- 23-26-000-2000-00107-01[28010], CP Alier Hernández).

hayan actuado "con abuso o desviación de poder" en la celebración del contrato, sino que fueron engañados dolosamente por los proveedores u oferentes coludidos.

El Consejo de Estado, en múltiples ocasiones, ha declarado la nulidad absoluta de contratos estatales por esta causa, como puede observarse en las sentencias del 22 de marzo de 2007, del 29 de marzo de 2012, del 28 de mayo de 2012 y del 15 de diciembre de 2017, ya referidas. Así mismo, la Sala de Consulta y Servicio Civil, en el concepto 1727 de 2006[34], consideró que los contratos que las entidades públicas celebran con la finalidad principal de apoyar o favorecer a un determinado candidato o partido político, están viciados de nulidad absoluta "por desviación de poder".

- Consecuencias que tendría la declaratoria de nulidad absoluta del contrato estatal por cualquiera de las dos causales anteriores

Como ya se indicó, el artículo 48 de la Ley 80 de 1993 prescribe que la declaratoria de nulidad de un contrato estatal de ejecución sucesiva no impedirá el reconocimiento y pago de las obligaciones ejecutadas hasta el momento de la declaratoria, pero, en el caso de la nulidad por objeto o causa ilícita, dichos reconocimiento y pago se deben limitar al beneficio que la entidad estatal haya obtenido.

De aquí podría entenderse, a primera vista, que el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública establece un régimen diferente, y hasta opuesto, al previsto en el Código Civil para los efectos de la nulidad, especialmente para la nulidad absoluta por objeto o causa ilícita, en la medida en que, como se explicará más adelante, en el citado código la nulidad produce siempre efectos retroactivos, extinguiendo las obligaciones que estuvieran vigentes y otorgando a las partes el derecho a ser restituidos patrimonialmente al mismo estado en que se encontraban antes de la celebración del contrato anulado, salvo lo dispuesto para la nulidad absoluta por objeto o causa ilícita "a sabiendas".

No obstante, es necesario hacer dos aclaraciones en relación con esta afirmación:

(1) Que la norma citada regula los efectos de la nulidad de los contratos estatales de ejecución sucesiva, pero no la de los contratos de ejecución instantánea, como la compraventa. Por esta razón, los efectos de

[34] Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto 1727 del 20 de febrero de 2006.

la nulidad de esta clase de contratos celebrados por las entidades estatales se regirían, casi en su totalidad, por las disposiciones del Código Civil, pues en todo lo no previsto de manera especial por el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, son aplicables a los contratos estatales las normas generales del Código Civil en esta materia, tal como lo ha señalado el Consejo de Estado en varias ocasiones[35].

(2) Que tal como lo ha dicho la jurisprudencia del Consejo de Estado y ya se mencionó en varios fallos[36], el artículo 48 de la Ley 80 de 1993 no regula la situación especial del contrato estatal viciado por objeto o causa ilícita "a sabiendas", es decir, cuando las dos partes o una de ellas son plenamente conscientes de la ilicitud del objeto o de la causa del contrato que celebran. Dado lo anterior, dicha jurisprudencia considera que no existe, en este punto, una verdadera oposición o incompatibilidad entre el citado artículo 48 de la Ley 80 y el artículo 1525 del Código Civil, que prohíbe a las partes repetir lo que han dado o pagado por un objeto o causa ilícita a sabiendas.

En consecuencia, el Consejo de Estado ha considerado que cuando las partes en el contrato estatal actúan "a sabiendas" de la ilicitud, como ocurre necesariamente en los actos de corrupción, no es posible que estos obtengan la restitución o devolución de lo que hayan dado o pagado, así como tampoco es posible pagar al contratista lo que se le adeude por concepto de las obligaciones que haya ejecutado hasta el momento en que se declare la nulidad.

b. *Régimen de la nulidad en el Código Civil*. Dado que, conforme a lo dispuesto en los artículos 13, 32 y 44 de la Ley 80 de 1993, las normas del derecho privado se aplican a los contratos estatales en todo lo que no esté regulado, de manera especial, en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, incluyendo lo referente a las causales de nulidad de los contratos y a los efectos producidos por su declaratoria, es necesario analizar, en forma resumida, el régimen que el Código Civil establece para la nulidad de los actos jurídicos, incluyendo los contratos, con el fin de determinar hasta qué punto esas reglas pueden aplicarse, en forma complementaria, a los contratos regidos por la Ley 80, y en qué medida dichas reglas pueden resultar incompatibles.

[35] Por ejemplo, en la sentencia de la Sección Tercera del 16 de julio de 2015, CP Hernán Andrade Rincón, expediente 76001233100020020405501 (41768).

[36] Entre ellos, las sentencias de la Sección Tercera, del 25 de noviembre de 2004 (CP Germán Rodríguez Villamizar) y del 29 de noviembre de 2016, radicación interna 21022 (CP Stella Conto Díaz del Castillo).

En primer lugar, vale la pena recordar que el Código Civil regula la nulidad de los contratos dentro de los modos de extinción de las obligaciones (título XIV del libro IV). Así lo establece expresamente el artículo 1625 del Código, que dispone que "las obligaciones se extinguen [...] en todo o en parte" entre otros supuestos: "[...] 8.° Por la declaración de nulidad o por la rescisión [...]".

Esta observación inicial resulta importante porque la declaratoria judicial de nulidad de un contrato genera, como primera consecuencia, la extinción inmediata de las obligaciones que el contrato, como fuente, haya creado, independientemente de que dichas obligaciones sean exigibles o no, al momento de anularse el contrato, e incluso, de que el deudor se encuentre en mora de cumplirlas. Lo anterior obedece a que, según la jurisprudencia tradicional de la Corte Suprema de Justicia, la nulidad de un contrato o de un acto jurídico, en general, produce efectos retroactivos (*ex tunc*), haciendo desaparecer el acto desde su misma celebración, es decir, como si nunca se hubiera celebrado.

Por lo tanto, al desaparecer el contrato desde su origen, se producen dos tipos de efectos (ambos retroactivos) en relación con las obligaciones que nacieron de él: (1) las obligaciones vigentes pero que no han sido cumplidas (pagadas) ni se han extinguido por cualquiera de los otros modos que establece la ley, se extinguen necesariamente, por lo cual no pueden ser cumplidas o ejecutadas por el deudor, y tampoco pueden ser exigidas por el acreedor, aunque la obligación fuera exigible y el deudor se encontrara en mora de cumplir; y (2) con respecto a las obligaciones que ya habían sido ejecutadas antes de la declaratoria de nulidad, las partes tienen el derecho de obtener la restitución o devolución de lo que hubieren dado o pagado (restituciones recíprocas o mutuas), siempre que ello sea materialmente posible y que no corresponda a ninguna de las excepciones que establece el mismo Código Civil, a una de las cuales nos referiremos más adelante.

Ahora bien: según el artículo 1741 del Código Civil, la nulidad producida por un objeto o causa ilícita, la generada por "la omisión de algún requisito o formalidad que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos o contratos en consideración a la naturaleza de ellos, y no a la calidad o estado de las personas que los ejecutan o acuerdan", y la resultante de un acto celebrado con una persona considerada absolutamente incapaz son nulidades absolutas, mientras que la producida por "cualquiera otra especie de vicio" es una nulidad relativa, "y da derecho a la rescisión del acto o contrato".

A lo anterior hay que añadir que el artículo 899 del Código de Comercio, en su numeral 1, como ya se indicó, establece una causal de nulidad absoluta adicional a las previstas en el Código Civil, al disponer que el negocio jurídico será absolutamente nulo "cuando contraría una norma imperativa, salvo que la ley disponga otra cosa".

Sobre las diferencias entre la nulidad absoluta y la nulidad relativa, en cuanto a su régimen, los artículos 1742, en su versión actual, y 1743 del Código Civil preceptúan:

> Artículo 1742. La nulidad absoluta puede y debe ser declarada por el juez, aún sin petición de parte, cuando aparezca de manifiesto en el acto o contrato; puede alegarse por todo el que tenga interés en ello; puede así mismo pedirse su declaración por el Ministerio Público en el interés de la moral o de la ley. Cuando no es generada por objeto o causa ilícitos, puede sanearse por la ratificación de las partes y en todo caso por prescripción extraordinaria.
>
> Artículo 1743. La nulidad relativa no puede ser declarada por el juez o prefecto sino a pedimento de parte; ni puede pedirse su declaración por el Ministerio Público en el solo interés de la ley; ni puede alegarse sino por aquéllos en cuyo beneficio la han establecido las leyes, o por sus herederos o cesionarios; y puede sanearse por el lapso de tiempo o por ratificación de las partes. [...].

En cuanto a los efectos jurídicos en el tiempo de la declaratoria de nulidad de un contrato, ya se indicó que estos son retroactivos, tanto para la nulidad absoluta como para la relativa, e independientemente de la causal por la cual dicha nulidad se declare, además da derecho a las restituciones mutuas. Por esta razón, el artículo 1746 ibídem dispone:

> Artículo 1746. La nulidad pronunciada en sentencia que tiene la fuerza de cosa juzgada, da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo; sin perjuicio de lo prevenido sobre el objeto o causa ilícita.
>
> En las restituciones mutuas que hayan de hacerse los contratantes en virtud de este pronunciamiento, será cada cual responsable de la pérdida de las especies o de su deterioro, de los intereses y frutos, y del abono de las mejoras [...].

Esta regla de las "restituciones recíprocas" tiene, sin embargo, excepciones, previstas en el mismo Código Civil. En efecto, el tantas veces citado artículo 1525 del mismo código es una de las excepciones

a esa regla[37], cuando establece que "[...] No podrá repetirse lo que se haya dado o pagado por un objeto o causa ilícita a sabiendas".

Dispone este precepto, entonces, que la parte que haya cumplido alguna obligación derivada de un contrato declarado nulo, por haberse celebrado con objeto o causa ilícita, no tiene derecho a que se le restituya o devuelva lo que haya dado o pagado en cumplimiento de dicha obligación, cuando ha actuado "a sabiendas", es decir, con pleno conocimiento y conciencia sobre la ilicitud del objeto o de la causa.

Por lo tanto, la anulación de un contrato por objeto o causa ilícita no necesariamente impide a las dos partes obtener la restitución de lo que se hayan dado o pagado recíprocamente en virtud de ese contrato, pues una de las partes pudo haber actuado "a sabiendas", mientras que la otra no; es decir, que uno de los contratantes ha podido tener conocimiento de la ilicitud del objeto o de la causa que afectaba el contrato, mientras que el otro no. En este caso, la parte "inocente" tendría derecho a exigir la restitución, mientras que la parte contraria no.

Esta norma, como lo comenta la jurisprudencia y la doctrina, tiene un fundamento y un propósito esencialmente moral, en cuanto se basa en el principio de que nadie puede beneficiarse de su propia culpa o dolo (*nemo auditur propriam turpitudinem allegans*).

[37] La segunda excepción es la establecida en el artículo 1747 del Código Civil, a favor de los incapaces, así: "Artículo 1747. Si se declara nulo el contrato celebrado con una persona incapaz sin los requisitos que la ley exige, el que contrató con ella no puede pedir restitución o reembolso de lo que gasto o pago en virtud del contrato, sino en cuanto probare haberse hecho más rica con ello la persona incapaz. // Se entenderá haberse hecho esta más rica, en cuanto las cosas pagadas o las adquiridas por medio de ellas le hubieren sido necesarias; o en cuanto las cosas pagadas o las adquiridas por medio de ellas, que no le hubieren sido necesarias, subsistan y se quisiere retenerlas". Esta segunda excepción tiene un claro propósito de proteger el patrimonio de la persona incapaz, en tanto la aplicación, en este caso, de la regla general de las restituciones mutuas podría perjudicar el patrimonio de dicho incapaz, por lo cual esta disposición solo permite a la otra parte repetir lo que hubiese dado o pagado en virtud del contrato anulado, en cuanto pruebe haberse hecho más rica con ello la persona incapaz. Es interesante observar que esta norma del Código Civil plantea una solución similar a la que establece el segundo inciso del artículo 48 de la Ley 80 de 1993, para el caso de la declaratoria de nulidad absoluta de un contrato estatal por objeto o causa ilícita, en el sentido de que, en tal evento, la entidad contratante solo debe pagar al contratista el valor de las obligaciones cumplidas por este "cuando se probare que la entidad estatal se ha beneficiado" y hasta el monto de dicho beneficio, con lo cual se busca claramente proteger el patrimonio de las entidades públicas, es decir, del Estado, y la realización de los fines de interés general que tales entidades deben perseguir.

Ahora bien: de las causales de nulidad que regula el Código Civil solo es necesario referirse a tres, que pueden tener relación con la comisión de actos de corrupción: el objeto ilícito, la causa ilícita y el dolo. Las dos primeras, como ya se indicó, generan la nulidad absoluta del contrato, mientras que la tercera produce su nulidad relativa.

- *Nulidad por objeto ilícito*

El artículo 6.° del Código Civil dispone que "en materia civil son nulos los actos ejecutados contra expresa prohibición de la ley, si en ella misma no se dispone otra cosa".

Así mismo, el artículo 16 ibídem estatuye que "no podrán derogarse por convenios particulares las leyes en cuya observancia están interesados el orden y las buenas costumbres"; y el artículo 1519 de la misma codificación dispone:

> Hay un objeto ilícito en todo lo que contraviene al derecho público de la nación. Así, la promesa de someterse en la república a una jurisdicción no reconocida por las leyes de ella, es nula por el vicio del objeto.

El artículo 1521 *ejusdem* señala, a título ilustrativo, que hay objeto ilícito en la enajenación de las cosas que no están en el comercio, de los derechos o privilegios que no pueden transferirse a otra persona y de las cosas embargadas judicialmente, a menos que el juez lo autorice o el acreedor consienta en ello.

Finalmente, el artículo 1523 del mismo código preceptúa que "hay así mismo objeto ilícito en todo contrato prohibido por las leyes".

Con base en estas normas, parte de la doctrina y de la jurisprudencia consideran que en los contratos estatales celebrados en virtud de un acto de corrupción existe un "objeto ilícito", que acarrea la nulidad absoluta del contrato y la aplicación de la regla prevista en el artículo 1525 ibídem, cuando una de las partes o ambas han actuado con conocimiento o conciencia sobre la ilicitud.

En efecto, para estos comentaristas y operadores judiciales, el acto de corrupción anterior o concomitante a la suscripción del contrato denota que la celebración de este obtuvo mediante la violación de varias normas imperativas o de orden público, que las partes no pueden desconocer ni modificar, como aquellas que regulan los procedimientos de selección en los contratos estatales, las relativas a la libre competencia y las que prohíben y sancionan sobornar a funcionarios públicos, influir indebidamente en los asuntos a su cargo, y otros actos corruptos.

En este sentido, la Sala de Consulta y Servicio Civil, en los conceptos 2260 y 2264 de 2015, antes citados, manifestó que el contrato estatal celebrado como consecuencia de un acto de corrupción estaría incurso en una causal de nulidad absoluta, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1519 del Código Civil, es decir, por "objeto ilícito", norma aplicable por la remisión que hace el artículo 44 de la Ley 80 de 1993.

En el mismo sentido, el Consejo de Estado, en algunas ocasiones, ha declarado absolutamente nulos contratos estatales por objeto ilícito, por haberse incurrido en la violación de principios y normas imperativas que regulan el proceso de selección, contenidas en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. Así puede observarse, entre otras, en las sentencias del 25 de noviembre de 2004 (radicado 11001-03-26-000-2003-0055-01[25560], MP Germán Rodríguez) y del 16 de julio de 2015 (radicado 760012331000200204055 01, MP Hernán Andrade [E]).

Sin embargo, algunos comentaristas no comparten esta opinión, partiendo de la noción misma de "objeto" del contrato, como el contenido obligacional de dicho acto jurídico, es decir, como el conjunto de obligaciones que las partes (en los contratos bilaterales), o una sola de ellas (en los unilaterales), asumen en virtud de la celebración del contrato. Apoyan su posición lo dispuesto por el artículo 1517 del Código Civil, que al referirse al objeto de los contratos y de los actos jurídicos, en general, prescribe, en lo pertinente: "Toda declaración de voluntad debe tener por objeto una o más cosas, que se trata de dar, hacer o no hacer".

Además, observan que los ejemplos concretos que el mismo código ofrece sobre contratos con "objeto ilícito", en los artículos 1519, 1520, 1521 y 1522, se refieren a obligaciones que no pueden cumplirse, por estar expresamente prohibidas por la ley o resultar contrarias al orden público o a la moral, como la promesa de sujetarse a una jurisdicción no reconocida por las leyes, la transferencia del derecho a suceder a una persona viva, la enajenación de los derechos personalísimos, la condonación del dolo futuro, etc.

Finalmente, estos comentaristas abonan su tesis con el hecho de que no cualquier ilicitud es considerada por la ley "objeto ilícito", como puede verse en las normas del Código Civil que distinguen entre "objeto ilícito" y "causa ilícita", o en el artículo 899 del Código de Comercio, que distingue expresamente entre estos dos vicios del negocio jurídico y la violación de normas legales imperativas, de donde se colige que

necesariamente debe tratarse de vicios o defectos distintos, aunque todos ellos generen la nulidad absoluta del contrato.

- Nulidad por causa ilícita

De acuerdo con el artículo 1524 del Código Civil, "[s]e entiende por causa el motivo que induce al acto o contrato; y por causa ilícita la prohibida por la ley, o contraria a las buenas costumbres o al orden público". La misma norma menciona como ejemplo de "causa ilícita" "la promesa de dar algo en recompensa de un crimen o de un hecho inmoral".

La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y buena parte de la doctrina consideran que no cualquier motivo ilegal o inmoral de alguna de las partes en un contrato es susceptible de generar la nulidad absoluta de este, sino que para ello se requieren dos condiciones adicionales: (1) que dicho motivo o causa sea determinante, es decir, haya sido la razón principal para la celebración del contrato, y (2) que tal motivo o causa haya sido conocido por la otra parte.

En todo caso, la jurisprudencia, tanto de la Corte Suprema de Justicia como del Consejo de Estado, ha considerado, en varias ocasiones, que los contratos estatales celebrados en virtud de un acto de corrupción deben entenderse viciados de nulidad absoluta, por "causa ilícita", debido a que el propósito principal que anima a las partes para su celebración no es el de generar un beneficio o utilidad común, que es lo que se busca, en condiciones normales, con los contratos de las entidades públicas, sino el de producir una ventaja o utilidad particular y generalmente excesiva para una o varias personas privadas (incluyendo particulares y servidores públicos), en detrimento del patrimonio de la entidad estatal contratante.

Resulta interesante citar una sentencia de la Corte Suprema de Justicia de 28 de febrero de 1893, es decir, antes de que se hubiese creado la jurisdicción de lo contencioso administrativo, en la que dicha corporación afirmó[38]:

> Es ilícita la causa de una obligación en virtud de la cual una de las partes se compromete, mediante recompensa, a contribuir con su influencia para que continúe un contrato... que, según la mente de los particulares contratantes, podía reemplazarse con otro más ventajoso para el erario público, pues aunque la ley no obliga a los ciudadanos a promover lo que interesa al bien social, sí es

[38] Corte Suprema de Justicia, casación del 28 de febrero de 1893, VIII, 197.

> necesario al orden público y a las buenas costumbres el hecho de que los particulares pacten, con miras de provecho, el ejercicio de influencias que puedan hacer nugatorias las leyes fiscales, cuando estas prescriben que ciertos servicios públicos se obtengan a virtud de licitación, para el efecto de conseguir mayores ventajas en los contratos.

En el mismo sentido se ha pronunciado el Consejo de Estado en varias ocasiones, como puede verse en la sentencia del 22 de marzo de 2007[39], en la que dicha corporación comparó los conceptos de "desviación de poder" y "causa ilícita" en la celebración de los contratos estatales, y concluyó que el primero (desviación de poder) podía entenderse subsumido en el concepto de "causa ilícita" que regula el Código Civil.

Así, la jurisprudencia del Consejo de Estado es pacífica en señalar que en esos casos son nulos los contratos suscritos por actos de corrupción al vulnerar los principios de transparencia, selección objetiva e incurrir en desviación de poder. En efecto, al utilizar la autoridad los poderes que le han sido asignados en materia de contratación para recibir dineros, dádivas o prebendas indebidas con el fin de adjudicar o celebrar el contrato, no bajo las reglas de mercado y el principio de legalidad del respectivo proceso de selección, se incurre en desviación de poder pero también en causa ilícita, pues, en realidad, aflora que el motivo o la finalidad concreta que indujo a contratar fue un beneficio personal del funcionario, del contratista, sin que de otro modo este no hubiese sido el adjudicatario del contrato.

Por otra parte, en el salvamento de voto a una sentencia del 20 de junio de 2017[40], mediante la cual se declaró improcedente un recurso de anulación contra un laudo arbitral, los magistrados disidentes consideraron que los contratos estatales celebrados en virtud de un acto de corrupción deben ser declarados absolutamente nulos, por causa ilícita y desviación de poder, y que tal declaración puede ser hecha oficiosamente por el Consejo de Estado, incluso, al resolver el recurso de anulación contra un laudo arbitral.

[39] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 22 de marzo de 2007, expediente 25000232600020000010701 (28010).

[40] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 20 de junio de 2017, expediente 54080.

Al igual que la nulidad absoluta por objeto ilícito, la generada por causa ilícita impide a la parte que haya actuado "a sabiendas", solicitar el reembolso o restitución de lo que haya dado o pagado (artículo 1525 del Código Civil).

Desde el punto de vista de la doctrina extranjera, el profesor italiano Cesare Massimo Bianca considera que un contrato que surge de un acto de corrupción tiene causa ilícita[41]. Según él, en un contrato estatal corrupto es posible identificar una causa abstracta y una causa concreta. La primera consiste en el interés de la entidad pública de contratar la realización de una obra o la prestación de un servicio o el suministro de un bien que beneficie a la comunidad. Por su parte, la causa concreta es aquella que refleja los fines verdaderos que motivaron la celebración del contrato, y que, en un contrato corrupto, consisten en el interés del funcionario público de recibir una suma de dinero u otro beneficio personal, y en el interés del contratista de obtener la adjudicación del contrato, que de otra manera no hubiera podido obtener. Para este profesor, un acto contrario a la moral social, como lo es claramente la corrupción, implica que el contrato debe ser declarado nulo, aunque resulte en apariencia económicamente útil. Ningún acto de corrupción puede considerarse beneficioso para la sociedad.

La idea –no compartida por nosotros– de permitir la conservación de los negocios jurídicos corruptos, limitando su extinción a la decisión unilateral de la entidad contratante, si esta lo estima conveniente, a la luz de una visión utilitarista y bajo el pretexto de salvaguardar el interés general, parece estar inmersa en una aparente tensión. Por un parte, existiría un interés general de que se preste a toda costa un servicio que se supone es necesario para la comunidad, incluso por la entidad pública contratante. Por el otro lado, se encuentra también el interés general de garantizar a la sociedad el respeto por el orden público, la moralidad, las buenas costumbres y las normas imperativas, y, en general, la preservación del orden jurídico de un Estado y de los valores y principios que sostienen a la sociedad.

Frente a este aparente conflicto debe prevalecer esta última visión, pues claramente es de interés general que la corrupción sea erradicada,

[41] Bianca, C. Massimo. "La corrupción como causa de invalidación del contrato". Conferencia (inédita) dictada en la Universidad Externado de Colombia, Seminario Internacional de Derecho Privado, realizado en Bogotá entre el 15 y el 18 de mayo de 2000. Cfr. Diario *El Tiempo*. "Contratos producto de la corrupción deben anularse", en https://www.eltiempo.com/archivo/documento/MAM-1210897 (2000).

censurada y sancionada, pues de esta forma se logra no solo una verdadera realización de los fines del Estado, sino también la materialización de los principios, valores y normas constitucionales (artículos 1.°, 2.°, 34, 58 y 209 C. P.) y de los compromisos internacionales asumidos por el Estado colombiano. El hecho de que las prestaciones del contrato aparezcan como necesarias no puede considerarse un criterio suficiente para limpiar o subsanar el carácter corrupto del acto; es decir, es razonable pensar que la ilegalidad del acuerdo corrupto precedente, permea la causa del contrato estatal que se desprende de él. Como lo ha señalado el profesor Massimo Bianca, nunca puede calificarse como beneficioso para la sociedad un acto que se ha adelantado por medio de la corrupción, pues en últimas esta no permite el desarrollo económico de los países.

- *Nulidad por dolo*

Conforme al artículo 1508 del Código Civil, "[l]os vicios de que puede adolecer el consentimiento, son error, fuerza y dolo". En relación con este último, el artículo 1515 ibídem dispone:

> El dolo no vicia el consentimiento sino cuando es obra de una de las partes, y cuando además aparece claramente que sin él no hubiera contratado.
>
> En los demás casos el dolo da lugar solamente a la acción de perjuicios contra la persona o personas que lo han fraguado o que se han aprovechado de él; contra las primeras por el total valor de los perjuicios y contra las segundas hasta concurrencia del provecho que han reportado del dolo.

La jurisprudencia y la doctrina civilistas han considerado tradicionalmente que el dolo, como vicio del consentimiento, es el error inducido por la parte contraria; es decir, el error en que una de las partes incurre inducida por la otra, ya sea por acción, como el hecho de suministrarle datos falsos o engañosos, o bien por omisión, como el hecho de abstenerse de entregarle información esencial y relevante sobre las condiciones del negocio proyectado, o que lleva a la parte engañada a contratar.

En relación con los actos de corrupción, parte de la jurisprudencia y la doctrina, en los ámbitos nacional e internacional, considera que en los contratos (privados y estatales) celebrados por corrupción debe entenderse que el consentimiento de la parte afectada o "víctima" del engaño está viciado por dolo, el cual consistiría, en este caso, en las maquinaciones fraudulentas realizadas por la parte contraria, o por

algunos de sus directivos o empleados con terceros (por ejemplo, otros proponentes) o con funcionarios o dependientes de la misma parte afectada (la entidad estatal, en el caso de los contratos públicos), que llevan a dicha parte a celebrar el contrato, es decir, que de no haber sido por dicho fraude, la parte afectada no hubiese celebrado el contrato o lo hubiera celebrado en otras condiciones.

Bajo esta tesis, por lo tanto, el contrato estaría afectado solo de nulidad relativa (arts. 1741 y 1743 c. c., 900 C. Co. y 46 Ley 80/93) por un vicio del consentimiento bajo la modalidad de dolo, la cual no podría ser declarada de oficio ni por petición del ministerio público, solo podría ser solicitada por la parte afectada y sería saneable (por ratificación expresa o tácita de dicha parte, o por el paso del tiempo: dos años en L.80/93, o cuatro años c. c.).

Así las cosas, sería posible –lo cual no se comparte– que se condone civilmente por la entidad contratante el dolo y, en consecuencia, que el artículo 1525 c. c. en cuanto a la pérdida de las restituciones mutuas no sea aplicable, así como tampoco el artículo 48 de la Ley 80 de 1993 y menos aún el artículo 20 de la Ley 1882 de 2018, porque estas normas parten de la nulidad absoluta del contrato.

Esta tesis, pregonan, protege de una manera adecuada a la persona inocente o víctima del acto corrupción, que entienden sería la entidad pública contratante, teniendo en cuenta que parten de la idea de que el bien, obra o servicio objeto del contrato es lícito y se requiere por el interés general; además, porque entienden que no existe participación de la parte que lo sufre, pues quien conviene el pago ilícito es su funcionario o empleado con el contratista que lo soborna.

Esas interpretaciones parten de un dilema equivocado, en tanto y en cuanto se hace notar como un gran perjuicio para el interés general la suspensión de un servicio, de una obra o el suministro de bienes que se requieren por la comunidad y en su beneficio. Pero es que –con mayor razón– ¿no le interesa a la comunidad también que no exista corrupción en la contratación estatal, y que está actividad que compromete recursos públicos no sea fuente de enriquecimiento indebido? ¿Acaso no está presente el interés general cuando se compromete el orden público, la moral y las buenas costumbres?; ¿o las normas imperativas?, ¿o las normas, los principios y valores de la Constitución Política?

Así las cosas, lo que se expone en favor de una nulidad relativa en esos contratos para proteger a la víctima que se dice inocente que sería la entidad estatal contratante no puede ser el criterio jurídico para solucionar la afectación que por vicios derivados de la corrupción se presenta.

No compartimos esta interpretación porque, como se observó, los actos de corrupción que afectan el contrato son acuerdos ilícitos que celebra el contratista y el representante o funcionarios de la entidad contratante, razón por la cual descarta de plano que pueda configurarse el dolo teniendo en cuenta que para esto se requiere que la intervención sea exclusiva de una de las partes y no de ambas. Tampoco puede compartirse esa solución porque existe un principio general del derecho, según el cual nadie puede valerse de su propia torpeza o de un ilícito.

Además, por las siguientes razones:

(1) Porque parte de una distinción que resulta, a nuestro juicio, equivocada y, en el mejor de los casos, altamente discutible. Esta distinción es la que existe entre la parte causante o responsable del dolo (en este caso, el contratista) y la parte "víctima", que sería la entidad estatal contratante.

Como se ha demostrado plenamente en nuestro país, con los casos más sonados de corrupción en contratos estatales, en los acuerdos ilícitos para obtener la adjudicación y celebración de esta clase de actos intervienen generalmente empleados de las entidades estatales, en muchas ocasiones funcionarios de nivel directivo e, incluso, en algunos casos, representantes legales. ¿Puede decirse, en consecuencia, que dichas entidades públicas han sido víctimas de la corrupción, cuando en los hechos ilícitos han participado funcionarios y hasta directivos de esas instituciones, y cuando tales conductas, en todo caso, han sido posibles debido a importantes y reiteradas fallas administrativas de tales entidades, ya sea en la designación de sus funcionarios o en la supervisión y el control de estos? Debe recordarse que, desde hace varias décadas la jurisprudencia colombiana (desde la sentencia del 30 de junio de 1962 de la Corte Suprema de Justicia) acepta la responsabilidad directa de las personas jurídicas por los hechos y las conductas de sus empleados y demás subalternos, sin perjuicio del derecho que les asiste a tales entidades para repetir contra tales trabajadores y dependientes, de manera que la entidad contratante no es una persona ajena material y jurídicamente del acto corrupto, en tanto que, en últimas, la ficción que entraña el ente moral "[...] determina que sus agentes, todos por igual, son el vehículo forzoso para exteriorizar y materializar su voluntad, propósitos y decisiones [...]"[42].

[42] Cfr. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. 6 de julio de 2006, providencia n.° 04733-01.

En realidad, tanto el oferente o contratista involucrado como la respectiva entidad pública deben considerarse responsables de los actos de corrupción, y las víctimas de tales conductas deben buscarse en otra parte. En primer lugar, los otros oferentes, en el supuesto de que no hayan participado en el acuerdo corrupto; en segundo lugar, el Estado, en su integridad, y en tercer lugar toda la sociedad, en el entendido de que las obras, los bienes o los servicios que dejan de recibirse, así como los recursos públicos que se despilfarran y desvían hacia manos privadas, significan funciones y servicios públicos que dejan de prestarse, o que se prestan en condiciones deficientes, y que dejan de beneficiar, entonces, a toda la comunidad.

(2) Porque, al tratarse de una nulidad relativa, podría sanearse por la ratificación expresa o tácita de la entidad estatal contratante (artículos 46 de la Ley 80 y 1752 del Código Civil), y también por el paso del tiempo, que en el caso de los contratos estatales sería de dos años, según el artículo 46 citado. Esto significa, por ejemplo, que la manifestación de los directivos de la entidad contratante en el sentido de continuar con el contrato o su simple silencio serían suficientes para convalidar un contrato celebrado en virtud de un acto de corrupción, no obstante que se trata de un problema de interés general, que normalmente constituye un delito, como ya se analizó, y a pesar de que esos mismos funcionarios podrían estar involucrados directamente, por acción o por omisión, en el acto de corrupción. Lo que esto podría estimular es la comisión de nuevas conductas ilícitas, para tratar de esconder u ocultar el acto corrupto que llevó a la celebración del contrato y evitar sus consecuencias.

(3) Y, en tercer lugar, porque al no poderse declarar de oficio esta nulidad, ni poderse solicitar por cualquier tercero interesado o por el Ministerio Público, en defensa de la ley y la moral, y dar lugar, en todos los casos, a que las partes puedan exigir las restituciones recíprocas, se le estaría quitando a los actos de corrupción en la contratación estatal la gravedad que tienen, por el daño económico y moral que ocasionan a toda la sociedad, y se debilitaría de manera importante la capacidad del Estado para luchar efectivamente contra la corrupción, en contra de los mandatos constitucionales y legales que se han mencionado, y de los compromisos internacionales adoptados por el Estado colombiano en las convenciones internacionales sobre esta materia.

Lo anterior no significa que el Estado no cuente con otros medios judiciales (penales, civiles y fiscales, entre otros) para recomponer el patrimonio público afectado por cuenta del acto de corrupción.

C) *La corrupción en la ejecución del contrato*

En algunas ocasiones el acto de corrupción no se presenta antes o durante la suscripción del contrato, con el fin de determinar su celebración con una concreta persona o en ciertas condiciones, sino que se da durante la etapa de ejecución del contrato, es decir, durante el cumplimiento de las obligaciones que de él se derivan.

Esta corrupción puede darse de múltiples maneras y buscar diferentes objetivos, como obtener el pago de sumas de dinero a las que el contratista no tendría derecho, o no lo tendría todavía, o en cantidades superiores a las estipuladas, mediante el otorgamiento de una coima o cualquier otra promesa o beneficio económico a los funcionarios de la entidad contratante encargados de realizar o controlar los pagos derivados del contrato.

También puede tener como propósito, entre otros, ocultar o disimular el incumplimiento del contratista a sus obligaciones, o evitar o disminuir sus consecuencias jurídicas (caducidad del contrato, aplicación de multas o cláusulas penales etc.), mediante el pago de sobornos o beneficios económicos a funcionarios de la entidad estatal contratante o de la firma interventora, entre otras modalidades. Por lo tanto, la sanción jurídica a dichas conductas depende de las características con las que se presente el acto de corrupción, del fin específico que persiga y de las partes que intervengan en él.

En el primer caso propuesto (sobornos para obtener pagos indebidos), acogemos las dos soluciones alternativas que proponen Fabricio Mantilla Espinosa, Myriam Salcedo Castro y Francisco Bernate Ochoa en el libro *El arbitraje nacional contra la corrupción*, tomo III[43], consistentes en que:

(1) Conforme a la regulación que hace el Código Civil del pago de lo no debido, como cuasicontrato, bajo el principio del enriquecimiento sin justa causa, la entidad estatal contratante podría exigir la devolución de las sumas pagadas en forma indebida. En este caso, demostrado el hecho de corrupción, quedaría acreditada igualmente la mala fe con la que actuó el contratista al recibir el pago, por lo cual estaría obligado, no solo a la devolución de las sumas indebidamente recibidas, sino al pago de intereses corrientes, conforme al artículo 2318 del Código Civil.

[43] Mantilla E., Fabricio; Salcedo C., Myriam y Bernate O. Francisco. *El arbitraje nacional frente a la corrupción*, tomo III, serie Arbitraje 360°. Editorial Ibáñez, Asociación de Juristas Franco-Colombianos y Cámara de Comercio de Bogotá.

(2) Bajo la idea de que el pago de una obligación dineraria y, en general, de cualquier obligación de dar constituye un acto jurídico, tal como lo regula el Código Civil, podría solicitarse y obtenerse, o decretarse de oficio la nulidad absoluta de dicho pago, bajo las mismas normas, interpretaciones y alternativas señaladas al explicar la nulidad del contrato estatal celebrado por corrupción, y con las mismas consecuencias jurídicas.

En el segundo ejemplo sugerido, es decir, cuando el acto de corrupción tiene la finalidad de ocultar o disimular el incumplimiento del contratista, o evitar sus consecuencias, vale la pena señalar, en primer lugar, que una vez descubierta la conducta corrupta quedarían desvirtuados la veracidad y el valor probatorio de los informes, actas, constancias y demás documentos suscritos por el supervisor o el interventor del contrato, para certificar falsamente el cumplimiento de las obligaciones del contratista.

De esta forma, entonces, resultaría de manifiesto el incumplimiento doloso de las obligaciones por parte del contratista, lo cual permitiría a la entidad estatal declarar la caducidad del contrato principal si se dan las condiciones previstas en el artículo 18 de la Ley 80 de 1993, así como aplicar las demás consecuencias jurídicas previstas en la ley y en el contrato para el incumplimiento de los contratos, como la imposición de multas, la aplicación de la cláusula penal pecuniaria y la posibilidad de demandar judicialmente la indemnización de los mayores perjuicios ocasionados a la entidad estatal (responsabilidad civil contractual), luego de haber hecho efectiva la respectiva garantía única de cumplimiento de las obligaciones constituida a favor de la entidad pública contratante.

En cuanto al incumplimiento de las obligaciones del interventor, vale la pena recordar lo que disponen los artículos 82 y 84 de la Ley 1474 de 2011 sobre la responsabilidad civil de los interventores:

De acuerdo con el artículo 82, "los interventores responderán civil, fiscal, penal y disciplinariamente, tanto por el cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato de interventoría, como por los hechos u omisiones que les sean imputables y causen daño o perjuicio a las entidades, derivados de la celebración y ejecución de los contratos respecto de los cuales hayan ejercido o ejerzan las funciones de interventoría". Y conforme al parágrafo tercero del artículo 84, "el interventor que no haya informado oportunamente a la Entidad de un posible incumplimiento del contrato vigilado o principal, parcial o total, de alguna de

las obligaciones a cargo del contratista, será solidariamente responsable con este de los perjuicios que se ocasionen con el incumplimiento por los daños que le sean imputables al interventor".

Finalmente, es pertinente recordar que cuando se presente el caso de prebendas o beneficios solicitados directamente por los servidores públicos encargados de la ejecución o la supervisión del contrato, y el contratista acceda a dichas presiones, ofertas o amenazas, sin denunciar los hechos a la entidad contratante y a las autoridades competentes, la entidad pública contratante podría también declarar la caducidad del contrato, como lo permite expresamente el numeral 5 del artículo 5.° de la Ley 80 de 1993[44].

D) *La corrupción en la liquidación del contrato*

Por último, vale la pena referirse brevemente a las consecuencias de los actos de corrupción en la liquidación de los contratos estatales. Como se sabe, el artículo 60 de la Ley 80 de 1993, modificado por el artículo 217 del Decreto 19 de 2012, establece que "los contratos de tracto sucesivo, aquellos cuya ejecución o cumplimiento se prolongue en el tiempo y los demás que lo requieran, serán objeto de liquidación". Conforme a la misma norma, en esta etapa las partes acordarán los ajustes, revisiones y reconocimientos a que haya lugar, y en el acta de liquidación, harán constar "los acuerdos, conciliaciones y transacciones a que llegaren las partes para poner fin a las divergencias presentadas y poder declararse a paz y salvo".

Esto significa que también en esta etapa pueden presentarse actos de corrupción que tengan el propósito de incluir partidas a favor del contratista superiores a las que realmente le corresponderían, hacerle reconocimientos a los que no tendría derecho, conforme al contrato o a la ley, incorporar obligaciones de las entidades estales que no tendrían por qué asumir, pasar por alto incumplimientos del contratista o sus consecuencias jurídicas, o exonerarlos de obligaciones o cargas

[44] "Artículo 5. De los derechos y deberes de los contratistas. Para la realización de los fines de que trata el artículo 3.° de esta ley, los contratistas: // [...] 5.° No accederán a peticiones o amenazas de quienes actúen por fuera de la ley con el fin de obligarlos a hacer u omitir algún acto o hecho. // Cuando se presenten tales peticiones o amenazas, los contratistas deberán informar inmediatamente de su ocurrencia a la entidad contratante y a las demás autoridades competentes para que ellas adopten las medidas y correctivos que fueren necesarios. El incumplimiento de esta obligación y la celebración de los pactos o acuerdos prohibidos, dará lugar a la declaratoria de caducidad del contrato."

pactadas en el contrato, entre otros propósitos ilícitos. Ahora: dado que la liquidación de los contratos estatales puede hacerse de forma bilateral o unilateral, por parte de la entidad contratante, dentro de los plazos y en las condiciones previstas en el artículo 11 de la Ley 1150 de 2007, es conveniente analizar por separado cada una de estas hipótesis.

a. *En la liquidación bilateral*. Como el acta de liquidación del contrato estatal no tiene que limitarse necesariamente a dejar constancia sobre la ejecución del contrato y los pagos efectuados durante su vigencia, así como a efectuar un corte y aprobación de cuentas, sino que puede incluir "ajustes", "reconocimientos", "acuerdos, conciliaciones y transacciones" (artículo 60 de la Ley 80 de 1993), parece claro que en muchos casos dicho documento corresponde a una verdadera convención o acto jurídico pluripersonal, que generalmente tiene por efecto extinguir obligaciones, pero que también podría incluir la modificación de algunas obligaciones surgidas del contrato e, incluso, el nacimiento de nuevas obligaciones (por ejemplo, en relación con las garantías poscontractuales). Así lo ha reconocido la jurisprudencia del Consejo de Estado, que ha manifestado que dicho acto requiere, por lo tanto, el cumplimiento de los requisitos o condiciones generales para la existencia y la validez de los actos o negocios jurídicos.

En dichos casos, entonces, la suscripción del acta bilateral de liquidación, en virtud de un acto de corrupción, estaría viciada de nulidad absoluta, que podría ser solicitada por cualquiera de las partes, por el Ministerio Público o por cualquier tercero interesado, y que podría y debería ser declarada de oficio por el juez o tribunal de arbitramento que conozca de cualquier controversia relacionada con dicho contrato.

En los demás casos, es decir, cuando no contenga la extinción, la modificación o la creación de obligaciones sería un simple documento público de finiquito o corte de cuentas, cuya veracidad, en todo caso, podría ser cuestionada y desconocida judicialmente (en un proceso penal o administrativo). A este respecto, es necesario recordar lo dispuesto en la primera parte del artículo 1522 del Código Civil, en el sentido de que "el pacto de no pedir más en razón de una cuenta aprobada, no vale en cuanto al dolo contenida en ella, si no se ha condonado expresamente".

Lo anterior significa que aun cuando la jurisprudencia del Consejo de Estado ha señalado, mayoritaria y reiteradamente, que el acta de liquidación bilateral de los contratos estatales impide al contratista o a la entidad estatal presentar reclamaciones o demandas por incumplimientos de la otra parte, u otras situaciones de las que no se haya dejado

salvedad expresa y específica en el acta, esta conclusión parte de la idea de que dicho documento es suscrito lícitamente, sin ningún tipo de fraude, engaño o falsedad. Por lo tanto, esta posición jurisprudencial no impide que la entidad estatal ataque la validez del acta bilateral de liquidación del contrato por vicios de nulidad absoluta cuando se demuestre que el finiquito o aprobación de las cuentas, contenida en el acta de liquidación, se obtuvo de manera ilícita, como, por ejemplo, mediante el pago de un soborno, del ejercicio indebido de influencias o de otro acto de corrupción.

b. *En la liquidación unilateral*. La liquidación unilateral del contrato que hace la entidad estatal contratante constituye, sin duda, un acto administrativo derivado del contrato, esto es, contractual. Dicho acto, en consecuencia, es atacable por la persona afectada o por la misma entidad pública que lo haya expedido, por las causales señaladas en el artículo 137 del CPACA, y en ejercicio del medio de control de controversias contractuales, previsto en el artículo 141 del mismo código.

Por lo tanto, en el caso en que exista evidencia de que el acto que contiene la liquidación unilateral del contrato se expidió en virtud de un acto de corrupción, con el fin de favorecer indebidamente al contratista, podría demandarse la nulidad de dicho acto administrativo, por estar viciado de alguna o varias de las causales de nulidad previstas en el artículo 137 del CPACA, tales como haberse expedido el acto con infracción a las normas en que debería fundarse, o en forma irregular, mediante falsa motivación o con desviación de las atribuciones propias de quien lo expidió.

Conclusión final

Hoy, después de 25 años del Estatuto General de la Contratación Pública, el balance en materia de corrupción es desolador. La reglamentación que a propósito de ella se ha expedido desde su vigencia y la serie de leyes que han venido reformándola o excluyendo su ámbito de aplicación o estableciendo regímenes exceptivos o especiales, que hoy estos últimos parecen ser la regla general, han generado una gran inseguridad jurídica, sin haber obtenido, por lo demás, resultados esperados en la materia, a juzgar por los escándalos y problemas de corrupción, ahora además, transnacionales. Bien decía Cornelio Tácito (55 d. C.), gran orador, historiador y político romano, que "cuanto más corrupto es el Estado, más leyes tiene".

Las reformas en materia de contratación pública (empezando por la propia Ley 80 de 1993 frente al Decreto Ley 222 de 1983) han tenido dentro de sus objetivos principales atacar la corrupción. Esa es la tendencia que en forma continua y ascendente ha venido predominando, con especial énfasis desde la Ley 1150 de 2007 y luego con la Ley 1474 de 2011. Sin mucho éxito: el balance negativo es alarmante. Los graves sucesos y escándalos de corrupción de los últimos tiempos son frecuentes, y pareciera que las leyes los han multiplicado.

A pesar de las buenas intenciones y de decisiones que en ocasiones van en la dirección correcta (por ejemplo, los ahorros en bienes y servicios con la utilización de la sistemas de conformación dinámica de la propuesta, la publicidad de la información en contratación pública, la detección y asignación de los riesgos contractuales y la introducción de las tecnologías de la información), es imperativo trabajar en una simplificación normativa. La sobrerregulación propicia, como advierte Jaime Rodríguez Arana, la reproducción de esa hidra de Lerna en que se ha convertido la corrupción[45].

Un primer paso, entonces, en aras de mejorar la contratación, sería lograr esa simplificación normativa y aclarar el sistema de contratación pública, mediante procesos precontractuales más sencillos y la adopción de herramientas más eficaces para la administración de los contratos, su supervisión y vigilancia. Igualmente, promover la integridad del procedimiento de contratación pública e incentivar la transparencia y rendición de cuentas (*accountability*) dentro del proceso de contratación.

Además, valdría la pena pensar en establecer un régimen especial de reclamaciones en materia de procedimiento contractual por órganos independientes, para privilegiar una justicia restitutoria en la materia, lo cual podría evitar la consumación de actos de corrupción con la suscripción de contratos, entre otras bondades. Frente a este punto, la experiencia europea representa una práctica interesante. Allí, las directivas 89/665/CEE y 92/13, modificadas por la Directiva 2007/66/CE del Parlamento Europeo y del Consejo del 11 de diciembre de 2007, ordenaron a los estados miembros un procedimiento de reclamación en esos términos, el cual debe ser ágil, de tal suerte que las controversias

[45] Rodríguez Arana, Jaime (2018). "Sobrerregulación y corrupción". Madrid, columna de junio de 2018, texto recuperado y disponible en http://rodriguezarana.com/site/?p=3264.

se tramiten y resuelvan de forma anterior a la adjudicación o formalización del contrato.

También podrían fortalecerse los mecanismos de control, mediante la consolidación del uso de nuevas tecnologías que promuevan el acceso sencillo y eficiente a la información y la asignación de mayores recursos a los entes de control. Así mismo, atendiendo las recomendaciones de la OCDE, debe pensarse en una política específica en materia de conflictos de interés y la adopción de mecanismos efectivos para denunciar posibles casos de corrupción.

Debe tenerse presente que erradicar el mal de corrupción no es un asunto solo de normas. Los valores, la educación, la honestidad deben ser su sustituto. En realidad, las reformas deben acompañarse de un cambio cultural[47]: servidores públicos encargados en la contratación, contratistas, organismos de control e incluso jueces. Hay que caminar hacia una "cultura de la legalidad", en el respeto y cuidado de lo público. En la consecución de este objetivo, también debe trabajarse de la mano con el sector industrial y empresarial. En esta dirección, podría pensarse en imponer como requisito para poder participar en un proceso de selección y contratar con el Estado que las empresas y personas cuenten con un programa de cumplimiento anticorrupción, esto es, establecer obligatoriamente los denominados programas de *compliance*, relacionados con medidas y acuerdos de ética empresarial, con los cuales se aplican principios y códigos de conducta que generan en las empresas la cultura de la legalidad y las buenas prácticas.

No obstante, es inocultable que la corrupción es un riesgo en la contratación pública, que en caso de presentarse afecta la validez del contrato celebrado y la libre competencia. Bajo esta óptica, tanto el contrato celebrado entre las partes corruptas como el que resulta adjudicado fruto de dicho acuerdo deben ser considerados, sin duda alguna, nulos de forma absoluta.

Como reflexión final de todo lo que se ha expuesto, es necesario resaltar que el ordenamiento jurídico colombiano, integrado con los tratados internacionales suscritos por el país, ofrece suficientes normas (quizá demasiadas) y establece unas obligaciones a las autoridades públicas en materia de control, prevención, mitigación y sanción de actos de corrupción en la contratación pública, que permiten concluir que debe optarse por el mecanismo que implique el mayor rigor en esa materia, respetando en todo caso los derechos y garantías de los involucrados en dichos actos. Lo único que falta, probablemente, sea

la voluntad y el valor para aplicarlas decididamente, como se ha hecho, por fortuna, en algunos casos, con la clara convicción de que la corrupción no puede justificarse, en ningún caso, por el enorme daño económico, moral y político que causa a la sociedad.

BIBLIOGRAFÍA

Ala'i, Padideh. "The United States' Multidimensional Approach to Combatting Corruption", en *The Impact of Corruption on International Commercial Contracts* (Michael Joachim Bonell y Olaf Meyer, editores). Springer, 2015.

Bianca, C. Massimo. "La corrupción como causa de invalidación del contrato". Conferencia (inédita) dictada en la Universidad Externado de Colombia, Seminario Internacional de Derecho Privado, realizado en Bogotá entre el 15 y el 18 de mayo de 2000.

Bonell, Michael Joachim y Meyer, Olaf. "The Impact of Corruption on International Commercial Contracts-General Report", en *The Impact of Corruption on International Commercial Contracts* (Michael Joachim Bonell y Olaf Meyer, editores). Springer, 2015.

Consejo de Europa. Convenio Penal sobre la Corrupción, del 27 de enero de 1999 (Preámbulo).

El Tiempo. "Contratos producto de la corrupción deben anularse", en https://www.eltiempo.com/archivo/documento/mam-1210897. 2000.

Fernández-Armesto, Juan. *La lucha contra la corrupción desde el arbitraje*. Ediciones Fundación San Pablo ceu, Madrid, 2018.

Lozano Villegas, G. (2017). "La contratación estatal como instrumento contra la corrupción: balance y perspectiva". En Montaña Plata, A. y Rincón Córdoba, J. I. (comp.). *Contratos públicos: problemas, perspectivas y prospectivas*. Universidad Externado de Colombia.

Mantilla Espinosa, Fabricio, Salcedo Castro, Myriam y Bernate Ochoa, Francisco. *El arbitraje nacional frente a la corrupción*, tomo iii, serie Arbitraje 360°. Ibáñez, Asociación de Juristas Franco-Colombianos y Cámara de Comercio de Bogotá. 2018.

Mariani, Paola. "The Effects of Corruption on Contracts in Italy: The Long Road towards a Legal and Fair, Competitive Market", en *The Impact of Corruption on International Commercial Contracts* (Michael Joachim Bonell y Olaf Meyer, editores). Springer, 2015.

Naudé. Tjakie. "The Civil Law Consequences of Corruption Under South African Law", en *The Impact of Corruption on International*

Commercial Contracts (Michael Joachim Bonell y Olaf Meyer, editores). Springer, 2015.

Newman Pont, Vivian y Ángel Arango, María Paula. *Sobre la corrupción en Colombia: marco conceptual, diagnóstico y propuestas de política*. Cuadernos Fedesarrollo n.° 56, 2017.

ocde. *Making the difference in Pubic Services Delivery: The review of the Colombian Public Procurement System*. gov/pgc/eth(2015), 2015.

ocde. *Preventing Corruption in Public Procurement*. ocde. 2016.

Rodríguez Arana, Jaime (2017). "La buena administración en la contratación pública: *compliance* y *self-cleaning*", en Zambrano Cetina, W., *Retos de la contratación pública en Iberoamérica. Homenaje a Allan R. Brewer-Carías*. Ibáñez.

Rodríguez Arana, Jaime (2018). "Sobrerregulación y corrupción". Madrid, columna de junio de 2018, texto recuperado y disponible en http://rodriguezarana.com/site/?p=3264.

Superintendencia de Sociedades. Resolución 100-002657, del 25 de julio de 2016, y Circular Externa n.° 100-000003, del 26 de julio de 2016.

World Compliance Association (wca). En http://www.worldcomplianceassociation.com/quienes_somos.php.

Jurisprudencia

Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. Conceptos con radicados números 1727, del 20 de febrero de 2006; 2260, del 10 de agosto de 2015; 2264, del 27 de agosto de 2015; y 2346, del 15 de agosto de 2017. En http://www.consejodeestado.gov.co/.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencias del 25 de noviembre de 2004 (radicado 11001-03-26-000-2003- 0055-01[25560]; 22 de marzo de 2007 (radicado 25000-23-26-000-2000- 00107-01 (28010); 31 de enero de 2011 (radicado 1995-00867); 29 de marzo de 2012 (radicado 1999-0083801); 28 de mayo de 2012 (radicado 07001-23-31-000-1999-00546-01 (21.489); 27 de septiembre de 2013 (radicado 24339); 16 de julio de 2015 (radicado 760012331000200204055 01 (41768); 23 de noviembre 2016 (radicado 15001-23-31-000-2001-01101-02 (38310); 29 de noviembre de 2016 (radicado 21022); 20 de junio de 2017 (radicado 54080); 17 de agosto de 2017 (radicado 76001-23-31-000- 2005-04408-01(52490); y 15 de diciembre de 2017 (radicado 76001-23-33- 000-2013-00169-01 (50.045). En http://www.consejodeestado.gov.co/.

Corte Constitucional. Sentencia del 4 de octubre de 2001, C-1048/01. En http://corteconstitucional.gov.co/.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencias del 28 de febrero de 1893, VIII, 197; y 6 de julio de 2006, providencia n.° 04733-01. En http://www.cortesuprema.gov.co/.

Court of Appeal of California, (140 Aal. App. 4th 1323; 2006). *Carson Redevelopment Agency v. Michael Padilla*.

Court of Appeals of New York, (32 N.Y.2d 300; 1973). *S. T. Grand, Inc. v. City of New York*.

Capítulo x

Oportunidad para demandar la controversia contractual*

Felipe de Vivero Arciniegas**

El libre acceso a la administración de justicia como vía para resolver pacíficamente las controversias constituye uno de los pilares de cualquier democracia. Cuando una de las partes era el Estado, sin importar el ente estatal que estuviese actuando, el libre acceso no era algo que hubiese estado abierto, como sí sucedía en aquellos conflictos en que se encontraban enfrentados dos particulares privados. Esta posibilidad de controvertir las decisiones y actuaciones del Estado ante un tercero independiente que en ejercicio de función judicial resolviera el conflicto solamente se vino a consolidar, en los ordenamientos con raíces romano-germánicas, después de la Revolución francesa.

Por ello, cualquier tipo de obstáculo al libre acceso a la administración de justicia debe ser analizado de forma tal que de no encontrarse razón suficiente para que exista, debe ser eliminado. Cuando estudiamos las actuaciones del Estado, la seguridad jurídica es un bien supremo que también requiere una especial protección. Este principio permite a los particulares y al mismo Estado tener certeza de que sus actuaciones adquieren firmeza y están protegidas por la ley, y se protegen asimismo derechos adquiridos o se consolidan situaciones administrativas.

Por lo anterior, es necesario encontrar un equilibrio entre la necesidad de garantizar el libre acceso a la administración de justicia y el principio de seguridad jurídica. Este equilibrio se ha formulado de una

* Doi: http://dx.doi.org/10.15425/2017.347.

** Abogado, especialista en Gestión Pública de la Universidad de los Andes y en Derecho Administrativo de la Universidad de París-Sorbona. Magíster en Educación con énfasis en educación legal, con más de 25 años de experiencia en derecho público. Director de los programas de Especialización en Gestión Pública e Instituciones Administrativas y de la Maestría en Derecho Público para la Gestión Pública de la Universidad de los Andes.

manera en la que existe acceso a la administración de justicia para que se revise el apego a la legalidad de las actuaciones administrativas a través de diferentes medios de control, pero con una limitación temporal. De esta manera se garantiza la posibilidad de que se impugnen decisiones administrativas, pero solamente dentro del plazo previsto de manera expresa por el legislador. Ese plazo para utilizar los diferentes medios de control es conocido como el término de caducidad de las acciones contencioso-administrativas (según consagración del artículo 136 CCA) u oportunidad para presentar la demanda ante la jurisdicción por el medio de control determinado (según consagración del artículo 164 del CPACA).

Teniendo en cuenta que la presente obra se refiere al estudio del contrato estatal y a las controversias que surgen con ocasión de su celebración, ejecución o liquidación, en este escrito me voy a referir a la evolución que ha tenido esta institución identificada como caducidad de la acción de las controversias contractuales, como se denominaba en el artículo 87 del CCA, o *medio de control de controversias contractuales*, como se denomina actualmente en el artículo 141 del CPACA. No obstante el cambio de denominación en el artículo 164 del CPACA, a lo largo del código hay varias menciones a la caducidad del medio de control, por lo cual me referiré a ella como *caducidad*, entendida como el plazo que se tiene para acudir a la jurisdicción.

Desde hace algún tiempo en mis clases hago énfasis en la siguiente afirmación, que de tanto repetirla considero que es de mi cosecha. De no serlo, pido excusas a su creador, explicando que este atrevimiento de tenerla como mía no obedece a mala fe alguna sino a simple deficiencia de memoria y al hábito de repetirla en casi todas mis intervenciones. La afirmación, que en mi opinión es de vital importancia para ubicar las características del régimen sustantivo aplicable al contrato estatal así como las características de su control judicial, establece:

> La identificación del contrato como contrato estatal *no* determina el régimen sustantivo aplicable, el régimen aplicable (privado o público) *no* determina la jurisdicción competente, la jurisdicción competente *sí* determina el derecho procesal aplicable, y el derecho procesal aplicable *sí* determina tanto el medio de control procedente como la caducidad u oportunidad para acudir ante la jurisdicción competente.

Lo primero que corresponde diferenciar son dos instituciones que con frecuencia se utilizan en lo que tiene que ver con el plazo para ejercer la

defensa de los derechos así como el plazo que se tiene para ejercer las acciones judiciales para defender los derechos. En el primer caso estoy haciendo referencia a la prescripción, y en el segundo, a la caducidad de las acciones[1].

Frente a la prescripción, es posible describirla como aquella institución de carácter sustancial, renunciable, que se interrumpe por voluntad de las partes o por algún evento consagrado en la ley. En lo que tiene que ver con la caducidad, esta es de carácter procesal, de orden público, irrenunciable e inmodificable por voluntad de las partes, no se interrumpe salvo en aquellos casos expresa y excepcionalmente previstos por el legislador. Sin perjuicio de esta diferenciación sintética, considero necesario acudir a la forma como pronunciamientos judiciales han efectuado este análisis:

> La prescripción y caducidad son instituciones jurídicas diferentes. No en vano la jurisprudencia y la doctrina se han encargado de perfilar a partir de la legislación que regula una y otra figura, su noción, función y alcances.
>
> La prescripción enseña el Código Civil es un modo de adquirir las cosas ajenas, o de extinguir las acciones o derechos ajenos, por haberse poseído las cosas y no haberse ejercido dichas acciones y derechos durante cierto lapso de tiempo, concurriendo los demás requisitos legales. Se prescribe una acción o derecho cuando se extingue por la prescripción (art. 2512). Como se advierte, bajo la prescripción se configuran dos fenómenos diferentes: el de la prescripción adquisitiva o usucapión, que permite mediante la posesión adquirir derechos reales sobre bienes ajenos; y el de la prescripción extintiva, como medio para fenecer acciones y derechos por el no ejercicio oportuno de aquellas.
>
> A efecto de este análisis, entonces, importa la prescripción extintiva prevista en los artículos 2535 a 2545 del Código Civil, el primero de los cuales reza:
>
> "Artículo 2535. La prescripción que extingue las acciones y derechos ajenos exige solamente cierto lapso de tiempo durante el cual no se hayan ejercido dichas acciones.
>
> Se cuenta este tiempo desde que la obligación se haya hecho exigible."

[1] Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Auto del 27 de mayo de 2004, radicación 2002-0513.

De acuerdo con la norma transcrita, la prescripción extintiva es aquella que en virtud del sólo transcurso de cierto tiempo, produce la extinción de los derechos, de las acciones y de las obligaciones (artículo 2512 C. C. y el numeral 10 del artículo 1625 C. C.). Se llama extintiva, para distinguirla de la adquisitiva, aunque la una es la cara opuesta de la otra: cuando una persona adquiere un bien o derecho por prescripción, simultáneamente se extingue el derecho del antiguo titular y de las acciones que emanaban de ese derecho. Por eso se dice que es una institución de carácter sustancial, aun cuando pueda tener efectos procesales, como quiera que opera por el abandono o negligencia del titular del derecho que tiene poder dispositivo sobre el mismo en ejercicio de la autonomía de la voluntad, frente a otro que no puede quedar expuesto intemporalmente a las pretensiones de aquél, en una relación intersubjetiva de sus patrimonios.

De otro lado, para garantizar la seguridad jurídica de los sujetos procesales, el legislador colombiano instituyó la figura de la caducidad, en los eventos en que determinadas acciones judiciales no se ejercen en un término específico, esquema que ha utilizado dentro del régimen del derecho público particularmente para las acciones que se tramitan ante la Jurisdicción Contenciosa Administrativa (artículo 136 del CCA). Las partes tienen la carga procesal de impulsar el litigio dentro de este plazo fijado por la ley, y de no hacerlo en tiempo, perderán la posibilidad de accionar ante la jurisdicción para hacer efectivo su derecho.

El fenómeno de la caducidad busca atacar la acción por haber sido impetrada tardíamente, impidiendo el surgimiento del proceso. Por esta razón, la efectividad del derecho que se persigue con su ejercicio puede verse afectada. La caducidad es una figura procesal que extingue la acción por el no ejercicio de la misma en el término perentorio establecido por el legislador, y está consagrada por la necesidad que tiene el Estado de estabilizar las situaciones jurídicas. En el contencioso administrativo, el señalamiento de un plazo de carácter preclusivo, evita la incertidumbre que representa para la administración la revocación o anulación de sus actos, y se encuentra establecido en interés general de la colectividad que debe prevalecer sobre el individual de la persona afectada.

La doctrina ha desarrollado las características propias de esta figura para intentar delimitarla y diferenciarla con la prescripción extintiva de corto plazo. Es así como Coviello explica que

"[…] hay caducidad cuando no se ha ejercitado un derecho dentro del término que ha sido fijado por la ley o la convención para su

ejercicio. El fin de la prescripción es tener por extinguido un derecho que, de no haberse ejercitado, se puede presumir que su titular lo ha abandonado; mientras el fin de la caducidad es preestablecer el tiempo en el cual el derecho debe ser útilmente ejercitado. Por ello en la prescripción se tiene en cuenta la razón subjetiva del no ejercicio del derecho; o sea, la negligencia real o supuesta del titular; mientras que en la caducidad se considera únicamente el hecho objetivo de la falta de ejercicio dentro del término prefijado, prescindiendo de la razón subjetiva, negligencia del titular, y aún la imposibilidad de hecho."

A propósito de las diferencias entre prescripción y caducidad, la Corte Suprema de Justicia, en Sentencia del 1 de octubre de 1946, manifestó:

"Al lado de la prescripción liberatoria, como medio de extinguir las acciones en juicio, se admite desde hace algún tiempo y con mayores o menores reservas por parte de los tribunales de justicia, el de la caducidad o término perentorio, el cual puede producir –es verdad– los mismos efectos, pero cuyos fundamentos esenciales así como su régimen en la actuación positiva del derecho son muy distintos […]"

"[…] se diferencian estas dos figuras por lo siguiente:

"A) Aunque excepción de naturaleza perentoria la prescripción debe ser propuesta o alegada por quien quiera aprovecharse de ella, pues no es susceptible declararla de oficio […] de ahí que la prescripción extintiva no tiene cabida sino *ope exceptionis*. Por el contrario, la caducidad puede ser declarada de oficio por el juez, pues sería inadmisible que vencido el plazo señalado por la ley para el ejercicio de la acción o recurso, sin embargo se oyera al promotor de la una o del otro […]. En este sentido la caducidad opera *ipso jure* vale decir, que no es necesario instancia de parte para ser reconocido.

"B) La prescripción es renunciable de modo expreso o tácito, en las condiciones previstas en los artículos 2514 y 2515 del Código Civil, la caducidad no lo es nunca, lo cual se explica por la naturaleza de orden público que en esta última tiene el término preestablecido por la ley positiva para la realización del acto jurídico.

"C) Los términos de prescripción admiten suspensión y pueden ser interrumpidos. Es la regla general que domina el fenómeno, si bien es cierto que algunas prescripciones breves –las señaladas en los artículos 2542 y 2543– corren contra toda clase de personas y no son, por tanto susceptibles de suspensión […]. La interrupción

de la prescripción impide que esta se produzca. En la extintiva o liberatoria la interrupción civil por la notificación judicial de la demanda hace legalmente eficaz el ejercicio del derecho o de la acción. Con respecto a la caducidad no puede hablarse de interrupción, desde luego que en el mismo supuesto –la presentación de la demanda dentro del término preestablecido– es el ejercicio mismo de la acción, el adecuado acomodamiento al precepto que instituye el plazo.

"D) La prescripción corre o empieza a contarse desde que la 'obligación se hace exigible', lo que implica siempre la existencia de una obligación que extinguir (artículo 2533, inciso 2º). La caducidad por el transcurso del tiempo no la supone necesariamente, ya que la consagra la ley en forma objetiva para la realización de un acto jurídico o un hecho, de suerte que el plazo prefijado sólo indica el límite de tiempo dentro del cual puede válidamente expresarse la voluntad inclinada a producir el efecto de derecho previsto."

Desde entonces, la jurisprudencia y la doctrina han reiterado lo expuesto respecto de las diferencias existentes entre la prescripción extintiva o liberatoria y la caducidad, tal y como lo realizó la Sala en el siguiente pronunciamiento:

"A riesgo de resultar reiterativa, la Sala quiere resaltar las diferencias más sobresalientes, que históricamente se han deducido entre la prescripción extintiva y liberatoria y la caducidad de las acciones judiciales, a saber:

"1) La prescripción debe ser propuesta o alegada por la parte que desea liberarse de la prestación que se le enrostra; esto es, que no puede ser declarada de oficio por el juez (arts. 2535 del C. C. y 306 del C. de P.C.).

"2) La caducidad debe ser declarada de oficio por el juez, bien rechazando desde el comienzo de la actuación procesal la demanda, o, al menos, al momento de pergeñar la sentencia, es decir, se trata de un asunto que opera por mandato de la Ley y que no requiere alegación de parte (arts. 85 y 304 del C. de P.C.).

"3) La prescripción puede renunciarse por el interesado, de manera tácita o expresa, claro está, una vez se hubiere consolidado o tipificado, por ser institución de derecho privado y de interés particular (arts. 15, 16, 2514 y 2515 del C. C.).

"4) La caducidad está regida por normas de derecho imperativo, forma parte del derecho público de la nación por estar de por medio del orden público y, por ello, no admite ningún tipo de disponibilidad, lo que la hace irrenunciable.

> ”5) La prescripción admite suspensión y puede ser interrumpida natural o civilmente; la caducidad no permite estas modalidades, ni hace posible la ampliación de los plazos señalados imperativamente por la ley para el ejercicio de las acciones. De allí que los procesalistas digan que los términos precisados para el ejercicio de las acciones son FATALES.
>
> ”6) La prescripción se va gestando desde el día en que se hizo exigible la prestación debida y al cabo del último día del plazo señalado en la Ley se consolida o estructura; la caducidad se presenta cuando llegado el extremo máximo del plazo legal para el ejercicio de la acción, ésta no se ha llevado a cabo por su titular, es decir, no se va estructurando, día a día, sino que se encuentra por la omisión en el ejercicio de la acción.
>
> ”7) La caducidad opera contra todas las personas, por consagración objetiva para realizar el derecho subjetivo de acción, sin miramiento alguno sobre la calidad de los sujetos titulares de la misma, la prescripción, en algunas circunstancias, no corre con respecto a ciertas personas, habida consideración de su calidad o de su incapacidad”[2].

No obstante se ha ofrecido esta clara diferenciación, la jurisprudencia ha reconocido que en ocasiones el legislador se equivoca cuando habla de *prescripción* queriendo hablar de *caducidad* y viceversa, es decir, queriendo hablar de *caducidad* invoca la *prescripción*. Por ello es de inusual complejidad un tema que debería ser absolutamente diáfano por constituir el requisito de acceso a la administración de justicia[3].

Pero el panorama es aún más complejo cuando se entra a revisar la aplicación de la norma en el tiempo, ya que aquí tampoco ha existido unidad de criterio jurisprudencial. El principio consagrado en el artículo 38 de la Ley 153 de 1887 ha sido que la norma sustancial aplicable al contrato estatal es la vigente al momento de la suscripción de este[4], mientras que la norma procesal, según el artículo 40 de la misma ley, al ser de orden público, es de aplicación inmediata. No obstante lo anterior, en esto la jurisprudencia no ha sido uniforme y

[2] Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 5 de diciembre de 2006, radicación 13.750. CP Ruth Stella Correa.

[3] Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Auto del 9 de marzo de 2000, radicación 17.333. CP María Elena Giraldo.

[4] Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 23 de junio de 2017, radicación 38.786. CP Hernán Andrade Rincón.

durante algunos períodos de tiempo ha entendido que la caducidad de la acción contractual tiene inmerso un asunto sustancial y no procesal. Como consecuencia de lo anterior, el término de caducidad aplicable a una controversia sería el vigente en la ley para el momento en que se suscribió el contrato[5]. Esta posición ha sido modificada por el Consejo de Estado[6], que no ha unificado su posición, pero que de manera reiterada desde el 2006 ha entendido, en especial en pronunciamientos más recientes, que es justamente lo contrario: que la caducidad es una institución de carácter procesal y por ende su aplicación es inmediata y restrictiva, llegándose a la conclusión de que lo que determina la norma de caducidad que se ha de aplicar no es el momento de suscripción del contrato sino el momento en el que surja la razón de hecho o de derecho en que se fundamenta la controversia[7].

Pero, entonces, ofrece dificultad no solo el saber en tránsito de legislación cuál es la caducidad aplicable a una controversia, sino también a partir de qué momento empieza a contar ese término definido en la norma respecto de la cual no hay unificación de criterio sobre la aplicable.

El asunto ha tenido una evolución significativa, por lo que este análisis tiene la finalidad de mostrar las variaciones que ha habido en las normas y en la jurisprudencia en materia de caducidad de la acción cuando se está en presencia de un contrato estatal. En el texto se podrá apreciar que la incertidumbre ha sido un común denominador en torno de algunos aspectos de esta figura, ello con una consecuencia específica: la incertidumbre acerca de la posibilidad de acceder o no a la administración de justicia para resolver las controversias, razón por lo que urge una sentencia de unificación.

Para presentar esta evolución voy a dividir el asunto en seis escenarios: (1) se presenta el panorama antes de la expedición de la Ley 80 de 1993; (2) se estudiarán las disposiciones que se introdujeron con la entrada en vigencia del Estatuto General de la Contratación Pública; (3) se analizará el desarrollo jurisprudencial que se presentó con ocasión

[5] Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Auto del 27 de mayo de 2004, radicación 24.371. CP Alier Hernández Enríquez.

[6] Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 5 de diciembre de 2006, radicación 16.541. CP Mauricio Fajardo Gómez.

[7] Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 21 de junio de 2018, radicación 37.487. CP Stella Conto Díaz.

de dichas disposiciones; (4) se estudiará qué ocurrió cuando se profirió la Ley 446 de 1998; (5) se estudiará la modificación introducida por la Ley 1150 de 2007; y, finalmente, (6), se plantearán algunos aspectos que han ocurrido con la expedición de la Ley 1437 de 2011, Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA).

1. Panorama antes de la Ley 80 de 1993

Antes de la entrada en vigencia de la Ley 80 de 1993, la caducidad de la acción contractual se regía por el Código Contencioso Administrativo. El artículo 136, que había sido subrogado por la reforma introducida por el Decreto Extraordinario 2304 de 1989, disponía lo siguiente en su inciso final:

> Las relativas a contratos caducarán en dos (2) años de ocurridos los motivos de hecho o de derecho que le sirvan de fundamento.

Como se puede ver, la norma preveía una norma general que no diferenciaba entre supuestos contractuales. En efecto, la caducidad tenía un término de dos años, que se contaba desde los motivos de hecho o de derecho que se configuraran en torno del contrato estatal.

Esto significaba que la terminación del contrato solía determinar el momento a partir del cual se contaría la caducidad de la acción, como regla general, por dos motivos: primero, era el plazo en el que la Administración perdía competencia para expedir actos administrativos[8]; y, segundo, era el momento en que los contratistas podían determinar si se había configurado un incumplimiento parcial o total del contrato[9]. Igualmente, al entender que la liquidación es el cruce final de cuentas entre co-contratantes, solo hasta ese momento se podría entender que nace la controversia y por ende, es ese el momento en que empezará a contar el término de caducidad.

A pesar de lo anterior, en materia de liquidación unilateral, la Sección Tercera del Consejo de Estado había admitido que se aplicaba la acción de controversias contractuales y, por ende, el término de

[8] Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Auto del 7 de junio de 1993, radicación 7541. CP Carlos Betancur Jaramillo.

[9] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 3 de diciembre de 1993, radicación 7677. CP Carlos Betancur Jaramillo.

caducidad de dos años[10], a partir de su ejecutoria. Es decir, con posterioridad a la terminación del contrato.

Esto como consecuencia de que la reforma de 1989 también había eliminado el concepto de "actos separables del contrato" que contenía inicialmente el Código Contencioso Administrativo. Conforme a esa previsión original, en caso de que se estuviera en presencia de uno de dichos actos, debían ejercerse "las otras acciones previstas en este Código", es decir, la acción de nulidad y restablecimiento del derecho.

Los actos separables tenían, además, un cómputo de caducidad especial. En efecto, el artículo 136 originalmente consagraba lo siguiente:

> Los actos separables distintos del de adjudicación de una licitación sólo serán impugnables jurisdiccionalmente una vez terminado o liquidado el contrato.

Como se puede ver, había dos clases de actos separables: primero, el de adjudicación, cuyo término se contaba a partir de su notificación; y, segundo, los producidos durante el contrato. En el caso de estos últimos, el término de cuatro meses se contaba desde la terminación o liquidación del contrato[11].

No obstante, en ocasiones no era claro cuáles eran los límites de los actos separables. Por ejemplo, se sostuvo que la caducidad de la acción contra un acto de adjudicación podía regirse por la de controversias contractuales, si adicionalmente buscaba la declaratoria de nulidad del contrato[12]. Incluso, la Sección Tercera del Consejo de Estado afirmó que el "*Decreto 01 de 1984 no fue afortunado en el trato que le[s]*

[10] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 2 de diciembre de 1993, radicación 8497. CP Daniel Suárez Hernández.

No obstante, en un caso donde se había declarado unilateralmente la constitución de un siniestro, por medio de actos administrativos expedidos luego de 5 años de finalizados y liquidados los contratos, se determinó que la acción que procedía era la nulidad y restablecimiento del derecho. Véase Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 19 de agosto de 1994, radicación 9233. CP Daniel Suárez Hernández.

[11] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Auto del 13 de septiembre de 1985, expediente 4699. CP Carlos Betancur Jaramillo

[12] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Auto del 7 de febrero de 1990, radicación 5604. CP Carlos Betancur Jaramillo.

dio a los actos administrativos contractuales en cuanto a las acciones, caducidad, oportunidad y procedimiento [...]"[13] (énfasis nuestro).

En conclusión, antes de la entrada en vigencia de la Ley 80 de 1993, en el Código Contencioso Administrativo se había aplicado la tesis de los actos separables[14] de los contratos, restringiendo la demanda de los actos separables diferentes de la adjudicación, una vez terminado el contrato. Esto se corrigió con el Decreto Extraordinario 2304 de 1989, en vigencia del cual se consagró un término de caducidad de dos años contados a partir de la ocurrencia de los motivos de "hecho o de derecho que le sirvan de fundamento".

2. La Ley 80 de 1993: el término de prescripción

Con la entrada en vigencia de la Ley 80 de 1993, sin embargo, se introdujo una norma diferente. Si bien la Ley 80 de 1993 consagró principalmente disposiciones de derecho sustancial, se encargó de regular algunos asuntos de derecho procesal. En primer lugar, introdujo expresamente un término para que *prescribieran* las acciones, de naturaleza civil, basadas en contratos estatales.

Al respecto, los artículos 50 y 55 de la Ley 80 determinaron lo siguiente:

> Artículo 50. *De la responsabilidad de las entidades estatales*. Las entidades responderán por las actuaciones, abstenciones, hechos y omisiones antijurídicos que les sean imputables y que causen perjuicios a sus contratistas. En tales casos deberán indemnizar la disminución patrimonial que se ocasione, la prolongación de la misma y la ganancia, beneficio o provecho dejados de percibir por el contratista.
>
> Artículo 55. *De la prescripción de las acciones de responsabilidad contractual*. La acción civil derivada de las acciones y omisiones a que se refieren los artículos 50, 51, 52 y 53 de esta ley prescribirá en el término de veinte (20) años, contados a partir de la ocurrencia de los mismos. La acción disciplinaria prescribirá en diez (10) años. La acción penal prescribirá en veinte (20) años.

[13] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Auto del 7 de febrero de 1990, radicación 5604. CP Carlos Betancur Jaramillo.

[14] De Vivero, F. "El contencioso administrativo luego de la Ley 446 de 1998", *Revista de Derecho Público*, n.° 11, Uniandes, junio de 2000.

En la exposición de motivos se consagra expresamente que la finalidad de introducir un término de prescripción fue garantizar la efectividad de la responsabilidad de las entidades estatales[15]. Vale la pena decir que la Corte Constitucional, al analizar el alcance del artículo 50 de la Ley 80, consideró que dicha disposición contenía algunos supuestos de la responsabilidad contractual, la cual en todo caso se encontraba enmarcada dentro de lo previsto del artículo 90 de la Constitución Política[16].

En segundo lugar, el artículo 77 de la Ley 80 quiso aclarar la norma procesal aplicable a algunas actuaciones, así:

> Artículo 77º. De la Normatividad aplicable en las actuaciones administrativas. En cuanto sean compatibles con la finalidad y los principios de esta ley, las normas que rigen los procedimientos y actuaciones en la función administrativa, serán aplicables en las actuaciones contractuales. A falta de éstas, regirán las disposiciones del Código de Procedimiento Civil.
>
> *Los actos administrativos que se produzcan con motivo u ocasión de la actividad contractual* sólo serán susceptibles de recurso de reposición *y del ejercicio de la acción contractual, de acuerdo con las reglas del Código Contencioso Administrativo*.
>
> Parágrafo 1º. El acto de adjudicación no tendrá recursos por la vía gubernativa. *Este podrá impugnarse mediante el ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, según las reglas del Código Contencioso Administrativo*.
>
> Parágrafo 2º. Para el ejercicio de las acciones contra los actos administrativos de la actividad contractual no es necesario demandar el contrato que los origina [énfasis nuestro].

Como se puede ver, la Ley 80, entonces, también se encargó de determinar que el acto de adjudicación se demandaría por la acción de nulidad y restablecimiento del derecho. También indicó que los demás actos administrativos que se produjeran con ocasión o motivo de la actividad contractual serían demandables por la acción contractual que preveía el Código Contencioso Administrativo.

[15] "Por otra parte, el artículo 46 regula lo relativo a la prescripción de la acción civil y de la disciplinaria, así como la prescripción de la acción penal, estableciendo términos suficientemente amplios para garantizar la efectividad de la responsabilidad."

[16] Corte Constitucional. Sentencia C-333 de 1996. MP Alejandro Martínez Caballero.

Finalmente, el artículo 60 de la Ley 80 de 1993 estableció un término subsidiario para realizar la liquidación bilateral del contrato. En efecto, determinó que si las partes no establecían un plazo para liquidar el contrato, se debería realizar "a más tardar antes del vencimiento de los cuatro meses siguientes a la finalización del contrato o a la expedición del acto administrativo que ordene la terminación, o a la fecha del acuerdo que la disponga".

3. La jurisprudencia generada con ocasión de la Ley 80 de 1993

La introducción de las disposiciones hizo que el Consejo de Estado aclarara varios aspectos, pero con la presencia de posiciones contradictorias.

Inicialmente, se hicieron varias aclaraciones en torno de la relación entre las normas del Código Contencioso Administrativo y la nueva Ley 80 de 1993[17]. También se abordaron dos asuntos: primero, se reiteró que el término de caducidad podría configurarse en tres casos: uno, frente actos administrativos contractuales, la cual se configuraba desde la ejecutoria de cada uno de los actos[18]; dos, frente a la nulidad (absoluta o relativa) del contrato; tres, frente a los "hechos de ejecución o cumplimiento" del contrato que generen controversia. Aunque se determinó que eso era sin perjuicio de la acción contractual de responsabilidad, la cual tendría un término prescriptivo de veinte años, como lo había establecido la Ley 80 de 1993.

Segundo, se aclaró la posición frente a la caducidad del contrato en caso de liquidaciones, frente a tres escenarios: el primero versa sobre la caducidad frente a un acto unilateral, caso en el cual los dos años deberían contarse desde su ejecutoria; el segundo, cuando la Administración no liquidaba, supuesto en el cual los dos años deberían contarse luego de vencido el plazo de cuatro meses previsto en el artículo 60 de la Ley 80 de 1993 para liquidar los contratos. El tercero era cuando la Administración liquidaba el contrato luego del vencimiento del plazo de cuatro meses, hipótesis donde los dos años contaban desde que

[17] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Auto del 30 de mayo de 1996, radicación 11759. cp Carlos Betancur Jaramillo.

[18] Posición reiterada en Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Auto del 26 de marzo de 1998, radicación 25000-23-31-000-1998-13844-01. cp Ricardo Hoyos Duque.

quedara en firme el acto. Esto por cuanto "la administración no pierde la competencia para liquidar con el vencimiento del término que tiene para hacerlo"[19].

Relacionado con este segundo punto, se aclaró que si la nulidad del contrato tenía relación con el acto de adjudicación, éste también debía demandarse por medio de la acción de controversias contractuales. Con lo anterior, la caducidad era de dos años, y no de cuatro meses, como ocurriría si se demandaba únicamente el acto de adjudicación[20].

Algunos aspectos de esta posición inicial fueron motivo de controversia en la jurisprudencia. En primer lugar, se modificó diametralmente la posibilidad de interponer la acción de controversias contractuales, cuando la nulidad del contrato tenía relación con el acto de adjudicación.

En efecto, en una providencia de 2010 se manifestó que el término de cuatro meses no podía ser desconocido, pues de hacerlo se estaría utilizando la acción de controversias contractuales como un medio para evadir las disposiciones de caducidad, las cuales son de orden público. Es importante manifestar que en el caso que fijó la nueva posición la Sección Tercera declaró la caducidad de la acción en la sentencia que en segunda instancia resolvió de una demanda interpuesta en el año de 1994 (cuando se tenía la tesis anterior)[21].

En segundo lugar, en torno de la procedencia de la caducidad, en un segundo momento se indicó que si el contrato se había suscrito en vigencia de la Ley 80 de 1993, no operaba la caducidad cuando se tratase de responsabilidad patrimonial. Con esto se aclaró la posición inicial, excluyendo que los incumplimientos o cumplimientos de dicho término. En efecto, indicó que la caducidad se predicaría de (1) validez del contrato, (2) actos jurídicos bilaterales, (3) actos unilaterales de las partes y (4) hechos no imputables a las partes; en los demás casos se presentaría la prescripción de veinte años[22].

[19] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Auto del 30 de mayo de 1996, radicación 11759. CP Carlos Betancur Jaramillo.

[20] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 4 de septiembre de 1997, radicación 10065. CP Ricardo Hoyos Duque.

[21] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 3 de febrero de 2010, radicación 25000-23-26-000-1994-09827-01(16540). CP (E): Mauricio Fajardo Gómez.

[22] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Auto del 4 de septiembre de 2001, radicación 20607. CP Alier Hernández.

En ese sentido, para los contratos celebrados desde el 1.º de enero de 1994 se presentaron dos tesis encontradas: por un lado, inicialmente se sostuvo que podía predicarse el fenómeno de caducidad frente a las acciones de controversias contractuales, frente a hechos de ejecución o cumplimiento del contrato, pero se admitía que era sin perjuicio de la de responsabilidad civil; por el otro, se reconocía que no podía operar si se trataban actos de ejecución contractual.

Esto, sin embargo, fue resuelto con la expedición de la Ley 446 de 1998, que estableció un término único de caducidad, tal como estableció la segunda posición de la Sección Tercera[23]. Vale aclarar que la tesis fue tan fuerte que la Sección Tercera indicó que frente a los contratos suscritos antes de la entrada en vigencia de la Ley 446 de 1998 se debería mantener la aplicación del término de prescripción pues era un asunto, en estricto sentido, no únicamente de relación con la ritualidad y las formas del proceso[24], de modo tal que puede ser considerado sustancial.

En el mismo sentido, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 14 de febrero de 2002, radicación 07001-23-31-000-1994-0131-01(13238). CP María Elena Giraldo Gómez. En esta providencia, se basan en una decisión de Sala Plena que, en todo caso, no era plenamente aplicable a este período por cuanto se trata del cómputo de la caducidad en un contrato celebrado antes de la entrada en vigencia del Código Contencioso Administrativo. En todo caso, esta decisión de Sala Plena comportó un cambio en lo que se había sostenido sistemáticamente hasta el momento (véase Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sala Plena. Auto del 9 de marzo de 1998, expediente S-262. CP Joaquín J. Jarava del Castillo).

También Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Auto del 19 de febrero de 2004, radicación 25000-23-26-000-2002-01793-01(24427). CP María Elena Giraldo Gómez.

[23] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Auto del 4 de septiembre de 2001, radicación 20607. CP Alier Eduardo Hernández Enríquez. También, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Auto del 19 de febrero de 2004, radicación 25000-23-26-000-2002-01793-01(24427). CP María Elena Giraldo Gómez.

[24] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Auto del 27 de mayo de 2004, radicación 19001-23-31-000-2002-0513-01(24371). CP Alier Eduardo Hernández Enríquez.

4. Vigencia de la Ley 446 de 1998 y su jurisprudencia

Luego de cinco años de expedida la Ley 80 de 1993, se profirió la Ley 446 de 1998. Esta norma, de carácter principalmente procesal, reformó varias disposiciones del Código Contencioso Administrativo, entre otras normas. En lo que tiene que ver con la caducidad sobre controversias relacionadas con contratación estatal, son relevantes los artículos 32 y 44, modificatorios de los artículos 87 y 136 del Código Contencioso Administrativo.

El nuevo artículo 87 determinaba lo siguiente:

> Artículo 87. De las controversias contractuales. Cualquiera de las partes de un contrato estatal podrá pedir que se declare su existencia o su nulidad y que se hagan las declaraciones, condenas o restituciones consecuenciales, que se ordene su revisión, que se declare su incumplimiento y que se condene al responsable a indemnizar los perjuicios y que se hagan otras declaraciones y condenas.
>
> Los actos proferidos antes de la celebración del contrato, con ocasión de la actividad contractual, serán demandables mediante las acciones de nulidad y de nulidad y restablecimiento del derecho, según el caso, dentro de los treinta (30) días siguientes a su comunicación, notificación o publicación. La interposición de estas acciones no interrumpirá el proceso licitatorio, ni la celebración y ejecución del contrato. Una vez celebrado éste, la ilegalidad de los actos previos solamente podrá invocarse como fundamento de nulidad absoluta del contrato.
>
> [...].

Como se puede ver, esta norma volvió a referirse a la posibilidad de demandar los actos administrativos precontractuales, indicando que procedería la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, en un término especial de treinta días contados a partir de su notificación o publicación.

Así mismo indicó que, una vez celebrado el contrato, la ilegalidad del acto debía ventilarse por medio de la acción de controversias contractuales, en la cual debía solicitarse la nulidad del contrato.

Por su parte, el nuevo artículo 136 consagró lo siguiente:

> […]
>
> 10. En las relativas a contratos, el término de caducidad será de dos (2) años que se contará a partir del día siguiente a la ocurrencia de los motivos de hecho o de derecho que les sirvan de fundamento.

> En los siguientes contratos, el término de caducidad se contará así:
>
> a) En los de ejecución instantánea, a más tardar dentro de los dos (2) años siguientes a cuando se cumplió o debió cumplirse el objeto del contrato;
>
> b) En los que no requieran de liquidación, a más tardar dentro de los dos (2) años siguientes, contados desde la terminación del contrato por cualquier causa;
>
> c) En los que requieran de liquidación y ésta sea efectuada de común acuerdo por las partes, a más tardar dentro de los dos (2) años, contados desde la firma del acta;
>
> d) En los que requieran de liquidación y ésta sea efectuada unilateralmente por la administración, a más tardar dentro de los dos (2) años, contados desde la ejecutoria del acto que la apruebe. Si la administración no lo liquidare durante los dos (2) meses siguientes al vencimiento del plazo convenido por las partes o, en su defecto del establecido por la ley, el interesado podrá acudir a la jurisdicción para obtener la liquidación en sede judicial a más tardar dentro de los dos (2) años siguientes al incumplimiento de la obligación de liquidar;
>
> e) La nulidad absoluta del contrato podrá ser alegada por las partes contratantes, por el Ministerio Público o cualquier persona interesada, dentro de los dos (2) años siguientes a su perfeccionamiento. Si el término de vigencia del contrato fuere superior a dos (2) años, el término de caducidad será igual al de su vigencia, sin que en ningún caso exceda de cinco (5) años, contados a partir de su perfeccionamiento.
>
> f) La nulidad relativa del contrato, deberá ser alegada por las partes dentro de los dos (2) años, contados a partir de su perfeccionamiento.

Como se puede apreciar, esta norma estableció supuestos diferenciados para el cómputo del término de caducidad en controversias contractuales. A diferencia del artículo 1.° del Decreto 01 de 1984 y del Decreto 2304 de 1989, incluso en el término de prescripción de la Ley 80 de 1993, la norma no se limitó a prever un cómputo general de los términos para presentar la acción de controversias contractuales, sino que estableció seis supuestos de hechos diferentes, así:

- Determinó que en los contratos de ejecución instantánea los dos años se contarían desde cuando debía cumplirse el objeto del contrato.
- En los contratos de tracto sucesivo que no requerían liquidación los dos años se contarían desde la terminación.

- En los contratos que requerían liquidación se determinaron varias reglas:
  - Si hubo liquidación de mutuo acuerdo, el cómputo del término ocurriría desde la fecha de la liquidación.
  - Si la liquidación se realizó de manera unilateral, la demanda debía presentarse dentro de los dos años siguientes a la ejecutoria del acto administrativo.
  - Si se preveía liquidación y no se realizaba dentro de los dos meses siguientes (1) al vencimiento del plazo para liquidar pactado o (2) si el contrato guardaba silencio, al vencimiento del término de cuatro meses previsto en la Ley 80 de 1993, la demanda debía presentarse dentro del vencimiento del término de los dos meses adicionales.
- Finalmente, frente a las pretensiones de nulidad contractual, se determinó lo siguiente:
  - Si la pretensión versaba sobre nulidad absoluta había dos reglas:
    - Si el contrato tenía un término menor a dos años, podía demandarse hasta dentro de los dos años siguientes al perfeccionamiento del negocio jurídico.
    - Si el contrato tenía un término mayor a dos años, se podía demandar hasta por el término de vigencia del contrato, dentro de un plazo máximo de cinco años desde el perfeccionamiento del contrato.
  - Si la pretensión se trataba de nulidad relativa, la demanda debía ser presentada por alguna de las partes dentro de los dos años siguientes al perfeccionamiento del contrato.

Lo cierto es que esta nueva regulación no permitía sostener que se debía aplicar el término de prescripción de la Ley 80 de 1993. Esto, porque los contratos celebrados en vigencia de esta norma estarían cobijados por la nueva regulación que determina claramente la procedencia de la caducidad, no obstante que en el artículo 55 se había hablado de *prescripción* y no de *caducidad*. Lo anterior, en razón de que la interpretación de la mención a prescripción se entendió como una equivocación en tanto se quería referir a caducidad.

Pese al nuevo nivel de detalle de la norma, en su vigencia se presentaron varios asuntos que debieron ser aclarados jurisprudencialmente: primero, se planteó incertidumbre sobre cuál es el término para

demandar si en el acta de liquidación se preveía el cumplimiento de obligaciones y éstas eran incumplidas. En este escenario, la Sección Tercera consideró que el término se contaba desde el incumplimiento de la obligación, y no desde la celebración de la liquidación[25].

Segundo, a pesar del detalle de la regulación en materia de actos precontractuales, no fue del todo claro cómo determinar en algunos casos el término de caducidad y la acción procedente. En una posición inicial, se admitió (sin restricción alguna) que si el contrato se celebraba, debía presentarse la acción de controversias contractuales dentro de los dos años siguientes a su celebración, reiterando la posición que se había mantenido en vigencia de la Ley 80 de 1993[26].

Incluso, en vigencia de esta posición, se llegó a afirmar que el legislador buscó beneficiar al proponente que dejaba vencer el término para interponer la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, de forma tal que podía presentar la de controversias contractuales, siempre que pretendiera adicionalmente la nulidad del contrato[27].

No obstante, después se modificó la posición. En efecto, se expresó que si la acción de controversias contractuales, buscando la nulidad del contrato, se presentaba después de los treinta días, las acciones podían ser acumuladas, pero las pretensiones relativas al restablecimiento del derecho se entenderían caducadas.

El cambio de posición inició con una providencia del año 2010 a la que se hizo referencia previamente, la cual estudió un caso en el que no se aplicaba la Ley 446 de 1998, pues la demanda había sido presentada en 1994. No obstante, a manera de *obiter dicta*, manifestó que

[25] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 15 de octubre de 1998, radicación 11966. CP Daniel Suárez Hernández.

[26] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 7 de septiembre de 2000, radicación 12856. CP Ricardo Hoyos Duque.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 10 de mayo de 2001, radicación 07001-23-31-000-1995-0169-01(13347). CP Ricardo Hoyos Duque.

[27] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 13 de diciembre de 2001, radicación 25000-23-26-000-2000-2018-01(19777). CP Ricardo Hoyos Duque.

En el mismo sentido, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Auto del 1.º de abril de 2009, radicación 50001-23-31-000-2008-00282-01(36124). CP Ruth Stella Correa Palacio.

la acumulación de pretensiones no podía implicar que los términos de caducidad estuvieran a disposición de las partes[28].

Esta posición se consolidó posteriormente, a tal punto que se manifestó que la caducidad frente a las pretensiones de restablecimiento del derecho se presentaba inclusive si el contrato era celebrado después del plazo de treinta días que existía para interponer la acción de nulidad y restablecimiento del derecho[29]. Esta nueva posición incluso ha sido adoptada por todas las subsecciones de la Sección Tercera del Consejo de Estado[30].

Tercero, inicialmente se estableció que el término de treinta días no era aplicable a los actos de declaratoria desierta porque, en estricto sentido, no es un acto que se profiera con ocasión de la actividad contractual, justamente porque con él no se celebra un negocio jurídico. Como consecuencia de ello, el término de caducidad es el de cuatro meses previsto, como criterio general, para las acciones de nulidad y restablecimiento del derecho[31].

[28] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 3 de febrero de 2010, radicación 25000-23-26-000-1994-09827-01(16540). CP (E): Mauricio Fajardo Gómez.

[29] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A. Sentencia del 13 de noviembre de 2013, radicación 2500023260002001029220l (28479). CP Mauricio Fajardo Gómez. En el mismo sentido: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A. Sentencia del 13 de noviembre de 2013, radicación 2500023260019990219701 (25646). CP Mauricio Fajardo Gómez. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A. Sentencia del 29 de enero de 2014, radicación 2500023260002001020530l (30250). CP Mauricio Fajardo Gómez. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A. Sentencia del 12 de febrero de 2014, radicación 25000232600020013770l (32721). CP Mauricio Fajardo Gómez. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A. Sentencia del 12 de febrero de 2014, radicación 25000232600020010292 2 (31753). CP Mauricio Fajardo Gómez. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A. Sentencia del 9 de julio de 2014, radicación 25000232600020000120501 (27883). CP Carlos Alberto Zambrano Barrera.

[30] Véase Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B. Sentencia del 27 de marzo de 2014, radicación 20001-23-31-000-1999-00784-01(27453). CP Ramiro de Jesús Pazos Guerrero. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C. Sentencia del 10 de septiembre de 2014, radicación 25000-23-26-000-2000-01305-01(27203). CP Olga Mélida Valle de De la Hoz.

[31] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Auto del 7 de junio de 2001, radicación 08001-23-31-000-1999-2057-01(19583). CP María Elena Giraldo Gómez.

Sin embargo, el Consejo de Estado se retractó sutilmente de esa posición. En un principio, la modificó en un caso donde se estudiaba un acto administrado en que se había determinado "no suscribir un contrato". En esa ocasión la Sección determinó que se había configurado la caducidad en la medida en que la acción de nulidad y restablecimiento del derecho no se había interpuesto dentro del término de treinta días[32].

La nueva posición se consolidó, posteriormente, en otra providencia en la que se demandó un acto de declaratoria desierta. En esta oportunidad se manifestó que el término para demandarlo era de treinta días y no de cuatro meses[33], razón por la cual se encontraba caducada la acción.

En mi opinión una de las causas de la gran incertidumbre que se ha generado en materia de la competencia temporal para liquidar los contratos se encuentra en el hecho de mezclar el término para ejercer una competencia administrativa y el término para ejercer una acción judicial, ahora conocida como "medio de control".

5. La Ley 1150 de 2007 y su determinación de los dos meses para liquidar

Aunque expresamente no afectó la caducidad de la acción, en vigencia de las disposiciones de la Ley 446 de 1998, se planteó un posible debate acerca de si la Administración podría liquidar unilateralmente el contrato luego del plazo de dos meses introducido por la Ley 446 de 1998[34]. Para recoger los pronunciamientos[35] y dar seguridad a la

[32] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 13 de marzo de 2003, radicación 05001-23-31-000-2001-2972-01 (23278). CP Jesús María Carrillo Ballesteros.

[33] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Auto del 24 de enero de 2007, radicación 18001-23-31-000-2005-00513-01(32865). CP Mauricio Fajardo Gómez.

[34] A tal punto que fue un asunto objeto de consulta en varias oportunidades. Véase Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 31 de octubre de 2001, radicación 1365. CP Flavio Augusto Rodríguez Arce.

[35] *Gaceta del Congreso de la República* n.° 656 del 22 de septiembre de 2005, p. 12. Textualmente se planteó lo siguiente:

"A lo anterior se debe agregar que es necesario recoger en el artículo el tema de las condiciones que debe reunir la liquidación del contrato, para efectos de proceder a demandar ante la jurisdicción, *tema este que tiene ya bastante desarrollo en las sentencias del Consejo de Estado, y que deben recogerse*, ahora, en una ley del Congreso que brinde seguridad y estabilidad al tema" (destacado nuestro).

materia, se introdujo el artículo 11 de la Ley 1150 de 2007, en los siguientes términos:

> Artículo 11. *Del plazo para la liquidación de los contratos*. La liquidación de los contratos se hará de mutuo acuerdo dentro del término fijado en los pliegos de condiciones o sus equivalentes, o dentro del que acuerden las partes para el efecto. De no existir tal término, la liquidación se realizará dentro de los cuatro (4) meses siguientes a la expiración del término previsto para la ejecución del contrato o a la expedición del acto administrativo que ordene la terminación, o a la fecha del acuerdo que la disponga.
>
> En aquellos casos en que el contratista no se presente a la liquidación previa notificación o convocatoria que le haga la entidad, o las partes no lleguen a un acuerdo sobre su contenido, la entidad tendrá la facultad de liquidar en forma unilateral dentro de los dos (2) meses siguientes, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 136 del C. C. A.
>
> Si vencido el plazo anteriormente establecido no se ha realizado la liquidación, la misma podrá ser realizada en cualquier tiempo dentro de los dos años siguientes al vencimiento del término a que se refieren los incisos anteriores, de mutuo acuerdo o unilateralmente, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 136 del C. C. A.
>
> Los contratistas tendrán derecho a efectuar salvedades a la liquidación por mutuo acuerdo, y en este evento la liquidación unilateral solo procederá en relación con los aspectos que no hayan sido objeto de acuerdo.

Aunque esta norma aclaró que la entidad tendría la facultad de liquidar unilateralmente los contratos luego de vencido del término de dos meses previsto en el Código Contencioso Administrativo, no se reguló expresamente cómo computaría la caducidad si la Administración expidiera el acto administrativo dentro del término de dos años con el que cuenta el contratista para demandar la liquidación judicial.

Ese aspecto tampoco había sido abordado profusamente por la jurisprudencia del Consejo de Estado. No obstante, algunas providencias suponían, sin hacerlo expresamente, que el término de caducidad de dos años se computaría desde el momento en que la Administración expidiera el acto administrativo de liquidación[36].

[36] Véase Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 3 de marzo de 2010, radicación 50001-23-31-000-2009-00040-01(36871). CP (E): Mauricio Fajardo Gómez.

Como se aprecia, esta norma tampoco aportó soluciones frente a los grandes debates de caducidad surgidos en vigencia de la Ley 446 de 1998.

6. El panorama actual: la expedición de la Ley 1437 de 2011

Como si el panorama de este asunto no fuera lo suficientemente complejo, en el año 2011, se profirió el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (en adelante, CPACA). Esta norma trajo una nueva regulación integral acerca de la caducidad en materia de contratos estatales. Los artículos 141 y 164 de la nueva norma consagran lo siguiente:

> Artículo 141. *Controversias contractuales*. Cualquiera de las partes de un contrato del Estado podrá pedir que se declare su existencia o su nulidad, que se ordene su revisión, que se declare su incumplimiento, que se declare la nulidad de los actos administrativos contractuales, que se condene al responsable a indemnizar los perjuicios, y que se hagan otras declaraciones y condenas. Así mismo, el interesado podrá solicitar la liquidación judicial del contrato cuando esta no se haya logrado de mutuo acuerdo y la entidad estatal no lo haya liquidado unilateralmente dentro de los dos (2) meses siguientes al vencimiento del plazo convenido para liquidar de mutuo acuerdo o, en su defecto, del término establecido por la ley.
>
> Los actos proferidos antes de la celebración del contrato, con ocasión de la actividad contractual, podrán demandarse en los términos de los artículos 137 y 138 de este Código, según el caso.
>
> El Ministerio Público o un tercero que acredite un interés directo podrán pedir que se declare la nulidad absoluta del contrato. El juez administrativo podrá declararla de oficio cuando esté plenamente demostrada en el proceso, siempre y cuando en él hayan intervenido las partes contratantes o sus causahabientes.
>
> Artículo 164. *Oportunidad para presentar la demanda*. La demanda deberá ser presentada:
>
> [...]
>
> 2. En los siguientes términos, so pena de que opere la caducidad:
>
> [...]
>
> (c) Cuando se pretenda la nulidad o la nulidad y restablecimiento del derecho de los actos previos a la celebración del contrato, el

término será de cuatro (4) meses contados a partir del día siguiente a su comunicación, notificación, ejecución o publicación, según el caso;

[...]

(j) En las relativas a contratos el término para demandar será de dos (2) años que se contarán a partir del día siguiente a la ocurrencia de los motivos de hecho o de derecho que les sirvan de fundamento.

Cuando se pretenda la nulidad absoluta o relativa del contrato, el término para demandar será de dos (2) años que se empezarán a contar desde el día siguiente al de su perfeccionamiento. En todo caso, podrá demandarse la nulidad absoluta del contrato mientras este se encuentre vigente.

En los siguientes contratos, el término de dos (2) años se contará así:

(1) En los de ejecución instantánea desde el día siguiente a cuando se cumplió o debió cumplirse el objeto del contrato;

(2) En los que no requieran de liquidación, desde el día siguiente al de la terminación del contrato por cualquier causa;

(3) En los que requieran de liquidación y esta sea efectuada de común acuerdo por las partes, desde el día siguiente al de la firma del acta;

(4) En los que requieran de liquidación y esta sea efectuada unilateralmente por la administración, desde el día siguiente al de la ejecutoria del acto administrativo que la apruebe;

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

Como se puede ver, la normativa actual consagra una regulación similar a la que se estableció con la Ley 446 de 1998. En ese sentido, prevé cinco supuestos diferenciados acerca de la caducidad de controversias contractuales. También prevé una norma de caducidad expresa frente a los actos administrativos expedidos antes de la celebración del contrato.

En efecto, la nueva regulación contiene lo siguiente:

- Prevé que los actos precontractuales pueden ser demandados por nulidad y restablecimiento del derecho, dentro de los cuatro meses siguientes a su ejecutoria.

- Reitera las reglas de caducidad del medio de control de controversias contractuales que fueron previstas en Ley 446, aclarando algunos aspectos:
  - Nuevamente la regla general es que los dos años se cuentan desde el día siguiente a la ocurrencia de los motivos de hecho o de derecho que fundamentan el medio de control.
  - Se reiteran las reglas en materia de contratos de ejecución instantánea o que no requieren liquidación.
  - Se prevén, nuevamente, tres escenarios para los contratos que requieren liquidación, así:
    - Si la liquidación es bilateral, la caducidad computará desde el día siguiente de su suscripción del acuerdo.
    - Si la liquidación es unilateral, la caducidad se cuenta desde el día siguiente de la ejecutoria del acto administrativo.
    - Se prevé una regla para cuando no se realiza la liquidación, en este escenario la caducidad cuenta luego de transcurridos los dos meses siguientes –en los cuales se podría liquidar unilateralmente el contrato– a los cuatro meses previstos para la liquidación bilateral. Vale decir que este supuesto aclara que los cuatro meses para la liquidación computarán a partir de: (1) la terminación del contrato, (2) la expedición del acto que ordene la terminación o (3) de un acuerdo entre las partes.
  - Finalmente, regula el cómputo de caducidad en materia de la nulidad (absoluta) de contratos estatales. En este escenario, el término será de dos años desde el perfeccionamiento del negocio jurídico. No obstante, la nulidad absoluta podrá ser solicitada mientras el contrato esté vigente.

Como se puede ver, la nueva regulación resuelve algunas de las controversias que se presentaron durante el desarrollo jurisprudencial. En ese sentido, podría considerarse que se resuelve gran parte del debate sobre actos precontractuales. En efecto, el CPACA diferencia las acciones claramente, estableciendo que para los actos precontractuales debe interponerse el medio de nulidad y restablecimiento del derecho. La caducidad de estas pretensiones se rige por la regla general de cuatro meses, y no por la de los treinta días que había determinado la Ley 446. Igualmente, la procedencia del medio de control es independiente de la celebración del contrato. Con esto, el medio de nulidad y restablecimiento del derecho procederá aun si se el negocio jurídico se perfecciona.

Si bien se aclararon varios aspectos controversiales, es natural que con el CPACA persistan dudas –e incluso surjan nuevas– acerca del cómputo de caducidad, sin perjuicio de las dudas que pudieron surgir sobre el tránsito de legislación y acerca de la norma aplicable a los términos que empezaron a correr en vigencia de la norma anterior[37].

De manera concordante, se prevé que en ejercicio del medio de control de controversias contractuales se puede ventilar la nulidad absoluta y relativa de los contratos. En este escenario, solo quedaría la duda: si la nulidad contractual se basa en la nulidad del acto de adjudicación, ¿sería viable la interposición del medio de controversias contractuales o, por el contrario, debe interponerse necesariamente demanda de nulidad y restablecimiento del derecho?

La posición actual, estudiada anteriormente, indicaría que sí es procedente el medio de control de controversias contractuales, siempre que no implique ningún restablecimiento del derecho para el demandante, a pesar de que el tercero debe tener interés directo para interponerlo. Esta posición, como se mencionó, ha sido recogida por las tres subsecciones.

Además, puede surgir la duda acerca de la forma como se computa la caducidad frente a los actos administrativos unilaterales de contratos, diferentes de la caducidad o a la terminación del contrato. En ese sentido, si se impone una multa deberá esperarse a la liquidación del contrato o deberá demandarse dentro de los dos años siguientes a su imposición. Una posición (todavía no consolidada) establece que el cómputo de la caducidad debería realizarse desde la ejecutoria del acto administrativo[38].

En segundo lugar, continúa sin resolverse qué ocurre si se liquida unilateralmente un contrato por fuera del plazo de seis meses previsto para la liquidación bilateral y unilateral. En este escenario se pueden plantear dos posiciones: la primera puede determinar que el término de caducidad que estaba transcurriendo es el aplicable para demandar

[37] Si bien el CPACA adecuadamente previó que solo aplicaría a los procesos iniciados después del 2 de julio de 2012, es viable que se presenten casos en los que el proceso se rija por el CPACA pero el término de caducidad se rigiera por el CCA. Véase Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A. Sentencia del 8 de marzo de 2017, radicación 25000-23-36-000-2013-00249-01(50890). CP Marta Nubia Velásquez Rico.

[38] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A. Sentencia del 5 de julio de 2018, radicación 05001-23-31-000-2007-02466-01(54688). CP Marta Nubia Velásquez Rico.

el acto administrativo; la segunda determina que los dos años deben contarse de manera independiente a partir de la expedición de la liquidación unilateral.

Este asunto no solo no ha sido resuelto, sino que se ha presentado una situación delicada.

Tras la expedición del CPACA se crearon subsecciones en el interior de la Sección Tercera. Esto ha generado que se aumenten las dudas. En esta materia se ha presentado un contradictorio desarrollo e, inclusive, un choque de posiciones entre subsecciones.

En efecto, la Subsección C se ha pronunciado al menos en cinco oportunidades[39] sobre la materia. Solo en una de ellas las consideraciones comportaban verdadera *ratio decidendi*, a pesar de que las providencias anteriores fuesen citadas como fundamento para la decisión.

En la primera providencia se consideró que el término de caducidad del medio de controversias contractuales se debería computar desde la ejecutoria del acto de liquidación unilateral. Esto a pesar de que ya hubiera empezado a correr el término de dos años para el evento en el que la Administración no liquida el contrato en término. El fundamento de esto era que la entidad podría proferir un acto restando un día para que finalice el plazo de caducidad, con lo cual se afectarían gravemente los derechos de acceso a la justicia del contratista, pues la caducidad de su acción no sería de dos años, sino de un día. Esta posición se planteó en un auto del 13 de junio de 2013 (en un proceso con radicación 24054), y fue reiterada en providencia del 14 de mayo de 2014.

No obstante, con salvamente de voto, el 14 de junio de 2014, la subsección modificó su presunta posición, manifestó que el medio de control no podría tener un término de caducidad diferente del que ya había empezado a correr, luego de los dos meses que tuvo la Administración para liquidar unilateralmente el contrato. Esta "nueva" posición,

[39] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C. Sentencia del 8 de junio de 2018, radicación 25000232600019990198801 (38120). CP Jaime Enríquez Rodríguez Navas. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C. Sentencia del 13 de junio de 2013, radicación 24054. CP Enrique Gil Botero. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C. Sentencia del 14 de mayo de 2014, radicación 23788. CP Enrique Gil Botero. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C. Sentencia del 12 de junio de 2014, radicación 29469. CP Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C. Auto del 12 de julio de 2017, radicación 58800. CP Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

que se había adoptado tan solo un mes después de que se profiriera en unanimidad el auto del 14 de mayo de 2014, se reiteró en auto del 12 de julio de 2017, en la cual se declaró la caducidad de un medio interpuesto contra la liquidación unilateral.

En este escenario se reiteró la nueva tesis, pero se aclaró que si la Administración expide el acto de liquidación cerca al vencimiento del término de caducidad, contra la liquidación unilateral debería interponerse el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, dentro los cuatro meses siguientes a la ejecutoria del acto administrativo. Esta posición deja, en todo caso, la duda acerca de si se revivieron los actos administrativos separables del contrato. Esta tesis, como se expresó al inicio de este texto, fue la que rigió en los inicios del Código Contencioso Administrativo.

Finalmente, en reciente providencia del 8 de junio de 2018[40], sin abordar el asunto expresamente, la Subsección C contabilizó la caducidad del medio de control de controversias contractuales, desde el acto de liquidación unilateral. Cabe aclarar que el acto había sido expedido luego del término de seis meses para realizar la liquidación bilateral (cuatro meses) y unilateral (dos meses).

Ahora bien: la incertidumbre aumenta si se tiene en cuenta que la Subsección A de la Sección Tercera maneja una tesis diferente. En efecto, en auto del 25 de junio de 2014[41] computó la caducidad desde la expedición del acto de liquidación. Así mismo, en auto del 28 de noviembre de 2017[42] se consideró expresamente que en el supuesto estudiado debía computarse la caducidad desde la expedición del acto administrativo de liquidación, razón por la cual revocó la decisión del tribunal que había declarado la caducidad.

Luego de la lectura del texto se debe tener una sensación de desasosiego frente a los múltiples cambios que ha habido sobre el cómputo de la caducidad en contratación estatal. La sensación no debe ser menor,

[40] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C. Sentencia del 8 de junio de 2018, radicación 25000232600019990198801 (38120). CP Jaime Enríquez Rodríguez Navas.

[41] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A. Sentencia del 25 de junio de 2014, radicación 25000232600019990277401 (27143). CP Hernán Andrade Rincón.

[42] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A. Auto del 28 de noviembre de 2017, radicación 25000232600020160132601 (58904). CP Marta Nubia Velásquez Rico.

si se tiene en cuenta que se trata de un asunto que determina la puerta de entrada a la jurisdicción. Este escrito, sin embargo, no pretende desconocer la importancia de los desarrollos jurisprudenciales, pues ellos son necesarios al ser el derecho una profesión basada en el lenguaje humano, razón por la cual los textos siempre serán susceptibles de interpretación.

En mi opinión la tesis más garantista sería, por una parte, entender que la caducidad, no obstante ser una institución del derecho procesal, condiciona el ejercicio del derecho, por lo cual debería entenderse como norma por aplicar aquella vigente al momento en que se suscribe el contrato. En el caso en que se considere que esto desnaturaliza la figura, podría igualmente entenderse, en aras de dar las mayores garantías sin sacrificar la seguridad jurídica, que desde el momento en que se suscribe el contrato empieza a contar el término, de forma tal que éste se contabilizará desde el momento en que surja el fundamento de hecho o de derecho en que se soporta la reclamación. Es decir: se entiende la suscripción del contrato como el término que determina la norma aplicable a la caducidad, ya que cualquier controversia contractual surge como consecuencia de su suscripción, ejecución o liquidación. Lo anterior para poder aplicar la excepción del artículo 40 de la Ley 153 de 1887, en el sentido de que los términos que han empezado a correr seguirán rigiéndose por la norma procesal vigente en ese momento y no por la nueva que se aplicará en tanto norma procesal de manera inmediata, salvo en las excepciones mencionadas.

Esta segunda interpretación, debo reconocer, es aún más difícil de entender y por ende de aplicar, por lo cual me inclinaría por la primera que vengo de mencionar.

No obstante, sí quiero llamar la atención sobre cómo se puede resolver la incertidumbre que se ha generado. Hay, al menos, tres propuestas que pueden ser relevantes:

Primero, se debe buscar la expedición de sentencias de unificación de la Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado. Esto permitirá evitar que haya posiciones divergentes en el interior de la corporación, con lo cual se disminuye la inseguridad jurídica. No se entiende que la posibilidad de ventilar una controversia ante la jurisdicción dependa del azar, pues su admisión dependerá de la subsección a la que corresponda en el reparto.

Segundo, se deben preferir las interpretaciones de las normas procesales que no constituyan obstáculos para que los ciudadanos puedan

acudir a la justicia. En ese sentido, ante dos lecturas válidas de la norma, deberá preferirse aquella que no genere una barrera de acceso a la administración de justicia. Esto se traduce en que si frente a una norma que regula la caducidad puede existir duda respecto a si se ha configurado o no, debería preferirse esta última opción por ser más garantista. Lo contrario podría constituir un exceso ritual.

Tercero, aun si no se comparte la propuesta anterior, debería estudiarse la posibilidad de plantear que la aplicación de las tesis que modifican posiciones jurisprudenciales, para considerar que se debe configurar la caducidad del medio de control, solo se apliquen a casos que se presenten luego de la decisión. Esto es, que no se apliquen a demandas presentadas bajo la vigencia de una posición jurisprudencial diferente de la que se pretende adoptar. Lo anterior para no sorprender al particular que confió legítimamente en las posiciones que había adoptado el tribunal. Esto ya ha sido reconocido en varios pronunciamientos de la Sección Tercera[43].

Vale decir que esta última propuesta debería ser acompañada con la instalación de una buena práctica en el interior de la Sección Tercera del Consejo de Estado, a saber: si se pretende modificar una posición que afecte el libre acceso a la administración de justicia, a manera de ejemplo, la caducidad, el agotamiento del requisito de procedibilidad, etc., esta decisión debería ser adoptada por la sala plena de la sección, unificando la posición mediante el mecanismo que da certeza al operador de la jurisdicción.

***

Una vez entregado este artículo para su publicación, quisiera creer que fue tan intenso mi querer, que logré que por esas casualidades de la vida la Sección Tercera tomara la decisión de unificar su jurisprudencia no solo en gran parte de lo tratado aquí sino en el mismo sentido que proponía. En efecto, mediante auto de unificación de fecha agosto 1.° de 2019, la Sección Tercera, en su formación de sala plena, profirió dentro del expediente 05001-23-33-000-2018-0342-01 providencia en

[43] Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 4 de septiembre de 2017, radicación 57279. CP Jaime Orlando Santofimio; Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 25 de abril de 2018, radicación 58.890. CP Jaime Orlando Santofimio.

la que estudió las diferentes posiciones entorno al término para liquidar los contratos estatales de acuerdo con lo consagrado en los artículos 60 de la Ley 80 de 1993 y 11 de la Ley 1150 de 2007 en concordancia con el artículo 164 del CPACA.

Lo que concluye el Consejo de Estado, en mi entender, es que los contratos estatales regidos por el Estatuto de Contratación Estatal se pueden liquidar en primer lugar de mutuo acuerdo, ya sea dentro del término pactado para hacerlo bilateralmente o, si no se pactó, dentro del término residual de cuatro meses, o dentro de los dos meses y dos años siguientes a la terminación del plazo de ejecución del contrato Esto es, el término máximo para liquidarlos de mutuo acuerdo es de dos años y seis meses. El término puede variar si se pacta un término diferente al residual de los cuatro meses. Si ello ocurre y es menos de esos cuatro meses, el término total se disminuirá en la diferencia entre los cuatro meses y el término pactado. Y si el pactado es superior a los cuatro meses, este se aumentará en el término superior al de cuatro meses que se haya pactado.

Ahora bien: para efectos de la liquidación unilateral, el plazo para hacerlo será el de dos meses y dos años contados a partir del momento en que fracase la liquidación de mutuo acuerdo o contados a partir del vencimiento del plazo pactado para ello o del residual de cuatro establecido en la ley.

Frente a la liquidación judicial, en tanto que no se está en presencia de competencia administrativa sino de función judicial, la habilitación para solicitar al juez que proceda a realizarla depende de la oportunidad fijada en la ley para utilizar el medio de control de controversia contractual, es decir, de la caducidad de la acción. En este caso, y de conformidad con el artículo 164 del CPACA, en los casos en que no se haya efectuado ni bilateralmente ni unilateralmente, la caducidad es de dos años contados a partir del vencimiento de la sumatoria del tiempo pactado para hacerlo bilateralmente o, de no existir, del término residual de los cuatro meses adicionado en los dos meses que la ley habilita para realizarla unilateralmente. Es decir, solo nace una vez cumplidos los plazos mencionados en la ley para hacerlo bilateral o unilateralmente, y va hasta que se cumplan los dos años contados a partir del día siguiente al cumplimiento del último de los indicados.

Finalmente, es necesario distinguir cuando se ha liquidado ya sea bilateral o unilateralmente y lo que se pretende es impugnar judicialmente esta actuación. Es importante destacar la diferencia de este evento con

la solicitud al juez de liquidar el contrato judicialmente. En este caso ya existe liquidación y lo que se solicita al juez es que revise si está ajustada al contrato y a la ley.

En los casos en que se pretende impugnar la liquidación bilateral efectuada, siempre que se haya dejado la salvedad correspondiente o se alegue un vicio del consentimiento si no se ha dejado, la caducidad es de dos años contados a partir del día siguiente al momento en que se haya efectuado. Obviamente, no sobra insistir en que ésta debe haber ocurrido dentro del plazo para el ejercicio de la competencia administrativa que mencioné antes.

Ahora bien: si se trata de impugnar el acto mediante el cual se liquidó unilateralmente el contrato, los dos años se contarán a partir del día siguiente a aquel en que adquiera firmeza el respectivo acto administrativo. En este caso, igual a como lo hice en el anterior, no sobra indicar que debe haberse realizado esta liquidación unilateral dentro del plazo para el ejercicio de la competencia administrativa ya indicada en páginas anteriores.

Se elimina la interpretación según la cual la caducidad de la acción se contaba a partir del vencimiento de los plazos indicados en la ley ya fuera para liquidar de manera bilateral o de manera unilateral. A pesar de reconocerse que era posible hacer la liquidación por fuera de estos plazos pero siempre que estuviese dentro de los dos años y seis meses, se entendía que el término de caducidad empezaba a correr. Así, si había corrido un plazo de dos años y cuatro al momento en que se suscribiese la liquidación de mutuo acuerdo, o se expidiera la liquidación unilateral, a la caducidad tan solo le restarían dos meses por correr.

Se le daba una denominación de extemporánea a la liquidación ocurrida por fuera del plazo indicado en la ley para cada una de sus modalidades, pero siempre que no hubiese corrido el plazo máximo de dos años y meses consagrado en la ley. Lo anterior a pesar de que el efecto de esta extemporaneidad no implicaba la preclusividad del plazo sino exclusivamente el inicio del conteo del término de caducidad del medio de control.

En últimas, en mi opinión se podría hacer una diferencia entre plazo sugerido en la ley y plazo máximo. Siendo el sugerido, para la bilateral, el pactado por las partes o en su defecto el de los cuatro meses de la ley. Para la unilateral, el de dos meses contados a partir del vencimiento del bilateral o del fracaso de ésta si fuese antes. Por fuera de este plazo sugerido estaría el plazo máximo para hacerlo en tiempo, que serían los

dos años siguientes a estos vencimientos sin haber efectuado ninguno de los dos, evento en el cual además de aún estar habilitado para hacer cualquiera de ellas, nacería la posibilidad de solicitarle al juez que proceda a realizar la liquidación judicialmente.

Claramente es un avance frente a un asunto de trascendental importancia. No obstante, llama la atención el que no se aprovechó la oportunidad para aclarar varios asuntos que ya en este escrito había destacado. A pesar de ello los menciono nuevamente, y traigo a colación otros.

Es fundamental destacar que los hechos correspondientes a la providencia en la que se hace la unificación corresponden a un contrato que se rige por un régimen exceptuado. En efecto, se trata de una entidad con régimen de empresa industrial y comercial del Estado que ejerce una actividad en competencia. Es decir, el contrato se rige por el derecho privado. Teniendo en cuenta lo anterior, no existe obligación de liquidar el contrato, salvo que se pacte, y en todo caso se carece de la facultad de liquidar el contrato mediante acto administrativo. Se podría pactar la liquidación unilateral, pero conforme al derecho privado, ausente de facultad impositiva propia del acto administrativo.

Frente a esto considero que pudo haberse aclarado que la caducidad contará a partir del momento de la terminación del plazo de ejecución del contrato, para cualquier controversia que haya surgido con ocasión de su ejecución. No entrará a jugar la liquidación en nada salvo que se haya pactado algo contractualmente. Los dos años de la acción contractual, siempre que su conocimiento sea de la jurisdicción contencioso-administrativa, si se pactó algún tipo de liquidación, serán a partir de que se adelante dicha actuación o en su defecto trascurra el término pactado sin haberlo hecho.

Por otra parte, considero que nada se dijo frente a dos asuntos relevantes:

En primer lugar, la definición acerca de si la caducidad del medio de control en materia contractual, esto es, no obstante tener un carácter de institución del derecho procesal, en tratándose de contratos estatales debe tener una aplicación particular de acuerdo con el momento en que se suscribe el contrato y no con el momento en que surge la controversia judicial. Lo anterior, en tanto constituye la puerta de entrada a la jurisdicción y las partes del contrato al suscribirlo deberían contar con la certeza de qué norma regula el plazo para solicitarle al juez que resuelva las controversias propias de la ejecución contractual y no que estas pudieran ir cambiando en el tiempo como consecuencia de la modificación de las normas procesales.

En segundo lugar, y muy ligado al anterior, en la providencia de unificación, al hacer referencia al tránsito legislativo frente a la regulación de la caducidad, no se hace referencia alguna a la prescripción regulada para la responsabilidad contractual del Estado, en los artículos 50 y 55 de la Ley 80 de 1993. En efecto, en el artículo 55 se consagró, como ya se dijo en páginas anteriores, que la prescripción de la acción en este caso es de veinte años. Considero que era fundamental hacer referencia a esta norma, ya que, en la línea de lo analizado en el párrafo previo, los contratos suscritos en vigencia de esta norma no pueden verse, en mi concepto, alterados en su seguridad jurídica, por modificaciones de la norma procesal, contenida en un ordenamiento sustancial, frente a una materia de tanta trascendencia como lo es la entrada a la jurisdicción contencioso-administrativa.

Esta norma estuvo vigente entre el momento en que entra en aplicación integralmente la Ley 80 de 1993, el 1.° de enero de 1994, y la fecha en que se promulga la Ley 446 de 1998, esto es julio de ese año. Destaco la contradicción que se genera, porque si se considera que la caducidad es exclusivamente una norma de carácter procesal, sin ningún efecto sustancial, los contratos suscritos en vigencia de la Ley 80 pero antes de la entrada de la Ley 446, al momento de su suscripción, las controversias que se suscitaran respecto de la responsabilidad contractual podían ser elevadas dentro de los veinte años siguientes. No obstante lo anterior, dicho término solamente se habría aplicado para las controversias que se hubiesen llevado a consideración del juez durante los cinco años que corrieron entre enero de 1994 y julio de 1998, ya que la Ley 446 estableció la caducidad de la acción de controversias contractuales en dos años. Esto en la medida en que se entienda que la norma de caducidad aplicable es la vigente al momento en que se va a acudir al juez para solicitarle la resolución judicial de la controversia, y no la norma vigente al momento de la suscripción del contrato.

Por la circunstancia anterior, reitero, en mi opinión, a la institución de la caducidad del medio de control debe dársele una interpretación más amplia que la de una simple institución procesal dadas las implicaciones sustanciales que tiene, sobre todo por afectar un derecho fundamental como lo es el del libre acceso a la solución judicial de las controversias.

Todo este análisis permite constatar la importancia de la contribución que frente a la seguridad jurídica tiene el mecanismo de la unificación de la jurisprudencia. Por ello insisto en que debe hacerse en el interior del Consejo de Estado un énfasis en producir mayor número de providencias de esta clase con lo cual no solo se da seguridad jurídica

al operador de la contratación, sino que a mediano plazo se debería empezar a reducir la congestión de ingreso a la jurisdicción ya que las partes tendrán certeza respecto de la interpretación judicial con carácter vinculante general que tiene frente a su controversia lo sostenido por el máximo tribunal de lo contencioso administrativo.

BIBLIOGRAFÍA

De Vivero, F. "El contencioso administrativo luego de la Ley 446 de 1998", *Revista de Derecho Público,* n.° 11, Uniandes, junio de 2000.

Capítulo xi

Constitucionalización de la contratación estatal: ¿remedio o enfermedad?*

Guillermo Sánchez Luque**

Introducción[1]

1. Toda Constitución es un contrato. Esta afirmación, sin embargo, se suele reducir a una formulación de contenido estrictamente ideológico o, más aún, metafórico. Un mito, podría incluso pensarse, que sirvió de base a la construcción del contractualismo como explicación del origen del Estado.

En efecto, el pactismo político –uno de los ejes del pensamiento político occidental[2]– tiene dos ramales: el contractualismo necesario y

* Doi: http://dx.doi.org/10.15425/2017.348.

** Profesor de derecho constitucional del Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario y de la Pontificia Universidad Javeriana. Docente de derecho económico de la Universidad Externado de Colombia. Ha sido titular del curso de Derecho Administrativo de la Universidad Nacional de Colombia. En la actualidad es magistrado del Consejo de Estado.

[1] Este artículo está incluido en la obra colectiva *Retos de la contratación pública en Iberoamérica* (William Zambrano, editor académico), Bogotá, Ibáñez, 2019, pp. 148 y ss., y se publica con la amable autorización de los editores. Agradezco muy especialmente a mis colegas Ángela Rueda, Juan Felipe Baene, Diego Rueda, Andrea López, Perla Molina, María Andrea Calero, Alexandra Torres y Santiago Pérez por su invaluable colaboración en la consulta de algunas de las fuentes bibliográficas que apoyan este documento, lo mismo que a Fabricio Mantilla, María Teresa Palacio, Margarita Forero y Carolina Moyano por sus importantes observaciones a este texto.

[2] También puede tomarse como antecedente a los judíos y su alianza con Yahveh, como "pueblo de Dios", *i. e*., Crónicas, 23,16; Reyes, 11-23; Deuteronomio, 27-31; Josué, 1-5-24; I Sam, 12; II Reyes, 6.12; Jueces, 2.11-15,3.8 y 12, 6. 1-6; I Sam. 13-13; 15-26 (La Biblia, Madrid, Salvat, 1975, varios volúmenes).

el contractualismo voluntario[3], y se remonta a la Grecia antigua, donde se encuentra el ancestro de la escuela liberal.

La primera expresión del contractualismo necesario, que acepta al contrato social como una necesidad fue concebida en el siglo v a. C. por los sofistas, quienes sostuvieron que la *polis* (ciudad Estado) surgió de un convenio tácito o expreso celebrado por los *politus* (ciudadanos) y una vez erigido se incorporan las instituciones que han de regirlo[4]. Esta idea capital sobrevivió en el helenismo con el epicureísmo[5].

El planteamiento fue retomado por Thomas Hobbes (1588-1679)[6], quien consideró que el origen del Estado es un pacto social irrevocable e indelegable que viene a ser la solución al "estado de naturaleza". Este exponente del absolutismo político secular sostuvo que el soberano no era parte del pacto, sino que estaba fuera de él y por encima de él, y que su obligación principal era administrarlo[7].

Pero la rama más caracterizada del pactismo político es sin duda el contractualismo voluntario[8], según el cual el pueblo de manera espontánea acepta ese acuerdo expreso o tácito para gobernarse. Así, por

[3] Cfr. Gómez Lobo, Alirio, *Historia de las ideas políticas*, Bogotá, Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, 1980, pp. 143 y ss.

[4] La oración fúnebre de Pericles, que el gran historiador Tucídides pone en boca de Pericles, quien fue elegido para pronunciar en honor de los muertos en el invierno del primer año de guerra del Peloponeso (431-404 a. C.), es el manifiesto de la democracia ateniense, fuertemente inspirado en los sofistas, amigos de Pericles. Véase Tucídides, *Historia de la guerra del Peloponeso*, Madrid, Alianza, 1989, Libro ii, 35-47.

[5] Cfr. Epicuro, *Obras*, Madrid, Tecnos, 1994, Máximas capitales, vi.

[6] Hobbes, Thomas, *Leviatán*, Madrid, Tecnos, 1996, capítulos xiv, xvii y xviii.

[7] En la Edad Media Marsilio de Padua (1275-1343) expuso que el pueblo pacta con su rey y este ostenta el poder bajo determinadas condiciones (De Padua, Marsilio, *El Defensor de la paz*, Madrid, Tecnos, 1989, primera parte, capítulo iv, 5).

El contractualismo político también nutrió las fecundas ideas de la ilustración católica con pensadores como Francisco Suárez, continuador de la obra de Tomás de Aquino, Roberto Belarmino y Luis de Molina, que plantearon que el contrato social puede ser resuelto (retroversión de la soberanía), doctrina que –por cierto– influyó poderosamente en nuestro proceso de emancipación. Véase Uprimny, Leopoldo, "El mito del enciclopedismo en el Nuevo Reino de Granada", Bogotá, en *Revista del Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario*, vol. lv, 1960, pp. 67 y ss.

[8] El poscalvinismo será el antecedente directo del contractualismo voluntario, con arreglo al cual el poder proviene de la comunidad y el Estado es fruto del pacto social. Y el pacto social por excelencia es la Constitución (Brutus, Stephanus Junius, *Vindiciae contra Tyrannos*, Tecnos, Madrid, 2008, Primera y segunda cuestiones).

ejemplo, Benito Spinoza (1632-1677) aseguró que el Estado se instituyó para proteger al hombre a través de un contrato[9]. A su vez, John Locke (1632-1704), máximo representante del liberalismo filosófico –y tronco común de los regímenes democráticos[10]–, postuló que el pacto social se forma por un contrato de fideicomiso (*trust*). Un convenio de confianza, donde el fideicomitente es el pueblo (el poder viene del pueblo); el fideicomisario es el parlamento y el beneficiario es también el pueblo. La Constitución es, pues, el pacto por excelencia[11]. Rousseau (1712-1778) también delineó los perfiles de la nueva sociedad política a partir de su célebre contrato social[12]. Igualmente, Kant (1724-1804) formuló su teoría política a partir de un contrato originario[13]. Y entre los contemporáneos neocontractualistas, como John Rawls (1921-2002), hicieron suyo el viejo postulado pactista[14].

2. Pero nuestro planteamiento va más allá. Hemos venido afirmando de tiempo atrás en clase que las constituciones son genuinos contratos. Y esto no es un asunto de política o de derecho constitucional. Civilistas connotados –como Ripert– también sostienen que la sociedad misma está basada en un contrato[15].

Veamos un ejemplo. Si el postulado de la autonomía de la voluntad, institución natural de la vida social[16] que gobierna las relaciones en los actos jurídicos entre los particulares, puede entenderse como una potestad de autorregulación de intereses y relaciones propias, en el

[9] Spinoza, Baruch, *Tratado político*, Madrid, Tecnos, 1985, cap. II, 13 y cap. VI, 1.

[10] Cfr. Sánchez Luque, Guillermo, "Locke: una lectura de los derechos, vigente trescientos años después de su muerte", en Delgado Sánchez, Óscar (compilador), *Ideas políticas, filosofía y derecho: el Maestro. Liber amicorum en homenaje a Alirio Gómez Lobo*, Bogotá, Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, 2006, pp. 303 y ss.

[11] Locke, John, *Two Treatises on Civil Government*, Cambridge University Press, 1997, II, 14; II, 13; III,19; VIII, 96-97-99; IX, 124; XII, 155; XVI, 181; XIX, 211-212 y XIX, 232.

[12] Rousseau, Jean Jacques, *Du contrat social*, París, Gallimard, 1964, Livre I, chapitres I; IV; V; VI; VII; VIII et IX.

[13] Kant, Inmanuel, *La metafísica de las costumbres*, Madrid, Tecnos, 1989, II, 311, 43 y II, 312, 45.

[14] Rawls, John, *Political Liberalism*, New York, Columbia University Press, 1996, Lecture VII, 6 & 7.

[15] Ripert, Georges, *La regla moral en las obligaciones civiles*, Bogotá, La Gran Colombia, 1946, p. 39.

[16] Ospina Fernández, Guillermo y Ospina Acosta, Eduardo, *Teoría general de los actos o negocios jurídicos*, Bogotá, Temis, 1987, p. 7.

ámbito de las relaciones de derecho público, esta fuerza obligatoria del contrato es –guardadas las debidas proporciones– equiparable a la voluntad soberana del legislador (arts. 3.° y 114 CN; 4 y 18 CC y 57 CRPM), que faculta a sus titulares de la soberanía en democracia a disponer de su derecho de autogobernarse.

No sin razón, entre algunos civilistas se habla de "soberanía contractual"[17] y desde Roma se le daba al acto de autonomía el gráfico calificativo de *lex privata*[18]. Una ley aplicable solo a las partes, dado el efecto relativo de los contratos. Y a raíz de la expedición del contrato del Código de Napoleón, se llegó a afirmar que los particulares en las contrataciones se comportan como una especie de "legisladores descentralizados", con respecto a los intereses económicos correspondientes a ellos mismos[19].

Si en el ámbito individual la autonomía es presupuesto de relaciones jurídicas, la soberanía –ejercida por el constituyente– es también creadora o constitutiva de relaciones jurídicas (el contrato social es manifestación reveladora de ese poder de constitución de relaciones jurídicas) y es creadora de normas de derecho. Creación del orden jurídico cotidiano que por virtud del principio democrático debe deferir la Constitución a la ley, porque su manifestación más genuina es la ley como declaración de la voluntad soberana, según el artículo 4.º del Código Civil.

[17] Más que una metáfora –como podría pensarse–, esta expresión *ius publicista* ha adquirido plena identidad en el derecho común. Véase Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 24 de abril de 1979, MP Alberto Ospina Botero [cargo tercero, fundamento jurídico 6], G. J. 2400, p. 106: "El contrato que constituye la fuente más fecunda e importante de las obligaciones, a la vez se presenta como el instrumento más adecuado de que dispone la persona para regular sus relaciones jurídicas con otras, en orden a satisfacer sus deseos y necesidades. En esa labor, en pos del principio de la soberanía contractual (arts. 15, 16 y 1602 del Código Civil), pueden las partes acordar con entera libertad todo aquello que no comprometa el orden público, las buenas costumbres o que no esté prohibido por la ley".

[18] Reconocerle al individuo autonomía es reconocerle soberanía para gobernar la esfera jurídica propia: Díez-Picazo, Luis y Gullón, Antonio, *Sistema de Derecho Civil*, I, Madrid, Tecnos, 1982, pp. 387 y 389.

[19] Donde se atribuye un papel "ausentista" al Estado, cuya misión neutral de "guarda nocturno" o "sereno" se agotaba en el permitir una coexistencia armónica de las esferas de libertad de los ciudadanos: Bigliazzi, Lina; Breccia, Umberto; Busnelli, Francesco y Natoli, Ugo, *Derecho Civil*, I, 2 (traducción de Fernando Hinestrosa), Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1992, p. 611.

Tanto la autonomía de la voluntad como la soberanía han sido, cada una en su ámbito, factores decisivos para la vida en comunidad. *Autonomía* significa tanto "autorregulación" como "autorreglamentación", el poder de dictarse uno a sí mismo la ley o el precepto, el poder de gobernarse uno a sí mismo[20]. Podría decirse que mientras una es manifestación individual, la otra es su exteriorización comunitaria.

La primera correspondería a la autonomía privada, que –como afirman Díez-Picazo y Gullón– es una consecuencia del concepto de *persona* y consiste en un poder que el orden jurídico confiere al individuo para que gobierne sus propios intereses: un poder de gobierno de la propia esfera jurídica, un poder de la persona para, por un lado, constituir relaciones jurídicas y, por otro, reglamentarlas y ordenarlas[21]. En definitiva, se trata de un poder de orientar la propia conducta, de autodisposición, de autogobierno que se ejercita mediante verdaderas normas jurídicas[22].

La soberanía[23], a su vez, como también advierte el maestro Hinestrosa Forero, es el poder de dar reglas a los demás, de ordenar la actividad ajena (heteronomía), que señala los preceptos que han de seguir los demás, se coloca *super partes* (*iubens*) y las gobierna: tal el poder del constituyente, del legislador, de quien manda, impera (*iubere licere*)[24].

Ese poder absoluto y superior que se traduce principalmente en la facultad de adoptar las reglas que rigen un conglomerado social y en el poder coercitivo de hacerlas cumplir coactivamente, si es del caso, y que tiene en Jean Bodin (1530-1596) su primer gran teórico, aunque –claro está– es tributario de los griegos[25], que en filosofía todo lo

[20] Díez-Picazo, *op. cit.*

[21] Díez-Picazo, *op. cit.*

[22] Hinestrosa, Fernando, *Derecho civil obligaciones*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1969, p. 165.

[23] Vocablo fundamental del derecho constitucional y del derecho internacional y que hace referencia a una de las características definitorias del Estado. Véase Guastini, Riccardo, *Interpretación, Estado y Constitución*, Lima, Ara, 2012, pp. 99 y ss.; y Guastini, Riccardo, *Otras distinciones*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2014, pp. 411 y ss.

[24] Hinestrosa, *op. cit.*, p. 165.

[25] Aristóteles, *Política*, Madrid, Gredos, 1988, III, 6: "Un régimen político es una ordenación de las diversas magistraturas de la ciudad y especialmente de la que tiene el poder soberano. Y en todas partes es soberano el Gobierno de la ciudad, y ese Gobierno es el régimen".

dejaron dicho. Este representante del absolutismo monárquico concibió al poder soberano como consustancial al Estado.

Según este exponente de la teoría del origen divino del poder, toda república se gobierna por mando y obediencia: la libertad natural que corresponde a cada uno para vivir a su arbitrio es puesta bajo el poder de otro[26], esto es, el elemento originario y constituyente del Estado o, si se quiere, la sustancia vital del poder político.

Y el primer atributo del soberano es ese poder de dar leyes a todos en general y a cada uno en particular[27], y que sirvió para acuñar su célebre definición: el poder absoluto y perpetuo de una república (*Majestas est summa in cives ac subditos legibusque soluta potestas*)[28]. La soberanía es, pues, un elemento esencial del Estado, una condición de su existencia (Renard) o, si se quiere, la forma que le da el ser al Estado (Loyseau).

Esta idea absolutista de la soberanía como atributo del poder perteneciente al Estado será el punto de partida para su construcción liberal, en sus dos principales manifestaciones que se discutirían en la Revolución francesa: (1) la soberanía popular[29], que hoy retoma el artículo 3.º de la Constitución de 1991 y (2) la soberanía nacional[30], que prevería el artículo 2.º de la Constitución de 1886.

Rousseau y Sieyès, autores capitales en el asalto al absolutismo, se encargarán de propagar una idea democrática de soberanía, en la que había contribuido –muy a pesar de los revolucionarios franceses– un Bodin, pues como advierte Chevallier, triunfaron la libertad y la igualdad, pero el poder no perdería nada con ello[31].

Y al igual que la autonomía, la soberanía –ese atributo del Estado capaz de hacer la ley e imponerla por la fuerza– tiene dos facetas que revelan su supremacía y exclusividad[32]: por un lado, el poder de autoorganización (constituyente) y, por otro, la facultad de expedir

[26] Bodin, Jean, *Los seis libros de la República*, Madrid, Tecnos, 1986, Libro I, capítulo 3.

[27] Bodin, *op. cit.*, Libro I, capítulo 10.

[28] Bodin, *op. cit.*, Libro I, capítulo 8, p. 47.

[29] Rousseau, *op. cit.* Livre I, chapitre VII; Livre II; Livre IV, chapitres I et II.

[30] Sieyès, Emmanuel, *Qu'est-ce que le Tiers État*, París, PUF, 1982.

[31] Chevallier, Jean-Jacques, *Los grandes textos políticos*, Madrid, Aguilar, 1977, p. 189.

[32] Cfr. Carré de Malberg, René, *Teoría general del Estado*, México, Unam y FCE, 1998, pp. 80 y ss.

normas de derecho (de conformidad con la organización prevista en el contrato social)[33].

Ahora, en democracia la autonomía de la voluntad si bien debe tener un gran ámbito de acción, pues se quiere que la persona regule sus intereses con los otros, está sometida a la limitación de la ley. Del mismo modo, aunque en principio el legislador en el ámbito de la oportunidad y la conveniencia lo puede todo –y por ello se habla de "libertad de configuración legislativa"– tiene a su vez limitación en el contrato fundamental: la Constitución.

Así como los actos jurídicos de los particulares se deben a la voluntad privada, la ley (que la permite, protege y regula) se debe a la voluntad de los mismos agentes, solo que miembros de la comunidad (soberanos), quienes la ejercen por medio de otro contrato (el mandato). La "soberanía contractual" y la "soberanía estatal" confluyen y sus titulares son, en últimas, los mismos. Y la ley –que es a la vez el límite de la "soberanía contractual" y fruto de la "soberanía estatal"– tiene su origen en un consenso popular, en un contrato social. Las leyes buscan justamente el ejercicio igual de las libertades individuales.

Y si todo contrato legalmente celebrado, en tanto expresión de la autonomía de la voluntad, es una ley para los contratantes (art. 1602 CC, en consonancia con los artículos 15 y 16 CC), esta premisa (*solus consensus obligat, pacta sunt servanda*, como decían los canonistas) también –como lo revela explícitamente la obra de Hobbes– resulta aplicable al ámbito político y constitucional[34].

De modo que así como hay una teoría normativa del contrato, esto es, que este al igual que la ley es fuente del derecho objetivo (con él se pueden crear normas jurídicas y, por ello, las partes quedan obligadas a cumplir las prestaciones acordadas)[35], también hay una teoría

[33] Vedel, George, *Cours de droit constitutionnel et d'institutions politiques*, París, Les Cours de Droit, 1955, p. 402.

[34] Y, claro está, a las relaciones internacionales, de ahí que no sorprenda el nombre que se da a su verificación de la subordinación del orden doméstico a los tratados (pactos, contratos, convenciones) internacionales: control de convencionalidad. El primer fallo donde se inaplica una disposición constitucional (junto con las legales) en ejercicio de control difuso de convencionalidad aunque no lo hiciera expresamente en la parte resolutiva como lo resaltó la aclaración de voto, en Consejo de Estado, Sala Plena, sentencia del 15 de noviembre de 2017, rad. 1131-2014, MP César Palomino [fundamento jurídico v], a. v. Guillermo Sánchez Luque, Jaime Orlando Santofimio Gamboa y Marta Nubia Velásquez Rico.

[35] Una explicación concisa del contrato como fuente normativa, en Kelsen, Hans, *El contrato y el tratado*, México, Colofón, 2002.

contractual de la Constitución. Una disposición que es además norma de normas, ley suprema de los asociados, en tanto define el sistema de fuentes de nuestro ordenamiento jurídico doméstico[36] y, como tal, es la primera de las normas de producción[37].

3. Ahora, como es sabido, los contratos son un producto de la economía[38] y, por ello, el contrato es el primer instrumento que refleja los cambios de política económica[39]. De ahí que el contrato estatal sea un reflejo de los cambios de la Constitución de 1991 que redefinió el papel del Estado y los particulares como agentes económicos, al adoptar un modelo completamente distinto al de la Constitución de 1886 y sus reformas, fundamentalmente la de 1968[40].

Hoy la Constitución –mejor aún, el modelo económico que ella adopta– ha puesto en lugar privilegiado al contrato estatal, a tal punto que podemos decir que de un Estado que todo lo hacía directamente, a través de su frondoso aparato burocrático, hemos transitado a un Estado –paradójicamente no más pequeño– que actúa fundamentalmente por intermedio de los particulares, para cumplir sus múltiples compromisos constitucionales. Y aunque muchos asuntos los ha dejado al mercado, fuertemente intervenido, en otros simplemente se ha valido de la figura del contrato para cumplir sus funciones.

Del "Estado no pacta"[41] hemos pasado a un "Estado contratante". Es más: no es una exageración afirmar que el contrato estatal paulatinamente ha venido desplazando al acto administrativo en su lugar protagónico del derecho administrativo. Quizás solo tres disposiciones

[36] Sánchez Agesta, Luis, *Sistema político de la Constitución española de 1978*, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1985.

[37] Kelsen, Hans, *Teoría general del Estado*, México, Nacional, 1975, pp. 227 y ss.

[38] Carnelutti, Francesco, *Cómo nace el derecho*, Bogotá, Temis, 2000, p. 12.

[39] Berçaitz, Miguel, *Teoría general de los contratos administrativos*, Buenos Aires, Depalma, 1980, pp. 41 y ss.

[40] Cfr. Palacio Jaramillo, María Teresa, "Parámetros constitucionales para la determinación de un régimen jurídico de contratación pública en Colombia", en *Revista de Derecho Público* n.º 14, Bogotá, Universidad de los Andes, 2002, pp. 19 y ss.

[41] Mayer, Otto, *Derecho administrativo alemán*, IV, Buenos Aires, Arayú, 1954, pp. 162 y 163. Dice Mayer que para crear derechos en favor del concesionario ese poder de disponer basta, pero para imponerle obligaciones haría falta aún una autorización de la ley o que la concesión se otorgue de forma de un acto individual de la ley. Pero esto está reemplazado aquí también por la *sumisión voluntaria* del interesado, resultante de su solicitud o de la aceptación de la concesión. Es ésta un acto administrativo que se dicta sobre la base de la sumisión, exactamente como el nombramiento para el servicio del Estado;

constitucionales bastarían para construir una contratación estatal diferente de la propia de un estado prestador monopólico de los servicios públicos como es la que se derivó fundamentalmente de la reforma constitucional de 1968. Son ellas los artículos 333, 365 y 90 CN.

El artículo 333 erige a la libre competencia económica en un derecho colectivo, esto es, de todos. El artículo 365 desmonopoliza los servicios públicos domiciliarios, otrora actividades a cargo exclusivamente del Estado. Y el artículo 90 sirve de fundamento a toda la responsabilidad del Estado, incluida la contractual. Si el derecho administrativo ha dejado de ser el derecho de los servicios públicos y si cada vez más se discute la excepcionalidad del acto administrativo, es hora de ver en los contratos públicos un terreno para reconstruir toda la teoría del derecho administrativo.

En este contexto constitucional se expidió la Ley 80 de 1993, y por ello uno de sus preceptos centrales es, como advierte la profesora Palacio, el artículo 13, que dispone que el contrato estatal se rige, por regla general, por las disposiciones comerciales y, por excepción, por las materias particularmente reguladas en esta ley[42].

4. Pero el "Estado contratante" es un fórmula no exenta de problemas, pues si el presupuesto ahora tiene en la contratación una variable determinante, ello también ha llevado a hablar, en medio de los escándalos que se han generado a su alrededor, de "contratismo" como un fenómeno ominoso que ha desplazado al "clientelismo" como fórmula de perversión de la política[43].

5. Hay muchos asuntos sustantivos del derecho privado que merecen ser estudiados en su particular aplicación a los contratos de las entidades públicas, como, por ejemplo, la autonomía de la voluntad[44].

---

ella no es más contrato que el nombramiento. Las tratativas que preceden fijan las condiciones y la medida de esta sumisión: determinan así el contenido preciso del acto administrativo que se hace posible gracias a esta sumisión. Pero el efecto se produce exclusivamente por el acto administrativo. En sentido contrario, Forsthoff, Ernst, *Tratado de derecho administrativo*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1958, pp. 373 y ss.

[42] Palacio Jaramillo, María Teresa, "Cláusulas excepcionales", *Revista de Derecho Público* n.º 17, Bogotá, Universidad de los Andes, 2004, pp. 101 y ss.

[43] Vargas Linares, Mauricio, "El contratismo", página editorial de *El Tiempo*, agosto 13 de 2017, disponible en http://www.eltiempo.com/opinion/columnistas/mauricio-vargas/el-contratismo-columna-de-mauricio-vargas-119116.

[44] Cfr. Suescún Melo, Jorge, *Derecho privado: Estudios de derecho civil y comercial contemporáneo*, I, Bogotá, Cámara de Comercio de Bogotá y Universidad de los Andes, 1996, pp. 243 y ss.

Sin embargo, en nuestro país se habla mucho –¿demasiado?– de *contratación* estatal (derecho adjetivo) y muy poco de *contrato* estatal (derecho sustantivo). Paulatinamente, el derecho público ha erosionado ese ámbito natural del derecho comercial y del derecho civil. Y no solo ha ganado terreno el derecho administrativo, sino también el derecho constitucional y hasta el derecho penal: ¿derecho penal contractual?

6. El hecho de que la Constitución no sea más que un contrato –¿por adhesión, de condiciones uniformes, un compromiso basado en una voluntad tácita o, si se quiere, impuesto por uno de los contratantes al otro que adhiere a las condiciones?[45]–, el contrato estatal por antonomasia, ¿ello significa que la Constitución deba referirse en su articulado expresamente a esta figura e incluso que lo haga detalladamente, cuando es algo tan dinámico y propio de la gestión estatal, de esa buena administración de la que hoy se habla?

Constitucionalizar es imprimir el carácter de disposición constitucional rígida a una materia legislativa cualquiera con el objeto de otorgarle mayor valor jurídico y ponerla al abrigo de los ataques del legislador[46]. Sin embargo, ¿la "constitucionalización" le ha dado mayor valor jurídico al contrato estatal? ¿El haber "elevado" –sin más– este asunto a la Constitución, lo ha puesto al abrigo de los ataques del legislador o, peor aún, de la Administración y de los jueces?

Si la autonomía de la voluntad puede definirse como la libre facultad de los particulares para celebrar el contrato que les plazca y determinar su contenido, efectos y duración[47], la soberanía también se manifiesta en esa facultad de darse el contrato social que la sociedad desee. Sin embargo, las dos tienen límites. En el caso de las constituciones, su contenido no puede quedar tan solo en manos de quienes la redactaron.

Los constituyentes deben ser conscientes de que la Constitución, a diferencia del contrato, tiene vocación de permanencia indefinida y por ello la mejor manera de garantizar su perdurabilidad es que se limite al máximo su poder regulador. Son enormes las ventajas de sus silencios, para que sea la ley quien les dé contenido y forma.

Ese es el contrato social que más conviene a sus intereses. Aquel que reconoce su límite regulador y le deja a la ley (a la democracia) la fijación casuista de su clausulado. Si la Constitución es un contrato

[45] ¿Se puede hablar de contrato por adhesión cuando tiene tratos previos?

[46] Capitant, Henri, *Vocabulario jurídico*, Buenos Aires, Depalma, 1986, p. 156.

[47] Alessandri Rodríguez, Arturo y Somarriva Undurraga, Manuel, *Curso de Derecho Civil*, IV, Santiago de Chile, Nascimento, 1942, p. 27.

por adhesión –y como la mayoría de contratos no es la resultante de la libre discusión de las partes[48]–, ¿no será mejor que no se regule tanto detalle para que las nuevas generaciones no se vean obligadas a cambiarlo para poder regularse libremente? Los riesgos de "constitucionalizar" las relaciones jurídicas son enormes.

En efecto, este fenómeno más parece una expresión del fetichismo jurídico que denunció en su momento Jellinek y no una respuesta articulada a la ordenación de la vida social. Esta, como se diría ahora, es una "tendencia" del derecho. Se habla de constitucionalización de todos los ámbitos del derecho, ¡hasta del derecho internacional! De modo que los contratos estatales no podían ser la excepción.

Si en algo ha impactado la "constitucionalización" del derecho ha sido la contratación (se someta ésta a las reglas del estatuto de contratación estatal, a reglas especiales o al derecho común). Aunque el texto abordará la contratación pública desde la Constitución, tendrá que dejar de lado no solo todo aquello que concierne también a los agentes económicos particulares (*i. e.*, la tutela en la salud y las cuatro acciones constitucionales –tutela, cumplimiento, popular y grupo– en los servicios públicos domiciliarios), sino también todo lo relativo a la que algunos ya denominan "justicia arbitral administrativa", *v. gr.*, el difícil ámbito de la tutela contra laudos arbitrales[49]; el muy discutible criterio jurisprudencial –que hizo suyo la Corte Constitucional– según el cual los árbitros no tienen competencia para pronunciarse sobre los actos administrativos dictados por la Administración en desarrollo de sus poderes excepcionales, asuntos todos que ameritan un estudio separado[50]; la aplicación territorial de la ley en arbitramento internacional[51] o la ampliación del término de duración del tribunal de arbitramento, si fuere necesario para la producción del laudo respectivo[52].

[48] Alessandri y Somarriva, *op. cit.*, p. 30.

[49] Cfr. Ibáñez Najar, Jorge Enrique, *La acción de tutela contra laudos arbitrales*, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, 2009.

[50] Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 5 de septiembre de 1968, rad. 973, MP Gabriel Rojas Arbeláez; Corte Constitucional, sentencia C-1436 de 2000, MP Alfredo Beltrán Sierra [fundamento jurídico 4], s. v. Álvaro Tafur Galvis, s. v. Cristina Pardo; y Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 23 de abril de 2018, rad. 60181, MP Jaime Rodríguez Navas, a. v. Guillermo Sánchez Luque.

[51] Cfr. Corte Constitucional, sentencia C-347 de 1997, MP Jorge Arango Mejía [fundamento jurídico 4] s. v. Eduardo Cifuentes Muñoz.

[52] Prevista originalmente en el artículo 70 de la Ley 80 de 1993 (derogado por el artículo 118 de la Ley 1563 de 2012), declarado exequible por la Corte Constitucional: sentencia C-426 de 1994, MP José Gregorio Hernández Galindo [fundamento jurídico VI2].

7. La primera parte de este texto se dedicará a presentar la "constitucionalización aparente" de la contratación estatal, esto es, la que se deriva de las reglas previstas en la Carta respecto de múltiples materias que luego la ley y los jueces no seguirán. En la segunda, se estudiará la "constitucionalización real" que se desprende de los principios constitucionales. En una y otra partes este documento referirá algunas decisiones judiciales que sirven para ilustrar las consecuencias nocivas de llevar a la Constitución un tema muy importante, pero que no por tal debe ser regulado por ella.

1. La constitucionalización aparente: ¿muchas normas y ningún mandato?

8. Cuando todo es constitucional, nada es constitucional. Desde nuestros primeros ensayos constitucionales, los colombianos le hemos dado a la Constitución un papel que no le corresponde: queremos resolver todos nuestros males en una suerte de "mesianismo constitucional" que conduce indefectiblemente al sacrificio de la Constitución. Y la contratación estatal no ha escapado a esa suerte de fetichismo, que se ha traducido en una sobrerregulación de esta materia por parte de la Constitución. Paradójicamente, esa suerte de "boterismo" constitucional –del que hablara Jaime Castro[53]– ha supuesto que los mandatos no se cumplan.

A) *De la pretensión constitucional de un estatuto universal de contratación estatal al fomento de regímenes especiales*

9. Según el inciso final del artículo 150 CN, compete al Congreso expedir el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública y en especial de la administración nacional. Más allá de la confusa redacción, ¿un estatuto para la administración pública (ramas del poder y entes autónomos) y uno para la administración nacional (rama ejecutiva del poder público del orden nacional)? Lo que pareciera decir la norma es que se pretende la expedición de un estatuto general, con vocación de regulación de carácter universal. La realidad, sin embargo, es que muchos preceptos constitucionales no solo permitieron sino que fomentaron la expedición de regímenes "excepcionales".

[53] Castro, Jaime, "Más retazos para la colcha", columna en el diario *El Tiempo*, 12 de julio de 2014, disponible en http://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-14241816.

Para la jurisprudencia constitucional no es válido considerar que el artículo 150 *in fine* de la Constitución obliga al legislador a dictar un estatuto contractual que desarrolle la materia en forma integral y casuística. A su juicio, una concepción de esta naturaleza significa que el constituyente quiso desconocer el campo de acción que le corresponde a la Administración respecto de los contenidos normativos, que, al estar expuestos a las cambiantes circunstancias, demandan una regulación ágil y expedita que permita lograr la debida ejecución de la ley.

A juicio de la Corte, del artículo 150 inciso final CN no puede inferirse la obligación para el legislador de incorporar en un solo cuerpo normativo toda la legislación existente en materia contractual, pues si esta hubiera sido la voluntad del constituyente, en el artículo 150 se habría autorizado al Congreso para expedir un estatuto único de contratación para el Estado y no un estatuto general, como quedó redactada la competencia legislativa[54].

10. Además, el artículo 60 CN prescribe que la enajenación de la participación que tenga el Estado en una empresa debe adelantarse conforme a un régimen singular[55], en tanto no solo significa el cambio de la titularidad de la propiedad, sino que ha sido concebido como un desarrollo de la democracia participativa. Este precepto constitucional impone el sometimiento a un marco jurídico distinto y por ello no se rige por el estatuto de contratación estatal, como dispone el artículo 2.° de la Ley 226 de 1995 al señalar que la Ley 80 de 1993 no es aplicable a estos procesos. Así, aunque hay evidentes similitudes entre el reglamento de enajenación y adjudicación de acciones con los pliegos de condiciones del estatuto de contratación estatal, no pueden asimilarse, como ha señalado la jurisprudencia[56].

11. También, los artículos 64, 65 y 66 de la CN establecen un régimen especial en relación con la "economía campesina" y la promoción de acceso de los trabajadores agrarios a la propiedad de la tierra, con base

[54] Corte Constitucional, sentencia C-949 de 2001, MP Clara Inés Vargas [fundamento jurídico 2], aunque debe resaltarse que estas consideraciones parecieran no tener relación directa con lo decidido [*obiter dictum*].

[55] Corte Constitucional, sentencia C-452 de 1995, MP Fabio Morón Díaz [fundamento jurídico 3].

[56] Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 3 de febrero de 2010, rad. 19526, MP Ruth Stella Correa Palacio [fundamento jurídico 2], y sentencia del 25 de mayo de 2011, rad. 23650, MP Ruth Stella Correa Palacio [fundamento jurídico 3].

en el cual se expidió la Ley 160 de 1994 que en el capítulo VI[57] prescribe mecanismos particulares para la adquisición y adjudicación de tierras.

12. Nótese que el artículo 365 CN ordena que los servicios públicos estén sometidos al régimen jurídico que fije la ley, lo que supuso que el legislador estableciera reglas particulares (distintas de la Ley 80 de 1993[58]) en el sector de los domiciliarios, telecomunicaciones, salud, seguridad social, etc.[59].

En efecto, el artículo 31 de la Ley 142 de 1994[60] –en armonía con el artículo 30 de la Ley 143 de 1994 (art. 8.° parágrafo y art. 76[61])– dispone que los contratos de los prestadores de servicios públicos domiciliarios están sometidos al derecho privado[62], en un esquema de libre competencia que sustituyó el monopolio estatal del régimen anterior[63]. En la misma línea, el artículo 55 de la Ley 1341 de 2009 prevé que los

[57] Modificado parcialmente por la Ley 1151 de 2007.

[58] Excepto solo tal vez lo prescrito por el artículo 37 de la Ley 80 de 1993 sobre el régimen de concesiones y licencias de los servicios postales, porque –como señaló la Corte– al declararlo exequible se limita a reiterar el status de titularidad pública exclusiva que tenían con anterioridad a la entrada en vigencia de la Constitución de 1991, monopolio estatal de una actividad estratégica o servicio público que la Constitución autoriza en el artículo 365. Véase Corte Constitucional, sentencia C-407 de 1994, MP Alejandro Martínez Caballero [fundamento jurídico 3].

[59] Para Demichel y Lalumière, la frontera entre derecho público y derecho privado ya no tiene una delimitación rigurosa, ni una impermeabilidad total. El derecho privado penetra en los servicios públicos a través de los servicios públicos industriales y comerciales, y, sobre todo, por intermedio de las empresas nacionales y las sociedades de economía mixta. Al entrar en el mundo de los negocios toma el atuendo de comerciante y adopta sus técnicas jurídicas, Demichel, André y Lalumière, Pierre, *Le droit public*, París, PUF, 1992, p. 46.

[60] El artículo 3.º de la Ley 689 de 2001 eliminó la redacción compleja del artículo original que remitía al parágrafo 1.º del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, para de manera más clara y directa prever que se sometía al derecho privado.

[61] De esta ley también se deriva el régimen especial para la UPME.

[62] Cfr. Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto del 24 de febrero de 1995, rad. 666 de 1995, CP Humberto Mora Osejo [fundamento jurídico 3c]; concepto 704 del 19 de julio de 1995, CP Roberto Suárez Franco [fundamentos jurídicos B1 y B2]; y Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, auto del 23 de septiembre de 1997, rad. S-701, MP Carlos Betancur Jaramillo [fundamento jurídico b].

[63] Cfr. Palacios Mejía, Hugo, "Derecho público y derecho privado en los actos y contratos de las empresas de servicios públicos", en *Revista Supervisión* n.º 2, Bogotá, Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, 1996, pp. 15 y ss.

proveedores de las tecnologías de la información y las comunicaciones, cualquiera que sea su naturaleza, sin importar la composición de su capital, se regirán por las normas del derecho privado.

Al estudiar la constitucionalidad del primero de los preceptos citados, la Corte estimó que el constituyente dejó en manos de la ley, sin tener en cuenta su pertenencia a un régimen de derecho público o privado, la fijación del régimen de contratación. A su juicio, la reglamentación especial sobre servicios públicos nada tiene que ver con el inciso final del artículo 150 de la Constitución, sino con los artículos 365 y 367, directos depositantes de tal facultad en el legislador[64].

De este precepto constitucional, en congruencia con el artículo 48, también se desprende el régimen especial para las empresas sociales del Estado (Ley 100 de 1993), las empresas promotoras de salud del régimen subsidiado y contributivo de carácter público (Ley 1122 de 2007), lo mismo que las personas de carácter privado que presten servicios públicos de acueducto y alcantarillado (Ley 139 de 1994).

13. De igual modo, la Constitución prevé que el Banco de la República, como organismo autónomo constitucional de naturaleza única, encargado de ejercer las funciones de Banca Central (velar por la estabilidad del poder adquisitivo de la moneda, como supuesto para el buen funcionamiento de la economía de mercado[65]), está sujeto a un régimen legal propio (art. 371 CN), incluido el contractual, que fue previsto en la Ley 31 de 1992.

14. Hay que señalar que la Constitución prevé que las entidades territoriales pueden emitir títulos y bonos de deuda pública con sujeción a las condiciones del mercado financiero y también contratar crédito externo de conformidad con la ley que regule la materia (art. 295 CN). El contrato de empréstito se somete, pues, a reglas especiales (Ley 715 de 2001).

15. Por otra parte, la Constitución faculta al legislador para definir un régimen propio de los monopolios rentísticos y determina así –dentro

[64] Corte Constitucional, sentencia C-066 de 1997, MP Fabio Morón Díaz [fundamento jurídico 4].

[65] Como la estabilidad de la moneda es un supuesto básico para el buen funcionamiento de una economía de mercado, hay un derecho colectivo al mantenimiento de su capacidad adquisitiva, a que se evite su envilecimiento. Véase Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 1.° de octubre de 2008, rad. AP 1856, MP Ruth Stella Correa Palacio [fundamentos jurídicos 4.1 y 4.2], a. v. Enrique Gil Botero.

de un amplio margen de apreciación– las modalidades y características de las rentas monopolísticas (art. 336 CN[66]).

16. La regulación constitucional –haciendo suyo lo que ya preveían los artículos 674 y 2519 C. C.– establece un régimen singular para los bienes de uso público[67], ya que como pertenecen a todos los habitantes del territorio nacional deben estar a su permanente disposición, son inalienables, imprescriptibles[68] e inembargables (art. 63 CN). Regulación especial que consigna una especie de "objeto ilícito constitucional", que bien podría derivar de su afectación a una utilidad pública al estar vinculados –como advierte la doctrina– a un fin de interés público[69]. Esa destinación al uso común los pone fuera del comercio[70], en garantía de su utilización a la destinación colectiva.

Dentro de esos bienes de uso público, el espacio público está sometido a una protección especial en el artículo 82 CN, por estar afecto el interés general (art. 1.° CN), que entraña que no solo se limita su disposición ("enajenabilidad"), sino que impide todo tipo de discriminaciones en el acceso y por ello no pueden entregarse a ningún título a los particulares, si con ello se vulnera su destinación al uso común[71]. Por lo mismo, está sujeto a una legislación especial[72].

[66] Aunque no necesariamente ajeno a los mandatos de la Ley 80 de 1993, por ejemplo en materia precontractual. Véase Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 27 de abril de 2011, rad. 16763, MP Ruth Stella Correa Palacio [fundamentos jurídicos 4, 5 y 6].

[67] Así como los parques naturales, las tierras comunales de grupos étnicos, las tierras de resguardo, el patrimonio arqueológico de la Nación y los demás bienes que determine la ley.

[68] Cfr. García de Enterría, Eduardo, "Sobre la imprescriptibilidad del dominio público", en *Revista de Administración Pública*, n.º 13, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1954, pp. 11 y ss.

[69] Cfr. Bonnard, Roger, *Précis de Droit Administratif*, París, LGDJ, 1943, p. 549; Marienhoff, Miguel S., *Tratado de derecho administrativo*, vol. V, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1988, pp. 38 y ss.; Garrido Falla, Fernando, *Tratado de derecho administrativo*, vol. II, Madrid, Tecnos, 1992, pp. 409 y ss.; Parejo Alfonso, Luciano, Jiménez, Antonio y López, Luis, *Manual de derecho administrativo*, vol. II, Barcelona, Ariel, 1998, p. 39; Bermejo Vera, José, *Derecho administrativo parte especial*, Madrid, Civitas, 1999, p. 343; Parada, Ramón, *Derecho Administrativo*, vol. III, Madrid, Marcial Pons, 2002, p. 76.

[70] De modo que no puede celebrarse sobre ellos acto jurídico alguno. Véase Gómez, José J., *Bienes*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1981, p. 98.

[71] Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 6 de octubre de 2005, rad. AP 2214, MP Ruth Stella Correa Palacio [fundamento jurídico 3.2], y Corte Constitucional, sentencia C-568 de 2003, MP Álvaro Tafur Galvis [fundamento jurídico 3.1].

[72] Contenida especialmente en la Ley 9 de 1989, por la cual se dictaron normas sobre planes de desarrollo municipal, compraventa y expropiación de bienes.

Concomitante con ese precepto, el artículo 72 CN estatuye que el patrimonio arqueológico y otros bienes culturales que conforman la identidad nacional pertenecen a la Nación y son inalienables, inembargables e imprescriptibles, y agrega que la ley establecerá los mecanismos para readquirirlos cuando se encuentren en manos de particulares y reglamentará los derechos especiales que pudieran tener grupos étnicos asentados en territorios de riqueza arqueológica (Ley 397 de 1997).

A su vez, el artículo 75 CN define que el espectro electromagnético es un bien público inalienable e imprescriptible sujeto a la gestión y el control del Estado y establece que se garantiza la igualdad de oportunidades en el acceso a su uso en los términos que fije la ley[73]. Así, la cláusula general de competencia en materia reguladora del servicio público de televisión[74] quedó radicada en el legislador (incluido por supuesto el régimen de contratación[75]).

[73] Era tal la singularidad del régimen constitucional que originalmente previó una autoridad de orden constitucional –ente autónomo– (arts. 76 y 77 CN). Así lo reconoció la Corte al afirmar que la autonomía es un rasgo funcional del ente televisivo, una garantía funcional e institucional del conjunto de derechos relacionados con la existencia y fortalecimiento del principio democrático y la formación de una opinión pública libre. Véase Corte Constitucional, sentencia C-497 de 1995, MP Eduardo Cifuentes Muñoz [fundamento jurídico 6]. Al confirmar este criterio, la Corte declaró parcialmente inexequible la Ley 1341 de 2009, porque arrebataba las funciones reguladoras en materia televisiva. Véase Corte Constitucional, sentencia C-403 de 2010, MP María Victoria Calle Correa [fundamento jurídico 6.3], s. v. Mauricio González Cuervo y Luis Ernesto Vargas, a. v. Humberto Sierra Porto y Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. Este pronunciamiento pareciera haber precipitado la expedición del Acto Legislativo 02 de 2011 que eliminó la CNTV, decisión del constituyente derivado que fue avalada al estimar que no hubo una "sustitución de la Constitución" al estimar que la autonomía constitucional no constituye un pilar esencial, estructural o definitorio de la Constitución. Véase Corte Constitucional, sentencia C-170 de 2012, MP Jorge Iván Palacio [fundamento jurídico 6.1], s. v. Humberto Sierra Porto.

[74] Y cuando se expandió la potestad de regulación administrativa (sea denominada regulación o simplemente reglamento) a otras autoridades distintas del presidente de la República, lo hizo a expensas de este, que vinieron a sustituirlo en el ejercicio de su facultad reguladora-reglamentaria, pero se trata de una regulación sujeta a la ley (potestad reglamentaria difusa), pues la función de modificar las leyes es exclusiva del legislador. Véase Corte Constitucional, sentencia C-564 de 1995, MP José Gregorio Hernández Galindo [fundamento jurídico VI]; Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 14 de abril de 2010, rad. 31223, MP Ruth Stella Correa Palacio [fundamento jurídico 3]; y Palacios Mejía, Hugo, "Notas acerca de la facultad de regular la economía en la Constitución de 1991", en *Revista de Derecho Público* n.º 1, Bogotá, Universidad de los Andes, pp. 39 y ss.

[75] Sobre el régimen especial previsto en el artículo 72 de la Ley 1341 de 2009 que impide la remisión a la normatividad general de contratación de la administración, véase

17. No debe perderse de vista que el artículo 355 CN –en armonía con el artículo 136.4 CN–, al prohibir los auxilios parlamentarios[76] y donaciones a favor de personas naturales o jurídicas de derecho privado, prescribe que el Gobierno en los niveles nacional, departamental, distrital y municipal podrá, con recursos de los respectivos presupuestos, celebrar contratos con entidades sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad con el fin de impulsar programas y actividades de interés público acordes con el plan nacional y los planes seccionales[77].

Es de notar la doble regulación de contratación pública. Por un lado, prohíbe un contrato el de "donación", esto es, la transferencia –gratuita e irrevocable– de una parte de los bienes de una persona a otra que la acepta (art. 1443 CC) con la pretensión de evitar cualquier desviación de los dineros del erario[78]. Por otro, autoriza una excepción mediante la asignación de recursos por otro contrato, al que regula con detalle: el contratista será cualificado (entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad); el objeto del contrato de asignación de recursos debe servir al interés público y el contrato debe sujetarse a la ley del Plan Nacional de Desarrollo[79].

Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 14 de febrero de 2012, rad. 38924, MP Jaime Orlando Santofimio Gamboa [fundamento jurídico 2.2.2], s. v. Carlos Alberto Zambrano Barrera, Hugo Bastidas Bárcenas, Martha Teresa Briceño de Valencia, Susana Buitrago Valencia, María Elizabeth García González, William Giraldo Giraldo, Mauricio Fajardo Gómez, Marco Antonio Velilla Moreno a. v. Stella Conto Díaz del Castillo, Ruth Stella Correa Palacio y Danilo Rojas Betancourth.

[76] Cfr. Asamblea Nacional Constituyente, *Gaceta Constitucional* n.º 77 de 1991, pp. 11 y ss.

[77] La participación del Estado en las fundaciones de capital mixto constituye una negociación prohibida por el artículo 355 CN: véase Corte Constitucional, sentencia C-372 de 1994, MP Vladimiro Naranjo Mesa [fundamentos jurídicos 2 y 3]; también la financiación de becas con recursos provenientes de la participación de los municipios en los ingresos corrientes de la Nación. Véase la sentencia C-520 de 1994, MP Hernando Herrera Vergara [fundamento jurídico 3], s. v. Antonio Barrera Carbonell, Carlos Gaviria Díaz, José Gregorio Hernández Galindo y Alejandro Martínez Caballero. Tampoco es viable jurídicamente hacer aportes a fondos de empleados. Véase Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto del 22 de abril de 1993, rad. 504, CP Javier Henao Hidrón [fundamento jurídico 5].

[78] ¿Hoy disfrazadas bajo los eufemismos de "partidas globales", "cupos indicativos" o "fondos de cofinanciación"? Cfr. Gómez Hurtado, Enrique, *Finanzas públicas*, Bogotá, Universidad Sergio Arboleda, 2002, pp. 373 y ss.

[79] Cfr. Corte Constitucional, sentencia C-671 de 1999, MP Alfredo Beltrán Sierra [fundamento jurídico 6].

Pero la característica más relevante, a efectos de este documento, está en que la regulación de esos contratos no la haría el Congreso sino el Gobierno Nacional. En efecto, ante la desconfianza hacia el legislador, la Constitución defirió la regulación al Gobierno Nacional mediante un reglamento constitucional, esto es, desarrollo directo de la Constitución sin intervención de la ley (Decreto autónomo 92 de 2017[80]).

Prohibición de auxilios[81] ("donaciones" es su denominación contractual) que tiene otra excepción constitucional en el artículo 368, cuando autoriza el otorgamiento de subsidios (denominación económica), como expresión de justicia distributiva, para que las personas de menores ingresos puedan pagar las tarifas de los servicios públicos domiciliarios que cubran sus necesidades básicas insatisfechas[82].

[80] Que derogó los reglamentos constitucionales 777 de 1992, 1403 de 1992 y 2459 de 1993.

[81] En vigencia de la Constitución de 1886 competía al Congreso fomentar las empresas útiles o benéficas dignas de estímulo y apoyo (art. 76-18). A su vez, el Acto Legislativo 01 de 1945 dispuso que esta atribución solo podría ejercerse con estricta sujeción a los planes y programas correspondientes. Finalmente, el Acto Legislativo 01 de 1968 –luego de señalar que los proyectos de ley que impliquen gasto eran de iniciativa privativa del Gobierno– autorizó a los congresistas para fomentar empresas útiles y benéficas (art. 76-20 CN). Aunque esta norma se acompasaba bien con las finalidades sociales del Estado, su mal uso en algunos casos llevó a que se propusiera su eliminación.

Siempre será popular hablar contra eso que los estadounidenses denominan "barril de los cerdos" y por ello los estudiantes promotores de la denominada "séptima papeleta" (que de alguna manera sirvió de soporte a la convocatoria de la Asamblea Nacional Constituyente de 1991) siempre esgrimieron –con enorme ingenuidad e inexperiencia– como una de las "propuestas" bandera de aquel movimiento estudiantil. Véase Sánchez Luque, Guillermo, columna de prensa "Salvar a Colombia", *El Siglo*, 2 de abril de 1990, página editorial 4A. Un interesante propuesta de revivir los auxilios parlamentarios, en Echeverry, Juan Carlos; Fergusson, Leopoldo y Querubín, Pablo, *La batalla política por el Presupuesto de la Nación: inflexibilidades o supervivencia fiscal*, Bogotá, Universidad de los Andes, Centro de Estudios sobre Desarrollo Económico-CEDE, 2004, pp. 51 y ss., disponible en https://economia.uniandes.edu.co/component/booklibrary/478/view/46/Documentos%20CEDE/453/la-batalla-politica-por-el-presupuesto-de-la-nacion-inflexibilidades-o-supervivencia-fiscal.

[82] Cfr. Corte Constitucional, sentencia C-566 de 1995, MP Eduardo Cifuentes Muñoz [fundamentos jurídicos 2 y 4]; Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 2 de marzo de 2006, rad. AP 543, MP Ruth Stella Correa Palacio [fundamento jurídico 1.1] y sentencia del 18 de junio de 2008, rad. AP 618, MP Ruth Stella Correa Palacio [fundamento jurídico 7.9]; Palacios Mejía, Hugo, *El derecho de los servicios públicos*, Bogotá, Derecho Vigente, 1999, p. 85; y Sánchez Luque, Guillermo, "Los deberes de la solidaridad en el modelo tarifario de los servicios públicos domiciliarios", en *Contexto Revista de Derecho y Economía*, Edición especial n.º 19, 2004, pp. 41 y ss.

Pero hay más excepciones a la prohibición supuestamente rotunda de auxilios parlamentarios (denominación política). Ante la incompatibilidad evidente de esta prohibición con la fórmula política Estado social de derecho, la jurisprudencia ha avalado el otorgamiento de subsidios (donaciones del Estado) en apoyo no compensado de orden económico en materia de fomento de la investigación y transferencia de tecnología[83]; concesión de subsidios a favor de pequeños productores sobre cuotas de recuperación de inversiones de los proyectos públicos de adecuación de tierras[84]; ayudas a personas integrantes de comunidades negras[85] y subsidios monetarios o en especie para la construcción de viviendas de interés social[86].

En últimas, la norma del artículo 355 queda restringida a eliminar actos de mera liberalidad[87] y no aquellos en los que esté incluida la garantía de derechos sociales, si la cesión gratuita cuenta con un fundamento constitucional expreso, no se trata de una donación prohibida, sino del cumplimiento de deberes constitucionales atribuidos al Estado[88]. Excepciones que no solo se predican, según la jurisprudencia, de preceptos constitucionales que expresamente lo autoricen, sino también de las normas legales que los regulen, *v. gr*., subsidio al transporte de combustible en zonas de frontera[89].

18. Por otro lado, de la autonomía universitaria[90] (art. 69 CN) –esa capacidad de autogobierno que se predica, por supuesto, de todo

[83] Corte Constitucional, sentencias C-506 de 1994, MP Fabio Morón Díaz [fundamento jurídico 2] y C-316 de 1995, MP Antonio Barrera Carbonell [fundamento jurídico 4].

[84] Corte Constitucional, sentencia C-205 de 1995, MP Eduardo Cifuentes Muñoz [fundamento jurídico E].

[85] Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto del 13 de mayo de 1996, rad. 800, CP Javier Henao Hidrón [fundamento jurídico III].

[86] Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 6 marzo de 2008, rad. 16613, MP Ruth Stella Correa Palacio [fundamento jurídico 3].

[87] Palacios Mejía, Hugo, *La economía en el derecho constitucional colombiano*, Bogotá, Derecho Vigente, 1999, p. 163.

[88] Corte Constitucional, sentencia C-251 de 1996, MP Alejandro Martínez Caballero [fundamento jurídico 5].

[89] Corte Constitucional, sentencia C-661 de 1998, MP Antonio Barrera Carbonell [fundamento jurídico 2.3], s. v. Eduardo Cifuentes Muñoz, Alejandro Martínez Caballero, Hernando Herrera Vergara y Vladimiro Naranjo Mesa.

[90] Un marco normativo que garantice su autodeterminación en materias propias de la gestión del saber, que propicie una atmósfera de independencia académica con la adopción de decisiones relativas a su objeto que aseguren un espacio independiente

tipo de universidad sin importar su naturaleza pública o privada– la jurisprudencia ha deducido que se trata de un "derecho social" que da lugar a otra suerte de ente autónomo (de los que trata el inciso segundo del artículo 113 CN)[91]: las universidades públicas. Con esta perspectiva, la norma constitucional previó que la ley establecerá un régimen especial para las universidades del Estado[92] que ha supuesto una muy discutible singularidad del régimen contractual (Ley 30 de 1992, arts. 57 –modificado por el artículo 1.° de la Ley 647 de 2001[93]–, 93 y 94[94]).

En la misma línea, en desarrollo del artículo 71 CN, que busca promover una política pública de ciencia y tecnología, se expidió la Ley 1286 de 2009, que, además de transformar a Colciencias en un departamento administrativo, previó en el artículo 33 que los contratos correspondientes se celebran directamente y se someten a normas especiales (decretos leyes 393 y 591 de 1991).

---

del conocimiento, como lo ha señalado la jurisprudencia al delimitar el ámbito de la autonomía universitaria. Véase Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 25 de mayo de 2006, rad. AP 1089, MP Ruth Stella Correa Palacio [fundamento jurídico 1].

[91] En un comienzo la jurisprudencia no discutía su naturaleza jurídica de establecimiento público (ente descentralizado por servicios), *i. e.*, Corte Constitucional, sentencia C-195 de 1994, MP Vladimiro Naranjo Mesa [fundamento jurídico 3.1]. Sin embargo, posteriormente estimó "desafortunada" su calificación como establecimientos públicos, ya que la investigación no pudo lograr un desarrollo fluido y racional en dicho esquema jurídico administrativo. Así concluyó que las universidades públicas en tanto órganos autónomos del Estado no hacen parte de la rama ejecutiva, con capacidad de autodeterminación ajena a la injerencia indebida de las ramas del poder público, en especial del ejecutivo: Corte Constitucional, sentencia C-220 de 1997, MP Fabio Morón Díaz [fundamento jurídico 5].

[92] Así la jurisprudencia constitucional –aunque aún sin aventurar a afirmar que se tratase de entes autónomos– sostuvo que a primera vista podría pensarse que las universidades estatales u oficiales en materia contractual quedaron cobijadas por las normas del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, pero ello no es así, porque se rigen por normas especiales dictadas por el legislador, pero que no ocurría lo mismo respecto de las instituciones estatales u oficiales de educación superior que no tengan carácter de universidad, pues por tratarse de establecimientos públicos se someten a ese estatuto. Véase Corte Constitucional, sentencia C-547 de 1994, MP Carlos Gaviria Díaz [fundamento jurídico b.2]. Es tal el nivel de dispersión, que la Universidad Militar Nueva Granada tiene su propio régimen en la Ley 805 de 2003.

[93] Declarado exequible, Corte Constitucional, sentencia C-1435 de 2000, MP (E) Cristina Pardo [fundamento jurídico 3].

[94] Declarados exequibles, Corte Constitucional, sentencia C-547 de 1994, MP Carlos Gaviria Díaz [fundamento jurídico b.2].

19. Por su parte, el Acto Legislativo 02 de 2004 –que introduce la reelección en Colombia[95]– exige la expedición de una ley estatutaria de "garantías electorales" (art. 152-f CN). Ley que establece una serie de restricciones a la contratación pública durante la campaña electoral: prohibiciones al presidente en ejercicio durante la campaña, monto de la publicidad estatal, vinculación a la nómina estatal (arts. 30 a 33 Ley 996 de 2005). Al revisar la constitucionalidad del proyecto de ley estatutaria correspondiente, la Corte estimó que el régimen contractual excepcional se ajustaba a la Constitución, en cuanto procuraba la igualdad de los candidatos en la contienda electoral entre el candidato presidente y los demás candidatos a la Presidencia, durante el tiempo en que dure la campaña presidencial[96].

Sobre la Ley de Garantías Electorales y su enorme incidencia en la contratación estatal, se han producido múltiples conceptos del Consejo de Estado en materia de contratación pública. Veamos algunos ejemplos: la contratación directa en la adquisición de bienes y servicios para programas de desmovilización y reincorporación de personas y grupos alzados en armas al margen de la ley[97]; el alcance de las restricciones en contratación estatal y su aplicación a otras elecciones diferentes de las presidenciales[98]; la contratación directa para la defensa de las entidades públicas, contratación directa por la Registraduría Nacional del Estado Civil y participación de los departamentos y municipios en los gastos del proceso electoral, contratación directa por misiones diplomáticas y consulares, contratación en materia de cooperación internacional y contratos interadministrativos[99].

Además, el Consejo de Estado ha rendido concepto sobre los procesos de contratación que adelantan en el exterior las misiones diplomáticas

[95] Eliminada por el Acto Legislativo n.º 02 de 2015.

[96] Corte Constitucional, sentencia C-1153 de 2005, MP Marco Gerardo Monroy Cabra [fundamentos jurídicos 4.2 G a-d].

[97] Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto del 2 de febrero de 2006, rad. 1712, CP Enrique José Arboleda Perdomo [fundamento jurídico III, levanta la reserva el 21 de junio de 2010] y concepto 27 de abril de 2006, rad. 1712 A, CP Enrique José Arboleda Perdomo [fundamento jurídico 1].

[98] Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto del 17 de febrero de 2006, rad. 1717, CP Luis Fernando Álvarez Jaramillo [fundamento jurídico 1, levantada reserva el 8 de abril de 2010].

[99] Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto del 20 de febrero de 2006, rad. 1724, CP Flavio Augusto Rodríguez Arce [fundamentos jurídicos IC, IIC, IIIC, IVC y VC autorizada su publicación por oficio del 2 de marzo de 2006].

o consulares[100]; la aplicación de las prohibiciones a los prestadores de servicios públicos domiciliarios oficiales, empresas industriales prestadoras y municipios prestadores directos[101]; las actividades que no hacen parte del concepto de seguridad y defensa para efectos de contratación directa[102]; la contratación directa para garantizar el derecho a la seguridad social de personas necesitadas de la tercera edad[103].

Hay asimismo conceptos de esa corporación acerca de la aplicación de restricciones a empresas industriales y comerciales y sociedades de economía mixta en contratación directa y celebración de convenios interadministrativos y contratación directa para la impresión de la *Gaceta del Congreso*[104]; la aplicación de la prohibición del artículo 33 de la Ley 996 de 2005 a los contratos de derecho público de ciencia y tecnología[105]; la prohibición a los entes estatales de celebrar ciertos tipo de convenios interadministrativos en época preelectoral y los convenios de tesorería previstos en el Decreto 3771 de 2007[106].

La Sala de Consulta se ha pronunciado asimismo respecto de las restricciones a la contratación pública aplicables a las entidades territoriales y a las asociaciones entre entidades públicas[107]; la excepción de

[100] Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto del 20 de febrero de 2006, rad. 1725, CP Luis Fernando Álvarez Jaramillo [fundamento jurídico 1 autorizada su publicación por oficio del 15 de marzo de 2006].

[101] Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto del 20 de febrero de 2006, rad. 1727, CP Enrique José Arboleda Perdomo [fundamentos jurídicos III y IV autorizada su publicación por oficio del 9 de marzo de 2006].

[102] Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto del 14 de marzo de 2006, rad. 1731, CP Flavio Augusto Rodríguez Arce [fundamento jurídico 3 autorizada su publicación por oficio del 28 de abril de 2006].

[103] Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto del 6 de abril de 2006, rad. 1736, CP Luis Fernando Álvarez Jaramillo [fundamento jurídico 3 autorizada su publicación por oficio del 21 de abril de 2006].

[104] Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto del 6 de abril de 2006, rad. 1738, CP Enrique José Arboleda [fundamentos jurídicos I a V autorizada su publicación por oficio del 20 de abril de 2006].

[105] Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto del 26 de noviembre de 2009, rad. 1974, CP Luis Fernando Álvarez Jaramillo [fundamento jurídico 3 levantada la reserva el 27 de enero de 2014], a. v. Enrique José Arboleda Perdomo.

[106] Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto del 25 de marzo de 2010, rad. 1990, CP William Zambrano Cetina [fundamentos jurídicos 3.2 y 3.3 autorizada su publicación por oficio del 5 de abril de 2010].

[107] Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto del 10 de junio de 2010, rad. 2011, CP (E) William Zambrano Cetina [fundamentos jurídicos 3.3 autorizada su publicación por oficio del 7 de julio de 2010].

contratación directa por motivos de defensa y seguridad del Estado en campaña presidencial, régimen de contratación del Fondo de Programas Especiales para la Paz y la Agencia Colombiana para la Reintegración de Personas y Grupos Alzados en Armas[108]; las restricciones en materia de vinculación a la nómina estatal durante la campaña presidencial (art. 32 Ley 996 de 2005)[109]; la restricción en materia de contratación pública durante la campaña presidencial (art. 33 Ley 996 de 2005) y procedimiento de adquisición de predios para las comunidades indígenas, afrocolombianas y demás minorías étnicas[110].

Finalmente, hay conceptos del Consejo en estas otras materias como la celebración de convenios interadministrativos con la Escuela Superior de Administración Pública para la realización de concurso público de méritos previsto en el artículo 35 de la Ley 151 de 2012[111] y la prohibición de contratación directa en la Ley 996 de 2005, uso de la asociación público-privada como régimen contractual para la exploración, contratación en actividades relacionadas con el patrimonio cultural sumergido y procedimiento para la realización de asociaciones público-privadas de iniciativa privada[112].

Sólo un par de preguntas: ¿A qué se debe la proliferación de consultas sobre esa "ley de garantías"[113]? ¿Quedó muy mal hecha, se busca una "protección" frente a eventuales investigaciones, o sencillamente es el reconocimiento tácito de que impide en general el

[108] Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto del 2 de septiembre de 2013, rad. 2168, CP Álvaro Namén Vargas [fundamentos jurídicos 3 y 4 autorizada su publicación por oficio del 22 de noviembre de 2013].

[109] Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto del 1.° de abril de 2014, rad. 2207, CP Álvaro Namén Vargas [fundamentos jurídicos a y b autorizada su publicación por oficio del 3 de abril de 2014].

[110] Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto del 21 de mayo de 2014, rad. 2212, CP Álvaro Namén Vargas [fundamentos jurídicos 1 y 2, autorizada su publicación por oficio del 29 de mayo de 2014].

[111] Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto del 17 de septiembre de 2015, rad. 2269 A, CP William Zambrano Cetina [fundamento jurídico 2].

[112] Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto del 8 de mayo de 2018, rad. 2382, CP Álvaro Namén Vargas [fundamentos jurídicos A, B, C y D autorizada su publicación por oficio del 18 de mayo de 2018].

[113] Sobre la aplicación de la ley de garantías electorales véase Circular Externa n.º 24 del 12 de mayo de 2017 de la Agencia Nacional de Contratación Pública-Colombia Compra Eficiente, disponible en https://www.colombiacompra.gov.co/content/circular-externa-no24.

normal funcionamiento del Estado? Además, ¿Tiene sentido que hoy se siga aplicando una ley que se expidió con ocasión de la reelección presidencial inmediata –pero que inexplicablemente se extendió a otros procesos electorales– si esta ya fue enhorabuena eliminada –aunque tarde– de la Constitución?

20. Por razones de espacio no nos ocuparemos de otros preceptos constitucionales que van en la misma dirección[114]. Lo cierto es que acá no aplica uno de los dichos favoritos de papá: "La excepción confirma la regla". Todo lo contrario: *La excepción se ha convertido en la regla*.

[114] La enajenación voluntaria y expropiación (artículos 58 y 59 CN); el patrimonio cultural (arts. 70, 71 y 72 CN); el artículo 79, precepto central de la denominada "Constitución ecológica" que también supuso un régimen especial para corporaciones civiles sin ánimo de lucro (Ley 99 de 1993).

No solo la Constitución ha generado regímenes exceptuados sino que también lo hizo la propia Ley 80 de 1993: (1) los contratos financiados con fondos de los organismos multilaterales de crédito o celebrados con personas extranjeras de derecho público u organismos de cooperación, asistencia o ayuda internacionales (art. 13 inc. 3.º Ley 80 de 1993, exequible condicionado a que solo se aplica a contratos relativos a recursos percibidos de entes u organismos internacionales, esto es empréstito, donación, asistencia técnica o cooperación. Véase Corte Constitucional, sentencia C-249 de 2004, MP Jaime Araújo Rentería [fundamento jurídico 2.3.4] derogado por el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007); (2) los contratos que celebren los establecimientos de crédito, las compañías de seguros y las demás entidades financieras de carácter estatal que correspondan al giro ordinario de su objeto social (parágrafo primero del art. 32); (3) entidades estatales que prestan el servicio de telecomunicaciones (arts. 33 a 38, derogados parcialmente por la Ley 1341 de 2009; servicios postales Ley 1369 de 2009); operaciones de crédito público (art. 41) y contratos de explotación y explotación de recursos naturales (art. 76, exequible, sentencia C-949 de 2001 [fundamento jurídico 7], Ley 685 de 2011).

Igualmente la Ley 1150 previó regímenes especiales para las empresas industriales y comerciales del Estado y sociedades de economía mixta, sus filiales y las sociedades entre entidades públicas (art. 14); las entidades exceptuadas del sector defensa (art. 16); contratos o convenios financiados en su totalidad o en sumas iguales o superiores al 50% con fondos de los organismos de cooperación, asistencia o ayudas internacionales (art. 20); sociedades fiduciarias (art 25); Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo (Fonade) (art. 26).

Asimismo abundan regímenes exceptuados previstos en otras leyes, sin siquiera un fundamento constitucional: actividades científicas y tecnológicas (Ley 393 de 1991); contratos para la edición e impresión de los medios de comunicación (Ley 98 de 1993); Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil (Ley 105 de 1993); Fondo Mixto de Promoción Cinematográfica y Fondo Mixto de Promoción de la Cultura y de las Artes (Ley 397 de 1997); Programa de Protección a Testigos, Víctimas, Intervinientes en el Proceso y Funcionarios de la Fiscalía General de la Nación (Ley 418 de 1997);

Ante la pluralidad de regímenes especiales, que se dice propicia la corrupción, el artículo 13 de la Ley 1150 de 2007 previó que las entidades estatales que por disposición legal cuenten con un régimen contractual excepcional al del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, deben aplicar en desarrollo de su actividad contractual, acorde con su régimen legal especial, los principios de la función administrativa (art. 209 CN) y de la gestión fiscal (art. 267 CN) y estarán sometidas al régimen de inhabilidades e incompatibilidades previsto legalmente para la contratación estatal.

Una salida desesperada del legislador a la multiplicidad de regímenes especiales que genera varios interrogantes. ¿Se ajusta a la Constitución someter a los principios de la función administrativa actividades que, como los servicios públicos, que dejaron justamente de ser función administrativa para convertirse en actividades económicas que se deben desplegar en un ámbito de competencia económica?[115] Incluso se discute a este respecto si, salvo lo referente a las potestades excepcionales, la contratación estatal es o no una función administrativa.

21. Pero la Constitución no solo propicia el desorden en la regulación al prever, por un lado, un supuesto estatuto general y facilitar, por otro, la proliferación de regímenes exceptuados que, luego, la legislación se encargaría de multiplicar. La constitucionalización del derecho ha degradado a la Constitución al convertirla en una especie de "mesita de noche" a la que le cabe todo, o en una suerte de "navaja suiza" de múltiples usos. La Constitución ha sido trivializada por la incontenible constitucionalización de todos los asuntos.

---

fondos de servicios educativos (Ley 715 de 2001); Ecopetrol (Ley 1118 de 2006); Fondo Nacional de Gestión del Riesgo (Ley 1523 de 2012); Instituto Nacional de Salud (Decreto 4109 de 2011).

Además de los regímenes que bien podrían integrar la Ley 80 como nuevos capítulos han sido previstas como regímenes aparte: asociaciones público-privadas (Ley 1508 de 2012); infraestructura (Ley 1682 de 2013). Véase Jojoa Bolaños, Alexander, *Los regímenes exceptuados en los contratos estatales*, Bogotá, Ibáñez, 2014.

[115] Cfr. Sánchez Luque, Guillermo "¿El derecho administrativo sigue siendo el derecho de los servicios públicos?", en Bula, Germán; Namén, Álvaro y Zambrano, William (editores académicos), *Derecho procesal administrativo, modernización del Estado y territorio. Estudios en homenaje a Augusto Hernández Becerra*, Bogotá, Ibáñez, 2014, pp. 449 y ss.

De paso, todo lo que Constitución toca –cuando no debería hacerlo–, a su vez, pierde el rigor que le daría una legislación que debería estar bien concebida para servir de instrumento para el logro de los fines de la contratación y no de obstáculo para una buena administración.

B) *Proliferación de disposiciones constitucionales triviales y desarticuladas*

22. La Constitución prevé, dentro de las modalidades especiales de leyes, a las "orgánicas" (art. 151 CN) a las cuales está sujeto el ejercicio de la actividad legislativa: leyes que señalan las condiciones para la formulación y trámite de las demás leyes. De ahí que las leyes de este tipo especial tienen un carácter autolimitante en tanto señalan los procedimientos a los que el Congreso debe sujetarse para expedir otras normas, y por ello están dotadas de superior jerarquía.

Dentro de las materias objeto de esta técnica de autolimitación que debe hacer el Congreso están las relacionadas con la preparación, aprobación y ejecución del presupuesto de rentas y ley de apropiaciones[116], concebidas para evitar la dispersión de las reglas presupuestales, para homogenizar la materia (arts. 349 y 352 CN).

Con arreglo al artículo 352 CN, la ley orgánica del presupuesto –la ley orgánica por excelencia, como se dijo en la Constituyente[117]–, además de regular lo correspondiente al proceso presupuestal (la programación, aprobación, modificación, ejecución de los presupuestos de la Nación, de las entidades territoriales y de los entes descentralizados de cualquier nivel administrativo y su coordinación con el Plan Nacional de Desarrollo), debe definir lo relativo a la capacidad de los organismos y entidades estatales para contratar.

Leyes orgánicas que desde la vigencia de la Constitución de 1886 (arts. 76.3 y 210) ostentaban superioridad y prevalencia[118] que hoy ratifican la Constitución de 1991 (arts. 151, 349, 350 y 352) al reconocerlas como rectoras del sistema presupuestal[119] –en cuanto pretenden

[116] Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 22 de junio de 2011, rad. 35749, MP Ruth Stella Correa Palacio [fundamento jurídico 6].

[117] Asamblea Nacional Constituyente, *Gaceta Constitucional* n.º 51, 1991, p. 3

[118] Corte Suprema de Justicia, Sala Plena, sentencia del 27 de septiembre de 1971, MP Luis Sarmiento Buitrago [fundamento jurídico 1].

[119] Corte Constitucional, sentencia C-1645 de 2000, MP Carlos Gaviria Díaz [fundamento jurídico 3].

armonizarlo[120]– y dotarlas de un carácter supralegal o cuasiconstitucional[121] y, por ello, su infracción configura una falta a la Constitución[122].

De modo que, por mandato constitucional, la capacidad de contratación debe ser regulada en el Estatuto Orgánico del Presupuesto, documento matriz del sistema presupuestal colombiano, que una ley ordinaria no puede reformar o desconocer y si lo hace infringe abiertamente la Constitución. Sin embargo, y a pesar de la claridad del texto constitucional, la Ley 80 de 1993 se ocupó de esta materia.

Al revisar la constitucionalidad del texto legal, la Corte sostuvo que en la ley orgánica pueden hacerse definiciones sobre la capacidad de contratar, para efectos de la ejecución presupuestal y en el Estatuto General de Contratación, por el contrario, se hace la determinación concreta de los funcionarios que contratarán. Para la Corte no existe, pues, contradicción alguna[123].

Muy discutible este pronunciamiento. Más allá de los reparos que pudieran formulársele, lo que revela es, una vez más, la falta de articulación de las disposiciones constitucionales, "contradicción apenas aparente" –según la Corte– que la lleva a dejar sin efectos el mandato constitucional relacionado con la ley orgánica del presupuesto. Tal criterio riñe no solo con la prescripción constitucional, sino también con la intención del constituyente de crear unas normas estables, que fueran una suerte de prolongación de la Constitución y que, por lo

[120] Corte Constitucional, sentencia C-1072 de 2002, MP Eduardo Montealegre Lynett [fundamento jurídico 17].

[121] Corte Constitucional, sentencia C-478 de 1992, MP Eduardo Cifuentes Muñoz [fundamento jurídico 3.3]; sentencia C-337 de 1993, MP Vladimiro Naranjo Mesa [fundamento jurídico 2.1.1]; sentencia C-546 de 1994, MP Alejandro Martínez Caballero [fundamento jurídico 6]; sentencia C-423 de 1995, MP Fabio Morón Díaz [fundamento jurídico 4]; sentencia C-442 de 2001, MP Marco Gerardo Monroy Cabra [fundamento jurídico 3]; y C-540 de 2001, MP Jaime Córdoba Triviño [fundamento jurídico 3].

[122] Trujillo Alfaro, Jorge Luis, *Presupuesto: una aproximación desde la planeación y el gasto público*, Bogotá, Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, 2007, p. 87.

[123] Corte Constitucional, sentencia C-374 de 1994, MP Jorge Arango Mejía [fundamento jurídico C-2]. Se trata de dos competencias legislativas concurrentes que no se excluyen, porque las regulaciones contenidas en el estatuto contractual en materia de capacidad de las entidades públicas para contratar deben estar en armonía con las disposiciones contenidas en la Ley Orgánica del Presupuesto, dijo al estarse a lo resuelto en el citado fallo. Véase Corte Constitucional, sentencia C-178 de 1996, MP Antonio Barrera Carbonell [fundamento jurídico 4.3].

mismo, no debieran cambiarse caprichosamente, como no se cambia la Constitución[124].

Esta providencia contradice su jurisprudencia, según la cual una ley ordinaria no puede derogar una ley orgánica, ni puede invadir su órbita de competencia[125]. Igualmente, no se aviene con el criterio estricto que adoptó al declarar inexequible el parágrafo 1.º del artículo 41 de la Ley 80 de 1993, que autorizaba a las autoridades administrativas a ajustar o modificar los presupuestos de las entidades públicas en contravía de lo dispuesto por la Constitución y las disposiciones de la ley orgánica del presupuesto[126].

23. En la misma línea de regular la capacidad (competencia) para contratar de manera desarticulada en la Constitución, el artículo 189 numeral 23 prevé que corresponde al presidente de la República, como suprema autoridad administrativa, celebrar los contratos que le corresponda con sujeción a la Constitución y a la Ley (art. 11.2 de la Ley 80). Surge una pregunta: ¿Se justifica que el presidente de la República celebre contratos distintos de los tratados internacionales? ¿Acaso no es un asunto que, vía desconcentración o descentralización, debe estar radicado en los subalternos de la suprema autoridad administrativa?

Según la jurisprudencia de la Corte, no es acertado sostener –con fundamento en el numeral 23 del artículo 189 CN– que solo el presidente pueda celebrar contratos a nombre de la Nación. A juicio del alto tribunal, lo que esta norma se limita a decir es que el presidente de la República celebra los contratos que le corresponda con sujeción a la Constitución y la ley. Función que, agrega, puede delegar según el artículo 211 CN[127].

24. Es de resaltar que el artículo 266 CN confiere al registrador nacional del Estado Civil la capacidad de contratación en nombre de la Nación, en los casos que disponga la ley. Ahora: el Código Electoral ya preveía una precisa excepción al régimen general en su artículo 214, que le otorga al registrador una facultad especial de contratación y lo autoriza a celebrar directamente los contratos que demanden las

[124] Asamblea Nacional Constituyente, *Gaceta Constitucional* n.º 51 de 1991, p. 2.

[125] Corte Constitucional, sentencia C-600 A de 1995, MP Alejandro Martínez Caballero [fundamentos jurídicos 6 y 7].

[126] Corte Constitucional, sentencia C-772 de 1998, MP Fabio Morón Díaz [fundamento jurídico 7].

[127] Corte Constitucional, sentencia C-374 de 1994, MP Jorge Arango Mejía [fundamento jurídico D].

elecciones cuando falta menos de un año para su realización y no se dispone del tiempo suficiente para efectuar el procedimiento de licitación pública. Dicha disposición sigue vigente frente a la Ley 80 de 1993, según el Consejo de Estado, en concepto apoyado en el precepto constitucional citado[128].

25. Otra materia que presenta una regulación constitucional muy discutible son las leyes de autorizaciones (arts. 150 numeral 9 CN), que se "reproducen" en el orden territorial en los artículos 300 numeral 9 y 313 numeral 3 CN[129]. Como contrapartida de esta particular tipología

[128] Cfr. Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, rad. 1267, CP César Hoyos Salazar [fundamento jurídico 1.2].

[129] Desarrollado por el artículo 32 numeral 3 de la Ley 136 de 1994, declarado exequible por la Corte Constitucional en la sentencia C-738 de 2001, MP Eduardo Montealegre Lynett [fundamento jurídico 3]. Vía concepto, el Consejo de Estado estimó que el acto contentivo de la autorización conferida al alcalde municipal para celebrar el contrato constituye un requisito de orden constitucional y legal y en tal sentido la falta de autorización implica la ocurrencia de una causal de nulidad absoluta del contrato estatal en los términos del artículo 44 de la Ley 80 de 1993, en consonancia con el artículo 1741 CC, y puede dar lugar al delito de celebración indebida de contratos por falta de requisitos legales, tipificado en el artículo 410 del Código Penal. Véase Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto del 15 de noviembre de 2001, rad. 1371, CP Augusto Trejos Jaramillo [fundamento jurídico 3].

Posteriormente, advirtió que por ser el alcalde el representante legal del Municipio y el director de la contratación del ente territorial, la autorización previa y expresa del Concejo Municipal es excepcional y en todo caso debe ser regulada de acuerdo con la ley. Véase Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto del 5 de junio de 2008, rad. 1889, CP William Zambrano Cetina [fundamento jurídico 2.1].

Más recientemente, la misma sala estimó que un alcalde puede celebrar todos los contratos necesarios para el cumplimiento de sus funciones constitucionales y legales sin autorización del Concejo Municipal, salvo que (1) el contrato a celebrarse aparezca listado del parágrafo 4.º de la Ley 136 de 1994 o en otra ley; o (2) el Concejo lo haya dispuesto previa y expresamente mediante acuerdo. Si se da alguna de estas hipótesis la autorización previa del Concejo Municipal será necesaria so pena de nulidad del respectivo contrato o convenio. Véase Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto del 11 de marzo de 2015, rad. 2238, CP William Zambrano Cetina [fundamento jurídico 1].

A este respecto la jurisprudencia administrativa ha sostenido que la regla general para la celebración del contrato estatal es la no intervención del Concejo Municipal en el procedimiento de contratación y por lo tanto las autorizaciones o aprobaciones que le competen a esa corporación solo pueden requerirse de acuerdo con la ley o con el reglamento del respectivo Concejo Municipal, antes de iniciar el procedimiento respectivo. De modo que la autorización para contratar del Concejo es un requisito determinante del contrato estatal en aquellos casos en que la ley o el reglamento del Concejo hayan

legislativa están las leyes de aprobaciones de contratos (arts. 150 numeral 14 CN), que también tienen su "reflejo" en el ámbito territorial (art. 313.3 CN).

Sobre este asunto, la jurisprudencia constitucional sostuvo, antes de la expedición de la Ley 80 de 1993, que la *ratio iuris* del estatuto contractual estriba en el hecho de que en un régimen democrático es preciso asegurar la intervención de un órgano colegiado de representación popular, en un proceso que compromete la responsabilidad y el patrimonio nacional.

Este pronunciamiento pareciera concluir que hay tres "tipos" de intervenciones del legislador según la Constitución: (1) una "autorización general" (artículo 150 inciso final) de carácter impersonal, no individualizada; (2) una "autorización especial" (artículo 150.9) de carácter excepcional y que debe contener los elementos de generalidad e impersonalidad, salvo que se señale al contratista por ser el único que puede desarrollar el objeto del contrato; y (3) una "aprobación posterior" (artículo 150.14), que es una ley de contenido administrativo, una declaración de voluntad aprobatoria que se funde con la declaración de voluntad administrativa del acto[130].

Ya en vigencia de la Ley 80 de 1993, la Corte reiteró que el inciso final del artículo 150 CN contiene una autorización general, impersonal y no individualizada para la celebración de un contrato. Añadió que ello permite que no sea necesario contar con una norma especial expedida por una corporación pública cada vez que se pretenda celebrar un contrato, por parte de uno de los organismos o entidades a que hace referencia esa ley. Y agregó que la autorización que otorga el Congreso no se agota únicamente con la expedición del Estatuto General de Contratación Administrativa.

Para la Corte, el legislador puede establecer que determinados contratos se sometan a una legislación especial –como es el caso de la exploración y explotación de recursos naturales (art. 76)– o puede guardar silencio respecto del procedimiento y autorización necesarios para la celebración de un determinado tipo de contrato, que no se encuentre enmarcado dentro de los que hace referencia en el artículo 32

---

dispuesto tal requerimiento y este último solo lo puede establecer con arreglo a la ley. Véase Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 29 de mayo de 2014, rad. 33832, MP Hernán Andrade Rincón [fundamento jurídico 5].

[130] Corte Constitucional, sentencia C-449 de 1992, MP Alejandro Martínez Caballero [fundamentos jurídicos 8 a 10].

de la Ley 80 de 1993. De modo que, en su criterio, en aquellos casos en que el legislador decida que la celebración de un determinado contrato deba someterse a una autorización previa y especial por parte de ese órgano, se estará de acuerdo con lo que ha establecido la Corte, dentro de los presupuestos del numeral 9 del artículo 150[131].

En otra oportunidad, la Corte sostuvo que la introducción del concepto de *ley de autorizaciones* en la Constitución de 1991 corresponde a una tradición constitucional, pues el artículo 76-11 de la Constitución de 1886 la preveía. Por ello esta tipología se ha entendido como el beneplácito legislativo para que el Gobierno ejerza una función propia dentro de su ámbito constitucional. Por ello, a su entender, el ejercicio de la actividad contractual que es privativa del Gobierno debe contar con la aprobación del Congreso, como una manifestación el ejercicio coordinado y armónico de la función pública.

Este pronunciamiento, sin embargo, declaró inexequible un proyecto de ley que autorizaba al Gobierno a la celebración de un contrato de compraventa de un inmueble y de varios contratos de obra. Se trataba de una ley de honores que fue objetada por el presidente de la República, al estimar que la Constitución no autoriza que el legislador le imponga al Ejecutivo la celebración de un contrato específico[132].

Sin embargo, la jurisprudencia constitucional ha sostenido que la razón de ser de estas leyes de autorizaciones es asegurar la intervención del órgano colegiado de representación popular en un proceso que, como el contractual, compromete la responsabilidad y el patrimonio público, como manifestación no solo del ejercicio coordinado y armónico de la función pública, sino de una función de control político, en celebración y negociación de empréstitos y por ello declaró exequible el concepto que brinda la Comisión Interparlamentaria de Crédito Público en materia de operaciones de crédito público, porque no vincula jurídicamente en el campo contractual[133].

[131] Corte Constitucional, sentencia C-086 de 1995, MP Vladimiro Naranjo Mesa [fundamento jurídico 2.2]. En el mismo sentido, Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto del 27 de marzo de 1998, rad. 1077, CP Javier Henao Hidrón [fundamento jurídico I].

[132] Corte Constitucional, sentencia C-466 de 1997, MP Alejandro Martínez Caballero [fundamentos jurídicos 4 y 6].

[133] Corte Constitucional, sentencia C-246 de 2004, MP Clara Inés Vargas [fundamento jurídico c] [fundamentos jurídicos 4 y 5].

A su vez, el Consejo de Estado ha puesto de presente que la competencia para contratar en el orden departamental la tienen los gobernadores, y pese a la adscripción general de competencia que puede hacerse en los códigos fiscales, en ciertos casos las asambleas pueden autorizarlos para celebrar determinados contratos, en la forma prevista en el numeral 10 del artículo 187 de la Carta anterior (hoy art. 300-9 CN 1991). Y precisó que esta autorización en el último caso no podrá ser genérica, puesto que deberá precisar como mínimo el tipo de contrato, su sistema de contratación, su objeto, las prestaciones recíprocas y el régimen de derechos y obligaciones aplicables, extremos definitorios del contrato que no pueden omitirse, porque la contratación quedaría al arbitrio ilimitado del gobernador[134].

El Consejo de Estado también ha conceptuado que cuando la autorización para contratar no está dispuesta de manera general en el Estatuto de Contratación de la Administración Pública, Ley 80 de 1993, el órgano representativo de elección popular, llámese Congreso, Asamblea o Concejo, deberá conceder la autorización previa especial. Y añadió que esta autorización no necesariamente tiene que ser para cada contrato –aunque a veces la respectiva corporación se reserva el proceder de este modo, por razón de la naturaleza e importancia del contrato, como ocurre con los de empréstito– pues es viable que la respectiva corporación proceda a autorizar la celebración de contratos con alcance general, como han solido hacer las asambleas y los concejos al expedir los respectivos códigos fiscales[135].

Así mismo, el Consejo ha conceptuado que, según los artículos 313-3 CN, 315-3 CN, 11.3 de la Ley 80, 32 y 91-D-5 Ley 136 de 1994 y 110 del Decreto 111 de 1996, los alcaldes tienen la facultad general de suscribir contratos y dirigir la actividad contractual de los municipios sin necesidad de autorización previa, general o periódica del Concejo Municipal, salvo en dos casos: (1) cuando así lo haya previsto la ley y (2) cuando así lo haya dispuesto el Concejo expresamente mediante acuerdo[136].

[134] Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 18 de abril de 1996, rad. 9899, MP Carlos Betancur Jaramillo [fundamento jurídico c].

[135] Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto del 26 de marzo de 1998, rad. 1077, CP Javier Henao Hidrón [fundamento jurídico II].

[136] Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto del 11 de marzo de 2015, rad. 2238, CP William Zambrano Cetina [fundamento jurídico 1.3].

También en el orden territorial, el Consejo –esta vez como juez del contrato– ha señalado que la autorización para contratar emanada del Concejo Municipal es un requisito determinante del contrato estatal en aquellos casos en que la ley o el reglamento del Concejo Municipal hayan dispuesto tal requerimiento, y este último solo lo puede establecer con arreglo a la ley[137].

De nuevo, pues, preceptos constitucionales que en la práctica terminan siendo desconocidos. El reglamentarismo constitucional no pasa de ser un ejercicio inútil, que propicia la banalización del texto superior, no solo porque se ocupa de materias que no le atañen, sino porque al hacerlo, luego es francamente desconocido por todos: ¿Es realmente la Ley 80 de 1993 –expedida con base en el inciso final del artículo 150 CN– una concreción de la autorización que impone otro apartado de ese mismo artículo?

26. No hay que olvidar que, dentro del mismo afán reglamentarista, el artículo 273 CN prescribe que, a solicitud de cualquiera de los proponentes, el contralor general de la República y demás autoridades de control fiscal competentes ordenarán que el acto de adjudicación de una licitación tenga lugar en audiencia pública[138]. Y con base en lo dispuesto en su inciso segundo, la jurisprudencia ha reconocido que el legislador puede añadir otras hipótesis en las cuales se puede aplicar el mecanismo de audiencia pública para la adjudicación de contratos[139]. Si el legislador puede señalar los casos en que la adjudicación puede darse por este mecanismo, ¿se justificaba que la Constitución previera un supuesto?

Aunque la adjudicación de una licitación en audiencia pública –dice la jurisprudencia– es un requisito que normalmente compete a la ley establecer en el Estatuto de Contratación de la Administración Pública, fuera de la situación a la que se refiere la Constitución, no es posible que la ley conceda al contralor la facultad discrecional de ordenarla. Con base en esta premisa, la Corte declaró parcialmente inexequible

[137] Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 29 de mayo de 2014, rad. 33832, MP Hernán Andrade Rincón [fundamento jurídico 5].

[138] A continuación, sin embargo, señala que los casos en que se aplique el mecanismo de audiencia pública, la manera cómo se efectuará la evaluación de las propuestas y las condiciones bajo las cuales se realizará aquella, serán señalados por la ley. A este respecto, véase Corte Constitucional, sentencia C-713 de 2009, MP María Victoria Calle [fundamento jurídico 7].

[139] Cfr. Corte Constitucional, sentencia C-380 de 2008, MP Nilson Pinilla [fundamento jurídico 3].

el artículo 108 de la Ley 42 de 1993, al estimar que como el control fiscal se ejerce en forma posterior –y el órgano llamado a ejercerlo no puede tener funciones administrativas distintas a las inherentes a su propia organización (art. 267 CN)– se vulneró la Constitución al instituir un control previo y prever una función de naturaleza administrativa al organismo fiscal[140].

27. Igualmente, dentro de esta óptica reglamentadora, la Constitución misma saturó de controles institucionales a la contratación pública. Todo ello, enmarcado en una preocupación histórica de asegurar una adecuada gestión de los recursos públicos y que comienza en nuestra era republicana en la célebre Ley principal contra los empleados de la Hacienda del 23 de octubre de 1819. Esta ley dispuso en su artículo 1.º que el empleado de la Hacienda Nacional a quien se le justificare fraude o malversación de los intereses públicos o resultare alcanzado se le aplicará irremisiblemente la pena de muerte, sin necesidad de formar más proceso que los informes de los tribunales[141].

Así, prevé en el numeral 1 del artículo 278 que el procurador general de la Nación ejercerá directamente la función de desvincular del cargo, previa audiencia y mediante decisión motivada, a quien derive evidente e indebido provecho patrimonial en el ejercicio de su cargo o de sus funciones. Y como la "moralidad administrativa" y el "patrimonio público" han sido calificados de derechos colectivos, la Constitución asigna a la Procuraduría, en el numeral 4 del artículo 277, la defensa de esos intereses colectivos, que bien puede ejercer interponiendo las acciones populares.

Del mismo modo, ocupan un lugar importante la vigilancia y el control de gestión excepcional que ejerce la Procuraduría sobre la actividad contractual de las entidades públicas que desarrolla el mandato constitucional del numeral 5 del artículo 277, según el cual le atañe velar por el ejercicio diligente y eficiente de las funciones administrativas (Decreto Ley 262 de 2000, art. 24, numeral 3).

Es preciso tener en cuenta que el Ministerio Público ejerce la vigilancia de la conducta oficial de los servidores públicos (control disciplinario) en materia contractual (art. 277.6 CN y Ley 734 de 2002).

[140] Corte Constitucional, sentencia C-529 de 1993, MP Eduardo Cifuentes Muñoz [fundamento jurídico 18].

[141] Cfr. Gómez Latorre, Armando, "Antecedentes históricos de la Contraloría", en *Economía Colombiana, Revista de la Contraloría General de la República*, n.º 150, 1983, Bogotá, pp. 53 y 54.

Son varios los desarrollos que generan inquietudes, incluso de orden constitucional. Un ejemplo: el artículo 160 del Código Disciplinario Único establece que cuando la Procuraduría o las personerías adelanten diligencias disciplinarias podrán solicitar la suspensión de procedimientos administrativos, actos, contratos o su ejecución para que cesen los efectos y eviten los perjuicios cuando se adviertan circunstancias que permitan inferir que se vulnera el ordenamiento jurídico.

¿Con el control preventivo no se corre el riesgo de coadministrar, avalar o de prejuzgar lo que en control disciplinario luego evaluará (art. 118 y 277 CN, arts. 62 y 63 de la Ley 80 de 1993)? ¿Esas "medidas preventivas" del artículo 160 del CDU, como se pregunta la doctrina, convierten a las autoridades de control en auténticos jueces[142]? Más allá de su declaratoria de constitucionalidad que se funda en la sutil diferencia entre "solicitar" y "no ordenar" la suspensión de procedimientos, actos o contratos[143], nos seguimos preguntando: ¿Decisiones de este tipo, "sin fórmula de juicio", son propias de un Estado de derecho?, ¿una "solicitud" de un órgano de control no una "orden" en la práctica?

Ahora: los artículos 267 y 268 de la Constitución señalan que la Contraloría General de la República y las contralorías de las entidades territoriales vigilan la gestión fiscal de los servidores públicos y de los particulares que administren fondos públicos, entre ellos –claro está– los contratistas. Por mandato constitucional, este control fiscal vela por la adecuada gestión de las finanzas del Estado, con el propósito de proteger el patrimonio público, la moralidad administrativa en el manejo de los recursos públicos, la eficacia y eficiencia de la Administración en cumplimiento de los fines del Estado[144].

Dicha vigilancia de la gestión fiscal tiene un carácter amplio en los procesos de contratación pública, dado que involucra en mayor medida la gestión de recursos públicos. Así, puede intervenir en varios momentos: (1) cuando han concluido los trámites administrativos de legalización, (2) cuando se ejerce el control posterior de las cuentas y los pagos realizados y (3) cuando se han liquidado o terminado dichos actos[145].

[142] Palacio Jaramillo, "Parámetros…", *op. cit.*, p. 30.

[143] Corte Constitucional, sentencia C-977 de 2002, MP Manuel José Cepeda [fundamento jurídico 5].

[144] Corte Constitucional, sentencia C-623 de 1999, MP Carlos Gaviria Díaz [fundamento jurídico 3].

[145] Corte Constitucional, sentencia C-623 de 1999, MP Carlos Gaviria Díaz [fundamento jurídico 5], y sentencia C-967 de 2012, MP Jorge Iván Palacio [fundamento jurídico 6.7].

La Contraloría General de la República ejerce así un poderoso control fiscal sobre servidores, interventores y contratistas, previsto en el artículo 65 de la Ley 80 de 1993 y endurecido con la Ley 1474 de 2011 ("estatuto anticorrupción")[146]. No se olvide que el control fiscal también evalúa los resultados obtenidos con el gasto o inversión, lo cual entraña que puede evaluar el cumplimiento de las obligaciones contractuales, la calidad de obras, bienes y servicios objeto del contrato (arts. 267 y 272 CN)[147].

La Constitución de 1991 en su artículo 267, en consonancia con el artículo 119, eliminó el denominado "control previo y perceptivo" de la Contraloría, porque –se dijo en la Constituyente– ese sistema era absolutamente ineficaz a la hora de preservar el patrimonio público y se convirtió en un nocivo sistema de coadministración responsable en gran parte de la "extendida corrupción que hoy azota al Estado Colombiano"[148], y lo reemplazó por un "control posterior y selectivo" (artículo 5.° de la Ley 42 de 1993).

Sin embargo, el legislador extraordinario –usando un eufemismo– lo revive bajo el nombre de "función de advertencia", atribución que se usó de manera muy activa para inmiscuirse en la celebración y ejecución de contratos estatales, hasta cuando la Corte declaró inexequible el numeral 7 del artículo 5.º del Decreto 267 de 2000. Con toda razón, la Corte estimó que aquella figura implicaba una intervención previa de la Contraloría susceptible de incidir en la toma de decisiones

[146] Así, por ejemplo, el artículo 119 de la Ley 1471 de 2011 estableció la responsabilidad solidaria del ordenador del gasto, contratista y demás personas que concurran en el hecho, cuando se demuestre la existencia de daño patrimonial proveniente de sobrecostos en la contratación, en procesos de responsabilidad fiscal, acciones populares y acciones de repetición. Este precepto fue declarado exequible: Corte Constitucional, sentencia C-338 de 2014, MP Alberto Rojas Ríos [fundamentos jurídicos 3 y 4]. Igualmente el artículo 84, que adicionó una letra al numeral 1 del artículo 8 de la Ley 80 de 1993, previó una inhabilidad de cinco años al interventor que incumpla el deber de entregar información a la entidad contratante relacionada con el incumplimiento del contrato o circunstancias que puedan constituir actos de corrupción tipificados como conductas punibles, o que puedan poner en riesgo el cumplimiento del contrato, declarado exequible bajo el entendido que, en caso de concurrencia de sanciones de inhabilidad para contratar con el Estado, solo tendrá aplicación la más alta, siempre y cuando se hayan impuesto por el mismo hecho. Véase Corte Constitucional, sentencia C-434 de 2013, MP Alberto Rojas Ríos [fundamento jurídico 4].

[147] Cfr. Corte Constitucional, sentencia C-623 de 1999, MP Carlos Gaviria Díaz [fundamento jurídico 3].

[148] Cfr. Asamblea Nacional Constituyente, *Gaceta Constitucional* n.os 27, 53, 77 y 109 de 1991.

administrativas y, por lo tanto, constituía una modalidad de coadministración[149]. Un control exacerbado –¿e ineficaz?– contrario a como lo concibió el orden jurídico. ¿En qué quedó ese "desarrollo" del "principio de economía" según el cual los organismos de control y vigilancia no intervendrán en los procesos de contratación, salvo en lo relacionado con la solicitud de audiencia pública para la adjudicación en caso de licitación, prohibición contenida en el artículo 29-11 de la Ley 80 de 1993?

Al declarar exequible este mandato, la Corte señaló que la tarea de entes como las contralorías no era la de actuar dentro de los procesos internos de la Administración cual si fueran parte de ella. De lo contrario el control no podría ejercerse objetivamente, pues resultarían involucrados en el proceso administrativo específico. Igualmente, si el Ministerio Público desborda su actividad fiscalizadora y ayuda también a tomar la decisión de carácter administrativo, la sugiere, la propicia o la presiona, o induce modificaciones, está impedido para cumplir adecuadamente su labor[150].

No obstante, el Acto Legislativo n.º 04 de 2019, que modificó el artículo 267 CN, reimplantó el control fiscal preventivo y concomitante. Aunque esta reforma constitucional señala que dicho control es excepcional, no vinculante y no implica coadministración, reabre el debate sobre el alcance del control a cargo de dicho ente autónomo.

Finalmente, dentro de los controles a que está sometida la actividad contractual, ocupa un lugar especial la competencia que asignan los artículos 250 y 251 CN a la Fiscalía General de la Nación para conocer de los hechos punibles relacionados con la contratación pública (arts. 57 y 64 de la Ley 80 de 1993), que se agrupan en los delitos de "celebración indebida de contratos"[151]. En esta política criminal legislativa

[149] Corte Constitucional, sentencia C-103 de 2015, MP María Victoria Calle Correa [fundamentos jurídicos 45 a 68], a. v. Jorge Iván Palacio, s. v. Luis Ernesto Vargas y Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

[150] Corte Constitucional, sentencia C-113 de 1999, MP José Gregorio Hernández Galindo [fundamento jurídico 2].

[151] Que agrupan a la violación del régimen legal o constitucional de inhabilidades e incompatibilidades (art. 408 del Código Penal); interés indebido en la celebración de contratos (art. 409 del Código Penal); celebración de contrato sin cumplimiento de los requisitos legales (art. 410 del Código Penal) y acuerdos restrictivos de la competencia o colusión en la contratación estatal (art. 410 A Código Penal, adicionado por la Ley 1471 de 2011, estatuto anticorrupción). Un completísimo estudio de estas conductas en Forero Ramírez, Juan Carlos y Ospina Perdomo, Juanita, *Aspectos penales de la contratación estatal*, Bogotá, Ibáñez y Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, 2017.

la Ley 80 de 1993 cumple un papel determinante en tanto aumenta las sanciones por delitos de esta naturaleza[152]. Con el incremento punitivo a estas conductas se busca –según la Corte Constitucional– desarrollar los principios de transparencia y moralidad en la administración pública[153].

Conviene agregar que el artículo 209 inciso segundo de la Constitución señala que la administración pública, en todos sus órdenes, tendrá un "control interno" que se ejercerá en los términos que señale la ley, sobre sobre cuya calidad y eficiencia debe conceptuar –por demás– el contralor general de la República (numeral 6 del artículo 268 CN). Se asigna así un control previo administrativo a la gestión contractual, a las oficinas de control interno en cada entidad (art. 65 de la Ley 80 de 1993).

A esto se suma el control ciudadano derivado de los artículos 103, 270, 369 de la Constitución Política, que establecen que la ley regulará las formas y los sistemas de participación democrática para el control y vigilancia de la gestión pública (art. 100 de la Ley 134 de 1994, arts. 32 al 35 de la Ley 489 de 1998 y arts. 62 a 66 de la Ley 142 de 1994).

Procuraduría, personerías, contralorías, oficinas de control interno, múltiple control jurisdiccional (juez del contrato –institucional y arbitral–, juez penal, juez de tutela, juez de la acción popular, juez de la acción de cumplimiento, juez de la acción de grupo), control político previo y posterior de las corporaciones de elección popular, control ciudadano… ¿Demasiado control mata el control, como dicen los franceses[154]?

28. Finalmente, la socorrida "lucha contra la corrupción" lleva a la Constitución a prever directamente un severo régimen de inhabilidades, incompatibilidades y prohibiciones en materia de contratación (arts. 122, 127, 129, 179.3 y 180.2 CN), que a su vez permite al legislador, como ha dicho la Corte Constitucional, definir estrictas reglas de conducta dirigidas a garantizar la moralidad pública. Según la jurisprudencia, este régimen –que afecta o limita la capacidad legal de las personas (arts. 1502 y 1503 CC, art. 99 CCo. y art. 6.° de la Ley 80 de

[152] La Ley 2014 de 2019 reguló sanciones para condenados por corrupción y delitos contra la Administración Pública y previó la "cesión unilateral administrativa del contrato por actos de corrupción".

[153] Corte Constitucional, sentencia C-006 de 2001, MP Eduardo Montealegre Lynett [fundamento jurídico 8].

[154] *Trop de contrôle tue le contrôle*.

1993) protegida por el artículo 14 de la Constitución[155]– responde a un fin constitucionalmente legítimo como es el de abolir la práctica de indebidas influencias en la administración pública[156] y tiene por objeto asegurar que se realicen los principios de igualdad, moralidad e imparcialidad[157].

Así, por ejemplo, el artículo 122 (modificado por el artículo 1.º del Acto Legislativo 01 de 2004 –aprobado en referendo constitucional– y el artículo 4.º del Acto Legislativo 01 de 2009) establece –entre otros supuestos inhabilitantes– que no podrán celebrar personalmente, ni por interpuesta persona, contratos con el Estado quienes hayan sido condenados, en cualquier tiempo, por la comisión de delitos que afecten el patrimonio estatal[158]. Este precepto estableció, pues, inhabilidades intemporales y permanentes y, por ello, el legislador no puede fijar límites temporales o condiciones de rehabilitación a quienes incurran en los supuestos inhabilitantes previstos en los incisos 5.º y 6.º del artículo 122 CN[159].

Acorde con este postulado, el artículo 180 prevé dentro de las incompatibilidades especiales de los congresistas, esto es los actos que no pueden ejecutar o realizar durante el período de ejercicio de sus funciones (art. 281 Ley Orgánica del Congreso [LOC]), la de celebrar con entidades públicas. Todo ello, por supuesto, poco o nada ha contribuido a mejorar la transparencia necesaria en la celebración y ejecución contractual.

29. Hasta aquí la constitucionalización aparente: la de las de unas normas atomizadas y sin hilo conductor alguno. Pasemos ahora revista a la que nos parece la constitucionalización real: la que, en ausencia

[155] Corte Constitucional, sentencia C-429 de 1997, MP Alejandro Martínez Caballero [fundamento jurídico 4].

[156] Corte Constitucional, sentencia C-257 de 2013, MP Jaime Córdoba Triviño [fundamento jurídico 3].

[157] Corte Constitucional, sentencia C-221 de 1996, MP José Gregorio Hernández Galindo [fundamento jurídico VI] y sentencia C-429 de 1997, MP Alejandro Martínez Caballero [fundamentos jurídicos 6 y 7].

[158] Sobre la naturaleza de las inhabilidades en materia de contratación estatal, véase Corte Constitucional, sentencia C-353 de 2009, MP Jorge Iván Palacio [fundamento jurídico 5].

[159] Así lo señaló la Corte al declarar la inexequibilidad parcial del artículo 1.º de la Ley 1474 de 2011. Véase Corte Constitucional, sentencia C-630 de 2012, MP Mauricio González Cuervo [fundamentos jurídicos 4.3, 4.4 y 6].

de reglas, ha dado paso a una suerte de absolutismo principialista, que resulta tan cómodo para la Administración y los jueces.

2. La constitucionalización real: la tiranía de los "principios" contra el imperio de la ley

30. La sobrerregulación constitucional de los asuntos contractuales que, como se vio, no es tomada en serio por sus destinatarios ha cedido el paso a una constitucionalización paralela, la que no está en los textos, pero que so pretexto de pretendidos principios deducen al detal las autoridades administrativas y judiciales. Esta constitucionalización que nos atrevemos a denominar "real" –por oposición al simplemente nominal de los textos– ha tenido –esta sí– enormes repercusiones prácticas.

A) *"Principios" constitucionales y administración: ¿una regulación de la contratación estatal cada día más lejos de la ley?*

31. La contratación pública, en tanto se estime que es una expresión de la "función administrativa", participa de los "principios" constitucionales que la orientan previstos en el artículo 209 y que la jurisprudencia a su vez clasifica en tres grupos: (1) "principio finalístico": el interés general[160]; (2) "principios funcionales": igualdad[161], moralidad[162],

[160] Sobre el interés público implícito en la contratación estatal, véase Corte Constitucional, sentencia C-400 de 1999, MP Vladimiro Naranjo Mesa [fundamento jurídico 3].

[161] También previsto en el artículo 13 CN. En relación con el principio de igualdad en contratación pública, véase Corte Constitucional, sentencia C-221 de 1996, MP José Gregorio Hernández Galindo [fundamento jurídico VI2]; sentencia C-154 de 1996, MP Antonio Barrera Carbonell [fundamentos jurídicos 2.2 y 3.1]; sentencia C-154 de 1997, MP Hernando Herrera Vergara [fundamento jurídico 4]; sentencia C-429 de 1997, MP Alejandro Martínez Caballero [fundamento jurídico 12]; sentencia C-400 de 1999, MP Vladimiro Naranjo Mesa [fundamentos jurídicos 17 a 27]; sentencia C-1514 de 2000, MP Martha Sáchica Méndez [fundamento jurídico 4]; sentencia C-862 de 2008, MP Marco Gerardo Monroy Cabra [fundamento jurídico 1], y sentencia C-713 de 2009, MP María Victoria Calle [fundamento jurídico 7].

[162] Corte Constitucional, sentencia C-221 de 1996, MP José Gregorio Hernández Galindo [fundamento jurídico VI]; y sentencia C-006 de 2001, MP Eduardo Montealegre Lynett [fundamento jurídico 8].

eficacia[163], economía[164], celeridad, imparcialidad[165] y publicidad[166]; y (3) "principios organizacionales": descentralización, delegación y desconcentración de funciones[167].

32. Además de los principios del artículo 209 CN, está el principio constitucional del debido proceso (y con él los principios de derecho de defensa y contradicción), que busca garantizar el cumplimiento de las normas que informan la actividad de la contratación pública (respeto a la legalidad objetiva) según lo previsto por el artículo 29 CN[168]. Añádanse el principio de libre concurrencia, que garantiza la facultad de participar en el proceso licitatorio (art. 333 CN[169]), el principio de racionabilidad de intervención en la economía (art. 334 CN)[170] y el principio de buena fe (art. 83 CN y art. 5.2 Ley 80)[171].

33. Tomemos solo uno de esos "principios" constitucionales: el de delegación. Ampliamente regulado por el artículo 211 CN, en lo que concierne al ámbito contractual extendió la posibilidad de delegar a otras autoridades distintas del presidente y previó que la delegación exime de responsabilidad al delegante al reproducir textualmente el

[163] Cfr. Corte Constitucional, sentencia C-489 de 1996, MP Antonio Barrera Carbonell [fundamento jurídico 2.1], y sentencia C-623 de 1999, MP Carlos Gaviria Díaz [fundamento jurídico 6].

[164] Sobre los principios de eficiencia y economía como orientadores de la contratación estatal, véase Corte Constitucional, sentencia C-300 de 2012, MP Jorge Pretelt Chaljub [fundamento jurídico 2.5].

[165] Corte Constitucional, sentencia C-489 de 1996, MP Antonio Barrera Carbonell [fundamento jurídico 2.1], y sentencia C-429 de 1997, MP Alejandro Martínez Caballero [fundamentos jurídicos 6 y 7].

[166] Cfr. Corte Constitucional, sentencia C-016 de 2013, MP Gabriel Eduardo Mendoza Martelo [fundamento jurídico 5].

[167] Cfr. Corte Constitucional, sentencia C-496 de 1998, MP Eduardo Cifuentes Muñoz [fundamento jurídico 6], y Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 31 de julio de 2008, rad. AP 00240, MP Ruth Stella Correa Palacio [fundamento jurídico 5.1.1].

[168] Corte Constitucional, sentencia C-166 de 1995, MP Hernando Herrera Vergara [fundamento jurídico VII-2].

[169] Cfr. Corte Constitucional, sentencia C-713 de 2009, MP María Victoria Calle [fundamento jurídico 7].

[170] Cfr. Corte Constitucional, sentencia C-300 de 2012, MP Jorge Pretelt Chaljub [fundamento jurídico 2.5].

[171] Cfr. Corte Constitucional, sentencia C-415 de 1994, MP Eduardo Cifuentes Muñoz [fundamento jurídico 15]; Corte Constitucional, sentencia C-429 de 1997, MP Alejandro Martínez Caballero [fundamento jurídico 8], y sentencia C-452 de 1999, MP Eduardo Cifuentes Muñoz [fundamento jurídico 5].

artículo 135 de la Constitución anterior, tal y como quedó luego de la enmienda constitucional de 1936, retomada por el acto reformatorio de 1945.

Y de tres maneras distintas la norma deja en claro que la delegación queda en cabeza del delegatario al disponer que (1) la delegación exime de responsabilidad al delegante; (2) la cual corresponderá exclusivamente al delegatario y (3) cuyos actos podrá siempre reformar o revocar aquel, reasumiendo la responsabilidad.

En un comienzo la legislación (entre ellas la Ley 80 de 1993 en sus artículos 12 y 25-10) y la jurisprudencia guardaron consonancia con este mandato constitucional. Sin embargo, ante su inflexibilidad –que de alguna manera propiciaba la corrupción– el parágrafo 4.º del artículo 2.º de la Ley 678 de 2001 estableció, en las antípodas del artículo 211 CN, que en materia contractual el acto de la delegación no exime de responsabilidad legal para efectos de la acción de repetición o llamamiento en garantía al delegante, el cual podrá ser llamado a responder, solidariamente junto con el delegatario.

Disposición que luego sería declarada exequible, al estimarse –con una lógica implacable, la que no tuvo el constituyente– que la delegación no puede convertirse en un instrumento para evadir el régimen de prohibiciones de los servidores públicos, ni para imponer indebidamente a los subalternos la adopción de decisiones contrarias al orden jurídico, en tanto no constituye una barrera de protección de inmunidad al delegante[172].

La decisión legislativa y su aval judicial, solapados en una "interpretación sistemática" del artículo 211, se explican en que, en ese afán de regularlo todo por la Constitución, se desnaturalizó la delegación al encabezar exclusivamente la responsabilidad en uno de los sujetos concernidos: el delegatario.

En la misma línea, también en materia de contratación pública, el artículo 21 de la Ley 1150 de 2007, al adicionar el artículo 12 de la Ley 80 de 1993, además de aclarar que la delegación cobija la etapa precontractual, previó 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.

[172] Corte Constitucional, sentencia C-372 de 2002, MP Jaime Córdoba Triviño [fundamentos jurídicos 8 y 9].

Este precepto también fue declarado exequible en el entendido de que el delegante solo responderá del recto ejercicio de sus deberes de control y vigilancia de la actividad precontractual y contractual cuando haya incurrido en dolo o culpa grave en el ejercicio de dichas funciones, al hacer de nuevo una "interpretación armónica" del artículo 211 con otros preceptos como los artículos 1, 2, 6, 123, 124 y 209 CN[173].

A nuestro juicio, más que interpretaciones, lo que finalmente ha sucedido con el inciso 2.º del artículo 211 CN es una genuina "mutación constitucional", pues se optó por un texto totalmente opuesto al previsto en esa norma, que resulta –por cierto– más consecuente con la figura misma de la delegación. El fetichismo constitucional no soluciona problemas, crea otros, uno de ellos muy grave: la pérdida de la fuerza vinculante de la norma constitucional. El reglamentarismo constitucional hace que la Constitución pierda su fuerza ordenadora u organizadora, al llevar temas ajenos al ámbito de su regulación.

La constitucionalización del derecho, en últimas, convierte a muchos de sus preceptos, como el artículo 211, en auténticos mandatos nominales. Para que la Constitución sea normativa, debe recuperar su contenido y reservar su regulación a asuntos verdaderamente fundamentales: los contratos públicos son muy importantes, pero su regulación no debe ser materia constitucional[174].

34. Y en ese alud de "principios" de la contratación pública, la Constitución en su artículo 209 olvidó mencionar dos, que son los determinantes –¿únicos?– en derecho administrativo: el principio de legalidad y el principio de responsabilidad.

35. El principio de legalidad (preámbulo, arts. 2 inc. 1.º, 3, 4 inc. 2.º, 6, 121, 122 y 123 CN), que se traduce en el deber de la Administración de sujetarse al ordenamiento jurídico. El principio de responsabilidad (arts. 90 y 123 CN) atado al anterior y que justamente cuando se desconoce permite cuestionar su gestión y aun –de ahí su nombre– comprometer de la responsabilidad de la Administración.

Principio de legalidad asociado al de igualdad, que en su acepción formal o estática equivale al cumplimiento de la ley (art. 13 inc. 1.º

[173] Corte Constitucional, sentencia C-693 de 2008, MP Marco Gerardo Monroy Cabra [fundamentos jurídicos 4 y 5], s. v. Jaime Araújo Rentería.

[174] Cfr. Sánchez Luque, Guillermo, "La delegación administrativa en Colombia: ¿Evolución o mutación constitucional?, en Aljure, Antonio, Araújo, Rocío y Zambrano, William (editores académicos), *Sociedad, Estado y derecho. Homenaje a Álvaro Tafur Galvis*, Bogotá, Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, 2014, pp. 407 y ss.

CN)[175], de ahí que el respeto a la legalidad no sea otra cosa que el respeto a la igualdad (regla de justicia[176]). El respeto a las reglas de derecho (de rangos y contenidos diversos) es el eje esencial del derecho administrativo y concierne a todas las actividades de las autoridades administrativas, incluida, claro está, la contratación, pues toda medida debe estar conforme a las reglas preestablecidas[177].

36. En relación con el segundo, además de lo consignado en el artículo 124 sobre el régimen de responsabilidad de los servidores públicos, la Constitución recoge todo un gran desarrollo jurisprudencial de más de un siglo que en este campo ha construido lentamente el Consejo de Estado, y particularmente la Sección Tercera[178]. Así, el artículo 90 CN prevé una cláusula general de responsabilidad patrimonial del Estado que comprende, como lo ha reconocido la Corte Constitucional al declarar exequible el artículo 50 de la Ley 80[179] –con criterio similar al Consejo de Estado[180]–, no solo la responsabilidad extracontractual sino también la responsabilidad precontractual y contractual del Estado[181].

37 ¿Puede una democracia liberal construirse a partir de la elaboración atomizada de reglas y subreglas por parte de la Administración y de los jueces a partir de principios tan amplios como los previstos en el artículo 209 CN? Una proliferación de principios, donde caben todos los inimaginables menos los dos más determinantes –¿los únicos?–:

[175] Cfr. Rubio Llorente, Francisco, *La forma del poder*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, pp. 605 y ss.

[176] Bobbio, Norberto, *Igualdad y libertad*, Barcelona, Paidós, 1993, p. 67.

[177] De Laubadère, André, Venezia, Jean-Claude y Gaudemet, Yves, *Traité de Droit Administratif*, tomo I, París, LGDJ, 1992, p. 527.

[178] Cfr. Consejo de Estado (Pazos, Ramiro y Sánchez Luque, Guillermo, editores), *Graves violaciones a los derechos humanos e infracciones al Derecho Internacional Humanitario: jurisprudencia básica del Consejo de Estado desde 1916*, Bogotá, Imprenta Nacional, 2016.

[179] Corte Constitucional, sentencia C-333 de 1996, MP Alejandro Martínez Caballero [fundamentos jurídicos 3 y 11].

[180] Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 8 de mayo de 1995, rad. 8118, MP Juan de Dios Montes Hernández. En el mismo sentido, sentencia del 6 de marzo de 2008, rad. 16075, MP Ruth Stella Correa Palacio [fundamento jurídico 1].

[181] El artículo 90 también incluye la responsabilidad por los actos administrativos, que no existen –por supuesto– entre particulares y que por lo mismo serían una suerte de responsabilidad extracontractual, cuya reparación se obtiene por la vía de contencioso subjetivo o de nulidad y restablecimiento del derecho, algunos de los cuales se expiden con ocasión de los procesos precontractuales.

el de legalidad y el de responsabilidad. La sumisión de la Administración al Derecho[182] impone reglas claras. Eso es el imperio de la ley. El Estado de derecho[183] debe partir de una limitación clara de la función administrativa, que ella actúe según la ley, que sea una actividad estatal sublegal.

38. En este contexto "principialista", la Ley 80 de 1993 –a su vez– previó una serie de principios: transparencia, economía, responsabilidad y selección objetiva (arts. 24, 25, 26, 27 y 29) que también informan la actividad contractual. En relación con el principio de transparencia se ha dejado una cláusula a la vez abierta y reglamentarista en el artículo 24 de la Ley 80[184]. Un precepto que pareciera seguir la tónica constitucional: aunque en el numeral primero establece la regla de licitación[185] para escoger pero a continuación establece trece excepciones, nueve numerales y tres parágrafos tan abiertos que se puede hacer con ellos lo que quiera su intérprete[186].

¿Era necesario seguir en esa espiral de "principios"? ¿Acaso no era mejor establecer reglas claras desde la ley en los procedimientos de selección objetiva –por ejemplo– que hablar de manera poco clara, no muy nítida y más bien nebulosa de "transparencia"? El derecho, dice

[182] Rivero, Jean y Waline, Jean, *Droit Administratif*, París, Dalloz, 1994, p. 13

[183] La fórmula Estado social de derecho no entraña la negación de los elementos definidores de la cláusula Estado de derecho sino una relectura. Véase Sánchez Luque, Guillermo, "El juez del 'nuevo derecho': del Gobierno de los oidores al Gobierno de los jueces ¿Neoconstitucionalismo o neocolonialismo?, en Herrera Mercado, Hernando y Mantilla Espinosa, Fabricio, *El árbitro y la función arbitral*, tomo I, vol. I, Bogotá, Ibáñez y Cámara de Comercio de Bogotá, 2017, pp. 35 y ss.

[184] Sobre los fundamentos constitucionales del proceso de licitación como método de selección de contratistas en la contratación pública, véase Corte Constitucional, sentencia C-400 de 1999, MP Vladimiro Naranjo Mesa [fundamento jurídico 3].

[185] La licitación ha sido siempre la regla. Sin mandato constitucional alguno, las primeras normas sobre contratación pública la previeron (arts. 9, 13, 21 y 27 de la Ley 110 de 1912) y así lo reconoció la jurisprudencia desde hace más de un siglo. Véase Consejo de Estado, providencia del 15 de mayo de 1916, rad. SCA 1916-05-15, MP Próspero Márquez [fundamento jurídico párr. 12 y 13].

[186] Aunque el artículo 44 del Decreto Ley 150 de 1976 y el artículo 56 del Decreto Ley 222 de 1983 prohibían el fraccionamiento del contrato estatal, la Ley 80 de 1993 no lo hizo. Con todo, la jurisprudencia ha señalado que el servidor público no está facultado para dividir el objeto de un contrato estatal en varios, cuando con ello se manipulen las cuantías exigidas por la ley para eludir los procedimientos de selección objetiva. Véase Consejo de Estado, Sala Plena, sentencia del 22 de mayo de 2018, rad. 00281, MP Guillermo Sánchez Luque [fundamento jurídico 7].

Carbonnier, se percibe como un misterio de cuya incomprensión nos sentimos culpables. La ansiedad jurídica es así, antes que nada, el miedo de lo que no se puede conocer o, por lo menos, de lo desconocido[187].

39. En cuanto al principio de economía (art. 25 de la Ley 80) –que también orienta la contratación estatal–, de nuevo bajo la antitécnica de escasas reglas articuladas y ¡veinte numerales! (paradójico título para un artículo poco económico en palabras y mucho menos eficiente en redacción y con los resultados conocidos), como el anterior "principio", permitió que su aplicación quedara diluida en interpretaciones también principialistas, que se pueden resumir en que la Administración debe actuar con eficiencia y eficacia para que se protejan los recursos públicos[188]. Una vez más, ¿se justificaba crear este principio cuando bastaba con cumplir rigurosamente las normas relacionadas con la gestión de recursos públicos y, claro está, mucho de honestidad?

40 ¿Y qué decir el "principio-deber" de planeación, su hijo jurisprudencial –o manifestación del principio de economía (art. 25 numerales 7, 12, 25 y 26, en consonancia con el inciso 2.º del numeral 1 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993[189])–, que incluso ha servido para evaluar la procedencia de anular contratos por objeto ilícito?

En nuestro sentir, la vulneración del principio de planeación contractual no puede conllevar, *per se*, la configuración de objeto ilícito[190], pues se requiere el desconocimiento de una norma imperativa en la etapa de estructuración del contrato, de conformidad con lo previsto por los artículos 6, 1519 y 1523 del Código Civil, en consonancia con el artículo 899 del Código de Comercio, aplicables por remisión expresa de los artículos 13 y 44 de la Ley 80 de 1993.

"Principio" que, por lo demás, en cierta forma ya había sido previsto como regla en los estatutos contractuales anteriores (art. 72 del Decreto 150 de 1976 –para el contrato de obra pública– y art. 84 del Decreto 222

[187] Carbonnier, Jean, *Flexible droit*, París, LGDJ, 1998, p. 191.

[188] Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia 19 de junio de 1998, rad. 10439, MP Juan de Dios Montes Hernández [fundamento jurídico 2.3].

[189] Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 29 de agosto de 2007, rad. 15469, MP Mauricio Fajardo Gómez [fundamento jurídico 2.4].

[190] Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 10 de diciembre de 2015, MP Jaime Orlando Santofimio Gamboa [fundamento jurídico 8.3], a. v. Guillermo Sánchez Luque. En esta providencia se estimó que no se configuraron los presupuestos del objeto ilícito por desconocimiento del principio de planeación.

de 1983): ¿para qué llamar "principio" a lo que siempre ha debido ser una regla, como lo confirman los estatutos de contratación anteriores?

41. Por fin, el principio de responsabilidad (art. 26 de la Ley 80), concebido también en una norma con muchos numerales (cuatro) sin hilo conductor y lleno de lugares comunes, como que los servidores están obligados a buscar el cumplimiento de los fines de la contratación y a vigilar la correcta ejecución de lo contratado. Principio que, sin tener consagración normativa alguna (constitucional o legal), sirvió de base en el siglo xx a la construcción de una jurisprudencia administrativa que simplemente lo deducía de la infracción del principio de legalidad. Nada más.

Este principio se ha prestado para curiosos desarrollos jurisprudenciales que han señalado, por ejemplo, que obedece a la necesaria articulación y armonía que debe existir para garantizar la efectividad y vigencia de los principios de transparencia, economía, mantenimiento del equilibrio económico del contrato y de selección objetiva, bajo una gestión signada por la eficiencia, economía, celeridad y la moralidad[191].

La realidad es que este principio solo ha servido para que la contratación se desvíe de la única responsabilidad relevante en la celebración, ejecución y terminación del contrato público, que no debe ser otra que la responsabilidad civil del Estado, para diluirse y perderse en la responsabilidad penal, disciplinaria, fiscal, que aleja cada vez más a los mejores profesionales de la Administración por miedo a las denominadas "ías" (Fiscalía, Procuraduría, Contraloría…).

42. Luego de estos vendrán los otros "principios": el principio de selección objetiva, construcción que –vía interpretación– se deriva de una norma (el artículo 29 de la Ley 80) que lo denomina "deber". Curiosa norma, que prevé allí varias acepciones de ese "principio-deber", tan vagas y sinuosas como fáciles de eludir. Precepto "principialista", esto es abierto a la libre interpretación, que luego sería modificado por el artículo 5.º de la Ley 1150 de 2007, precepto casuista que previó unos "factores de escogencia y calificación".

A propósito, ¿es la Ley 1150 de 2007 una verdadera contrarreforma reglamentarista que mezcla sin fortuna impropiamente reglas a los dichosos principios?, como la Ley 80 –y las leyes o normas con fuerza de ley que rápidamente la han modificado o derogado–, ¿la Ley 1150 solo

[191] Corte Constitucional, sentencia C-004 de 1996, mp Antonio Barrera Carbonell [fundamento jurídico 2].

estuvo inspirada en una poco efectiva lucha anticorrupción? Rousseau lo dijo: *Las buenas leyes inducen a hacer otras mejores; las malas traen otras peores*[192].

43. La concepción de una ley de principios fue un mal punto de partida. De allí han surgido la falta de generalidad, de claridad, de estabilidad y de coherencia en las reglas, las deducciones de mandatos inexistentes por autoridades de control y por jueces, la proliferación de reglamentación administrativa[193] y –en fin– la ausencia de seguridad jurídica.

Se buscaba que la regulación se pudiese ajustar a necesidades cambiantes y fuera una herramienta útil en la gestión pública. Se dijo que combinaría la preservación de intereses públicos con la versatilidad del derecho comercial. Pero esa finalidad no solo no se obtuvo, sino que se ha visto perturbada con la superproducción normativa que ha sido acompañada por la coexistencia de jueces simultáneos del contrato.

44. Algunas voces muy autorizadas sostienen que la ley de contratación es una norma general, cuadro o marco. Bueno, al menos buena parte de sus preceptos (exceptuados asuntos que tendrían –deberían tener– el carácter de ley orgánica (art. 352 CN, capacidad para contratar); otros, de normas de autorizaciones –¿de aquellas generales de las que habla la jurisprudencia?–; unos más, de normas ordinarias, como la aplicación de la audiencia pública, evaluación de ofertas y condiciones bajo las cuales se realizará (art. 273 CN), regímenes de inhabilidades e incompatibilidades, regímenes sancionatorios, los relativos a la existencia y validez de los contratos, entre otros.

Por lo mismo, se dice que las demás normas legales que deban ser expedidas son generales según el artículo 150 inciso final CN y por ello solo deben contener los principios, criterios y objetivos con base en los cuales el Gobierno define los demás aspectos de la contratación[194].

[192] Rousseau, *op, cit*. Livre III, chapitre XV.

[193] Es tan evidente el desorden que se ha generado que el propio Gobierno ha expedido tres decretos "únicos" en menos de tres años: el Decreto 734 de 2012, el Decreto 1510 de 2013 y el Decreto 1082 de 2015 –decreto único reglamentario del sector administrativo de Planeación Nacional– en su segunda parte, título 1, artículos 2.2.1.1.1.1.1 a 2.2.2.1.11.9 (cuya última "actualización" data de marzo de 2018).

[194] Ibáñez Najar, Jorge Enrique, "El 'Estatuto General de la Contratación de la Administración Pública'. Estudio normativo, doctrinal y jurisprudencial sobre su naturaleza", Bogotá, *Revista Vniversitas* n.º 108, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, diciembre de 2004, pp. 119 y ss.

Este punto de vista podría ser utilizado para justificar la inusitada ampliación de la función reglamentaria presidencial (y aún de otras autoridades) en detrimento del Congreso, en materia de contratación pública.

A nuestro entender, cuando la Constitución señala que el legislador expedirá el estatuto "general" de la contratación pública, no está creando una nueva modalidad de ley marco, distinta de las previstas en el numeral 19 del artículo 150 y de la que la jurisprudencia extendió al 16 del artículo 189 CN (desarrollado por el artículo 54 de la Ley 489 de 1998)[195], a pesar de que la Comisión Tercera de la Constituyente quiso que fuera una suerte de *numerus clausus*[196].

Esa técnica legislativa de las leyes cuadro busca conciliar la democracia (que encarna el Congreso) con la necesidad de una regulación técnica que exige cambios expeditos y ágiles que permitan la necesaria actualización de las normas. Por ello, los dos concurren en la función reguladora, el primero señalando los objetivos, criterios, principios y reglas generales y el segundo haciendo real esos enunciados abstractos, a través de actos reglamentarios de mayor aliento que los tradicionales del artículo 189.11 CN.

¿La fijación de reglas en materia de contratación es algo que imponga cambios constantes, que comporten riesgos de desactualización para los fines con la necesaria eficacia? ¿No será que lo que se demanda en contratos es estabilidad? Además, esa remisión a supuestos no previstos por la Constitución ha implicado vaciar de contenido la cláusula general de competencia legislativa del Congreso (art. 150.1 CN).

Ahora el contenido de la Ley 80 –y de sus modificaciones– la descarta como norma marco. Se trata de una ley de más de 80 artículos (muchos de ellos de decenas de incisos y no pocos parágrafos). Luego es una norma que está lejos de ser una genuina ley de principios,

[195] Cfr. Corte Constitucional, sentencia C-262 de 1995, MP Fabio Morón Díaz [fundamento jurídico 2e]; sentencia C-675 de 1998, MP Antonio Barrera Carbonell [fundamento jurídico 2.3]; y sentencia C-702 de 1999, MP Fabio Morón Díaz [fundamento jurídico 5]. En el mismo sentido, Consejo de Estado, Sección Primera, sentencia del 2 de noviembre de 2000, rad. 5773, MP Gabriel Eduardo Mendoza Martelo [fundamento jurídico IV]; sentencia del 8 de junio de 2000, rad. 5914, MP Juan Alberto Polo Figueroa [fundamento jurídico 2.2]; sentencia del 15 de junio de 2000, rad. AI 0053, MP Juan Alberto Polo Figueroa [fundamento jurídico 1]; sentencia del 31 de julio de 2003, rad. AI 054, MP Gabriel Eduardo Mendoza Martelo [fundamento jurídico IV].

[196] Asamblea Nacional Constituyente, *Gaceta Constitucional* n.º 51 de 1991, p. 7.

y donde se ocupa de estos "principios", cada artículo tiene tantos párrafos que más parece una reglamentación detallada que de genuinos principios.

Además, una y otra vez, el Consejo de Estado ha señalado que el Gobierno (y ahora las novedosas agencias) no puede suplir al legislador, y aunque se trate de una ley de "principios", el Gobierno al reglamentarla no puede ir más allá de su alcance estrictamente administrativo, para entrar en los predios de acción de la ley, pues sería tanto como afirmar que los ámbitos de la ley y del reglamento son idénticos[197].

45. Llama la atención que contra el criterio de quienes entienden que hay un mayor poder reglamentario del Gobierno en materia de contratación estatal, ha habido una gran cantidad de decisiones anulatorias de preceptos reglamentarios de las leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007.

Así, por ejemplo, el Consejo de Estado decretó la nulidad del artículo 3.º del Decreto 2251 de 1993 porque un reglamento no puede consistir en ausencia de toda regla o procedimiento o en la facultad de definir estos por parte del destinatario de la norma, en cuanto otorgó facultades plenas a las entidades estatales para la escogencia directa del contratista[198].

Anuló también el parágrafo del artículo 27 del Decreto 679 de 1994 porque desbordó los mandatos del legislador y amplió sus efectos a supuestos no previstos en la ley, al extender la vigencia de la ley anterior más allá de lo previsto por el artículo 78 de la Ley 80 de 1993[199].

También declaró la nulidad parcial del literal *c* del artículo 13 del Decreto 1856 de 1994[200], porque la determinación de la cuantía y vigencia de la caución bancaria prevista en la Ley 80 de 1993[201] excedía la facultad reglamentaria, pues estos aspectos deben fijarse en

[197] Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 29 de agosto de 2012, rad. 37785, MP (E) Danilo Rojas Betancourth [fundamento jurídico 9.6] y sentencia del 29 de octubre de 2012, rad. 39093 A, MP (E) Danilo Rojas Betancourth [fundamento jurídico 17].

[198] Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 4 de julio de 1997, rad. 9523, MP Ricardo Hoyos Duque [fundamento jurídico 3].

[199] Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 19 de febrero de 1998, rad. 9825, MP Luis Fernando Olarte Olarte [fundamento jurídico 2].

[200] Por el cual se reglamentó el funcionamiento del registro de proponentes en las cámaras de comercio.

[201] Para garantizar los perjuicios que pueda causar la impugnación.

cada caso de manera proporcional, dependiendo de las circunstancias propias del mismo[202].

De la misma manera, anuló el artículo 17 del Decreto 1856 de 1994, al estimar que sugería que las cámaras de Comercio tenían la competencia para determinar los perjuicios y costas causados con la impugnación y que correspondía a la jurisdicción su liquidación, porque la norma reglamentaria señalaba un procedimiento especial para dicha liquidación y además confería a una entidad privada el ejercicio de una función judicial[203].

De igual modo, anuló parcialmente el artículo 20 del Decreto 856 de 1994, al señalar que los actos relacionados con la inscripción en el registro de proponentes se aplican las disposiciones del Código Contencioso Administrativo, en ninguna de las cuales se prevé que la segunda instancia de todos los actos administrativos expedidos por las cámaras de Comercio esté sujeta al control de legalidad por parte de la Superintendencia de Industria y Comercio[204]. También decretó la nulidad parcial del artículo 3.º del Decreto 1477 de 1995[205], que restringió el alcance de la ley por cercenar la opción de que las partes acuerden sobre el modo de costear la publicación del contrato[206].

En un importante pronunciamiento, asimismo anuló parcialmente el Decreto 2170 de 2002 (art. 3.° –parcial–, art. 4.°, art. 5.°, art. 9.°, art 12.5 –parcial–, inc. 2.º, art. 13, art. 16.3, par. 2.º), que reglamentó algunos procesos de selección de contratistas por: (1) ampliar la posibilidad de que se realicen audiencias de adjudicación de oficio si así lo decide la entidad estatal, porque invadió un campo que el artículo 273 CN reservó a la ley; (2) establecer modificaciones a la forma de evaluación de las propuestas en ejercicio de la potestad reglamentaria (art. 273 CN) y fijar una regla diferente en el principio de economía; (3) contradecir los artículos 29 y 30 de la Ley 80 de 1993, al establecer

[202] Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 23 de marzo de 2000, rad. 10077, MP Ricardo Hoyos Duque [fundamento jurídico 4].

[203] Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 23 de marzo de 2000, rad. 10077, MP Ricardo Hoyos Duque [fundamento jurídico 5].

[204] Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 23 de marzo de 2000, rad. 10077, MP Ricardo Hoyos Duque [fundamento jurídico 6].

[205] Por el cual se reglamenta la Ley 190 de 1995 en materia de publicación de contratos en el Diario Único de Contratación Pública.

[206] Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 5 de febrero de 1998, rad. 11795, MP Luis Fernando Olarte Olarte [fundamento jurídico 1].

un mecanismo para conformar las ofertas que no fue previsto por la ley para escoger entre ellas la más favorable, materia privativa del legislador (arts. 150 inc. final y 273 inc. 2.º CN); (4) incompetencia del presidente para señalar formas o sistemas de participación ciudadana (arts. 121, 150, 152 y 270e CN); (5) desbordamiento de la potestad reglamentaria respecto del artículo 24 num. 1 letra *d* de la Ley 80 de 1993, al extender la contratación directa a contratos de prestación de servicios distintos de los allí previstos; (6) solo la ley puede determinar los casos de adjudicación en audiencia pública y (7) no es razonable repetir un proceso de contratación directa que fue declarado desierto, cuando este se suscitó a propósito de una licitación o concurso público fracasado y, menos aún, que pueda presentarse en varias oportunidades o en forma indefinida tornando incierto en el tiempo la satisfacción de los bienes y servicios que se pretendan satisfacer con la ejecución del contrato[207].

Además, anuló el parágrafo 2.º del artículo 54 del Decreto 066 de 2008[208], porque limitaba la posibilidad de acudir a la contratación directa en los supuestos en que el contrato de consultoría se utilice para el adelantamiento de actividades relacionadas de forma inmediata con la misión principal confiada al organismo público encargado de su ejecución[209].

A su vez, anuló parcialmente el Decreto 2474 de 2008 (arts. 10 –parcial–, 11 –parcial–, 22 par. –parcial– 44 par. 1, 46, 47 –parcial–, 52 –parcial–, 54 –parcial–, 65 –parcial–, 68, 73 inc. 3.º, 75, 87 –modulado–, 89) y el Decreto 2025 de 2009 (art. 3.°), porque se sobrepasó la facultad reglamentaria al: (1) Limitar temporalmente la posibilidad de que se subsanen las deficiencias de las ofertas, señalando que los pliegos pueden anticipar dicho momento; (2) "revivir" el Registro Único de Proponentes; (3) darle a la Administración la posibilidad de establecer en los pliegos de condiciones que la oferta sea presentada de manera dinámica mediante subasta inversa; (4) prever la causal de contratación directa de mínima cuantía no establecida en la ley;

[207] Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 3 de septiembre de 2007, rad. 24715 (acumulados), MP Ruth Stella Correa Palacio [fundamentos jurídicos 3.2.1, 3.2.2, 3.2.3, 3.2.4, 3.2.6, 3.2.7, 3.2.8.2 y 3.2.8.4].

[208] Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 1150 de 2007 sobre las modalidades de selección, publicidad y selección objetiva.

[209] Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 11 de noviembre de 2009, rad. 35177, MP Enrique Gil Botero [fundamento jurídico 3].

(5) reproducir un acto suspendido; (6) establecer que los manuales de contratación de las entidades pueden crear procedimientos administrativos sancionadores; (7) desconocer la libertad que el legislador reconoció a las entidades estatales para la determinación de los diferentes factores de ponderación; (8) permitir adicionar el contrato de interventoría sin atender a ningún límite de valor y (9) limitar el margen de acción de las entidades estatales a unos pocos criterios de selección[210].

De la misma forma, declaró la nulidad de la letra *b* del numeral 3 del artículo 12 y de los incisos 1.°, 2.°, 3.° y final del artículo 14 del Decreto 2474 de 2008, por disponer un sistema de evaluación diferente de los previstos en el artículo 5.º de la Ley 1150 de 2007[211].

El Consejo de Estado, al igual, anuló las directivas presidenciales 03 de 2006 y 02 de 2007, que establecían requisitos adicionales para la celebración de contratos de prestación de servicios profesionales, asesoría y consultoría, al estimar que la atribución reglamentaria no llega al punto de habilitar al Gobierno para modificar, adicionar o interpretar leyes[212].

A su turno, anuló los artículos 1.° y 2.° del Decreto 3576 de 2009[213] porque so pretexto de reglamentar el procedimiento de contratación "selección abreviada" previeron una nueva modalidad de contratación (así no le diera denominación alguna) y al hacerlo invadieron el ámbito de la ley[214].

De manera semejante, declaró la nulidad del Decreto 1039 de 2010[215], porque so pretexto de reglamentar los eventos en que resulta aplicable la contratación directa en el sector de defensa y seguridad, no podía preverse una nueva hipótesis que se alejara de los parámetros restrictivos y taxativos definidos por el legislador, para concebir una

[210] Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 14 de abril de 2010, rad. 36054 B, MP Enrique Gil Botero [fundamento jurídico 4.2], s. v. P. Myriam Guerrero de Escobar.

[211] Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 24 de marzo de 2011, rad. 36601, MP Jaime Orlando Santofimio Gamboa [fundamento jurídico 6].

[212] Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 27 de octubre de 2011, rad. 34144, MP Ruth Stella Correa Palacio [fundamento jurídico 7].

[213] Por el cual se modifican parcialmente el Decreto 2474 de 2008 y el Decreto 2025 de 2009.

[214] Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 29 de agosto de 2012, rad. 37785, MP (E) Danilo Rojas Betancourth [fundamento jurídico 9].

[215] Por el cual se adiciona el artículo 79 del Decreto 2474 de 2008.

cláusula abierta en la que el intérprete en últimas pueda incluir cualquier evento posible[216].

Por igual anuló –condicionalmente– el parágrafo 1.º del artículo 5.° del Decreto 2025 de 2009[217], al estimar que al disponer el Gobierno Nacional que en los procedimientos abreviados de menor cuantía la entidad podrá establecer en el pliego de condiciones que la oferta sea presentada de manera dinámica mediante subasta inversa, se extralimitó en el ejercicio de su facultad reglamentaria e invadió la órbita de competencia constitucional del legislador y violó los artículos 2.° y 5.° de la Ley 1150 de 2007[218].

Corrió la misma suerte el literal *e* del artículo 18 del Decreto 3512 de 2003[219] al estimar el alto tribunal que si la exclusión del SICE era temporal, para estar acorde con la ley tendría que haber sido autorizada expresamente por ella, con un término específico que así lo garantizara[220].

A la par, anuló los artículos 7.° –parcial–, 44, 48 y 88 par. –parcial– del Decreto 2474 de 2008, porque: (1) en abierta oposición a la norma legal, prohibió la posibilidad de que en el último día fijado para el cierre del proceso de selección, mediante adenda, se adicionara, ampliara o prorrogara el plazo para la presentación de ofertas, con lo cual además se restringió indebidamente tanto la facultad que atribuyó la norma (art. 30-5 Ley 80 de 1993) como el derecho de solicitarla que ostenta la mayoría calificada de los interesados que hubiesen retirado los pliegos; (2) al reglamentar el procedimiento para la contratación de menor cuantía violó el artículo 29 CN y el numeral 2 del artículo 24 de la Ley 80 de 1993, al no establecer una etapa previa a la adjudicación para que los oferentes formularan observaciones a los informes de evaluación, como tampoco para su respuesta por parte de la Administración;

[216] Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 29 de octubre de 2012, rad. 39093 A, MP (E) Danilo Rojas Betancourth [fundamento jurídico 17.5].

[217] Por el cual se modifica parcialmente el Decreto 2474 de 2008, reglamentario de la Ley 80 de 1993 y de la Ley 1150 de 2007 sobre modalidades de selección.

[218] Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 29 de abril de 2015, rad. 37083 A, MP Danilo Rojas Betancourth [fundamentos jurídicos 63 a 79], s. v. Stella Conto Díaz del Castillo.

[219] Por el cual se reglamenta la organización, funcionamiento y operación del sistema de información para la vigilancia de la contratación estatal-SICE, creado mediante Ley 598 de 2000. Esta ley fue derogada por el artículo 222 del Decreto Ley 019 de 2012 (antitrámites).

[220] Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 29 de abril de 2015, rad. 28615, MP Stella Conto Díaz del Castillo [fundamento jurídico 2.2.5].

(3) si el legislador dispone un límite temporal para la culminación de una actividad de planeación dentro de un proceso precontractual, el reglamento no puede extenderla so pretexto de que contribuye a la realización del principio de economía[221].

Lo mismo sucedió con los artículos 47 y 52 –parcial–, 53 inc. 1.º y par. 4.º –parcial–, 79 del Decreto 2474 de 2008[222] y del artículo 2.º del Decreto 127 de 2009[223], porque (1) previno un mecanismo de evaluación propio de la contratación directa, cuando lo pertinente era estructurar un proceso en el que se garantizara la pluralidad de ofertas; (2) entró a distinguir, cuando el legislador no lo hizo, al limitar en un listado los casos en que procede la selección abreviada para la adquisición de bienes y servicios que se requieran para la defensa y seguridad nacional; (3) introdujo una causal de contratación directa no prevista en la ley; (4) otorgó competencia a la Secretaría Jurídica de la Presidencia para emitir un concepto previo con el fin de que determinadas entidades puedan adquirir, mediante la modalidad de selección abreviada, bienes y servicios para la defensa y seguridad nacional; (5) una expresión genérica del legislador no puede ser colmada en ejercicio de la potestad reglamentaria: establecer los casos en los cuales se requiere reserva para la contratación de ciertos bienes y servicios; (6) renunció a la potestad reglamentaria al remitir el proceso de contratación en casos de selección abreviada a los manuales internos de contratación de las entidades públicas[224].

46. A la luz de estos pronunciamientos, no queda sino concluir que el "estatuto" general de contratación de la administración pública no es más que una ley ordinaria y no una norma marco o cuadro, a pesar de que la jurisprudencia constitucional pareciera *prima facie* haber sostenido lo contrario.

En efecto, dice la Corte que la Constitución no obliga al legislador a dictar un estatuto contractual que desarrolle la materia en forma integral y casuística, por cuanto el constituyente no quiso desconocer el campo de acción que le corresponde a la Administración respecto de

[221] Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 15 de mayo de 2017, rad. 36476, MP Jaime Rodríguez Navas [fundamentos jurídicos 3.6.1.1, 3.6.1.3 y 3.6.1.5].

[222] Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 80 de 1993 y la Ley 1150 de 2007 sobre las modalidades de selección, publicidad y selección objetiva.

[223] Por el cual se adiciona el artículo 53 del Decreto 2474 de 2008.

[224] Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 23 de julio de 2015, rad. 36805, MP Hernán Andrade Rincón [fundamentos jurídicos 5.1.5, 5.2.5.5, 5.2.5.6, 5.2.5.7, 5.3].

los contenidos normativos, que, al estar expuestos a las cambiantes circunstancias, demandan una regulación ágil y expedita que permita la debida ejecución de la ley[225]. Olvida, tal vez, que la Corte también ha dejado en claro que la reglamentación que dicta el Ejecutivo no puede sustituir al legislador, ni lo convierte en legislador paralelo y no puede exceder las atribuciones del artículo 189.11 CN[226].

Si el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública no es una ley marco, general o cuadro, no hay –o, más bien, no debería haber– una "potestad reglamentaria ampliada"[227] –propia de este tipo de legislación[228]–. Tampoco puede hablarse de un sistema de "legislación delegada", que supone un traslado a las burocracias de la tarea de completar las regulaciones que inician los congresos, mediante un "desdoblamiento" de la potestad reglamentaria[229].

47. Función reglamentaria que, además, no comparte el presidente de la República con otras autoridades de la rama ejecutiva del poder público, como recientemente lo dejó en claro el Consejo de Estado al estudiar una demanda contra el artículo 2.2.1.2.1.2.9[230] del Decreto 1082 de 2015[231] sobre utilización del "acuerdo marco de precios".

En efecto, no puede confundirse la facultad que ostentan las entidades administrativas de expedir actos administrativos de carácter general y abstracto con la de reglamentación de la ley que compete exclusivamente al presidente (art. 189.11 CN)[232].

[225] Corte Constitucional, sentencia C-949 de 2001, MP Clara Inés Vargas [fundamento jurídico 2].

[226] Corte Constitucional, C-508 de 2002, MP Alfredo Beltrán Sierra [fundamento jurídico 4.7]. Esta sentencia declaró inexequible el plazo de seis meses fijado al Gobierno para la expedición del reglamento de contratación directa, previsto en el parágrafo 2.º del artículo 24 de la Ley 80 de 1993, porque esta potestad no se agota y puede ser ejercida en cualquier tiempo [fundamento jurídico 4.10].

[227] Algunos llegan incluso a dotar de carácter legislativo a los decretos que expide el Gobierno para reglamentar las leyes cuadro. Véase Sáchica, Luis Carlos, *El control de constitucionalidad*, Bogotá, Temis, 1988, p. 72; Charry Urueña, Juan Manuel, *Sistema normativo de la Constitución de 1991*, Bogotá, Temis, 1993, pp. 32 y 33.

[228] Hernández Galindo, José Gregorio, *Poder y Constitución*, Bogotá, Legis, p. 108.

[229] Palacios Mejía, Hugo, *Economía…*, *op. cit.*, pp. 33-34 y 39.

[230] ¿Este tipo de numeración contribuye a la simplificación normativa que se supone debe orientar la expedición de este tipo de decretos compilatorios?

[231] Decreto único reglamentario del sector administrativo de Planeación Nacional.

[232] Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 16 de agosto de 2017, rad. 56166, MP Jaime Orlando Santofimio Gamboa [fundamento jurídico 8.5], a. v. Guillermo Sánchez Luque [fundamento jurídico 3].

48. Esa pretensión del reglamento como "complemento" de la ley ha mostrado luego de cinco lustros haber sido un rotundo fracaso. Ante los dos criterios jurisprudenciales aparentemente contradictorios: el de la Corte Constitucional, que pareciera entregarle –sin admitirlo expresamente– al Gobierno una suerte de "delegación legislativa" en amplios ámbitos[233], y la visión restrictiva, convencional si se quiere, del juez natural de los actos reglamentarios, como pudo verse de la relación de fallos anulatorios, el Gobierno Nacional –una y otra vez– ha optado por el primero. Y cuando el segundo se vuelve problemático, se procede a introducir reformas legislativas, como lo hizo con la Ley 1150 de 2007 o, más recientemente, con la Ley 1882 de 2018.

En el ámbito privado la autonomía no se ejercita simplemente queriendo –función de la voluntad[234]– sino estableciendo, disponiendo, gobernando[235], porque alude al poder de los particulares de darse de por sí reglas en el campo de las relaciones socioeconómicas[236], ese poder de autoderminación de la persona para crear reglas de conducta para sí y en relación con los demás[237], esa potestad de autorregulación de intereses y relaciones propias, desplegada por el mismo titular de ellas[238], esa autonomía normativa (acepción hacia la cual se orienta la teoría preceptiva del negocio jurídico)[239] cada vez más limitada por la intervención del Estado en la economía. Del mismo modo, la soberanía también se ejerce –o debería ejercerse– estableciendo reglas fijas,

[233] *I. e*., en el parágrafo 2.º del artículo 24 de la Ley 80 de 1993 que señaló que el Gobierno Nacional expedirá un reglamento de contratación directa que desarrolle y garantice los principios de economía, transparencia y selección objetiva. Este precepto fue declarado exequible, Corte Constitucional, sentencia C-508 de 2002, MP Alfredo Beltrán Sierra [fundamento jurídico 4].

[234] El contrato es un acto jurídico, y como enseña Hinestrosa, *acto* significa *conducta humana*; se descarta, pues, otorgar alcances al simple pensamiento, ya que al derecho y en general a la sociedad no les interesan sino los actos. Lo que los sujetos piensen, sus deliberaciones íntimas, la razón de ser de sus procederes no conciernen al derecho, pues se quedan en el fuero interno del individuo (Hinestrosa, *op. cit*., p. 167).

[235] Díez-Picazo, *op. cit*., p. 387.

[236] Scognamiglio, Renato, *Teoría general del contrato* (traducción de Fernando Hinestrosa), Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1996, pp. 15 y 16.

[237] De Castro y Bravo, Federico, *El negocio jurídico*, Madrid, Civitas, 1985, pp. 11 y 12.

[238] Betti, Emilio, *Teoría general del negocio jurídico*, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1959, p. 46.

[239] Hinestrosa, Fernando, "Función, límites y cargas de la autonomía privada", en AA. VV., *Estudios de derecho privado. Homenaje al Externado en su centenario*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1986, p. 7.

disponiendo mandatos claros, gobernando con preceptos sencillos y no defiriendo a los destinatarios de esas normas –Administración, jueces, organismos de control, etc.– que llenen de contenido de esos "principios".

¿No era preferible el reglamentarismo del Decreto 222 de 1983 y sus 301 artículos que daban seguridad jurídica? ¿Esa supuesta "camisa de fuerza" –que redujo a su mínima expresión el poder reglamentario del presidente– no era mejor que la explosión de decretos reglamentarios –de una ley de "principios" de dizque solo 81 artículos– sucesivamente anulados en partes estructurales por su juez natural?

49. En vigencia del Decreto 222 de 1983 se expidieron un total de 21 decretos reglamentarios[240], de los cuales ninguno fue anulado por el Consejo de Estado[241]. En el caso de la Ley 80 de 1993 y la Ley 1150 de 2007, se han expedido un total de 79 decretos reglamentarios[242], de los cuales un número muy importante han sido anulados por el Consejo de Estado, como ya se expuso.

[240] Los decretos reglamentarios del Decreto 222 de 1983 son los siguientes: Decreto 402 de 1983, 921 de 1983, 1059 de 1983, 1395 de 1983, 1522 de 1983, 1613 de 1983, 2228 de 1983, 2291 de 1983, 2875 de 1983, 3184 de 1983, 3500 de 1983, 148 de 1984, 586 de 1984, 996 de 1984, 1355 de 1984, 350 de 1987, 456 de 1988, 767 de 1988, 837 de 1989, 984 de 1989, 865 de 1992.

[241] Consejo de Estado, Sección Primera, sentencia del 6 de febrero de 1992, rad. 1514, MP Libardo Rodríguez Rodríguez [fundamento jurídico 4]. Este fallo declaró la nulidad del artículo 3.º del Decreto 1059 de 1983, por el cual se dictan disposiciones reglamentarias sobre el cumplimiento de las funciones del Fondo Nacional del Ahorro. Aunque este decreto tiene relación con el Decreto 222 de 1983, no es un decreto reglamentario de este.

[242] La Ley 80 de 1993 y la Ley 1150 de 2007 han sido reglamentadas por los siguientes Decretos: Decreto 679 de 1994, 287 de 1996, 2170 de 2002, 1896 de 2004, 2166 de 2004, 066 de 2008, 1170 de 2008, 2474 de 2008, 3460 de 2008, 4828 de 2008, 4444 de 2008, 4533 de 2008, 127 de 2009, 490 de 2009, 931 de 2009, 2025 de 2009, 2493 de 2009, 3806 de 2009,3576 de 2009, 1039 de 2010, 1430 de 2010, 1464 de 2010, 2473 de 2010, 3844 de 2010, 4266 de 2010, 2516 de 2011 y 3485 de 2011, recogidos luego en el Decreto 734 de 2012; decretos 2326 de 1995, 2010 de 2005, 2245 de 2005, 416 de 2007, 851 de 2009, 2810 de 2010, 1075 de 2012, 1467 de 2012, 1541 de 2012, 1949 de 2012, 414 de 2013, 905 de 2013, 1252 de 2013, 1399 de 2013, 1510 de 2013, 1610 de 2013, 3053 de 2013, 817 de 2014, 1026 de 2014, 63 de 2015, 722 de 2015, 740 de 2016 y 1297 de 2016, compilados en el Decreto 1082 de 2015; y los decretos 2251 de 1993, 313 de 1994, 855 de 1994, 1898 de 1994, 1985 de 1994, 1436 de 1998, 626 de 2001, 2504 de 2001, 1280 de 2002, 327 de 2002, 941 de 2002, 1696 de 2002, 2790 de 2002, 3629 de 2004, 3740 de 2004, 2503 de 2005, 219 de 2006, 2434 de 2006, 4375 de 2006, 4881 de 2008, 2247 de 2009, 836 de 2009, 1520 de 2009, 3083 de 2009, 4548 de 2009, 4803 de 2010 y el 1070 de 2015.

Si bien la diferencia en el número de decretos no es relevante pues las leyes actuales de contratación estatal han tenido una vigencia superior a la del Decreto 222 de 1983, lo cierto es que la extensión de los reglamentos de la Ley 80 de 1993 y de la Ley 1150 de 2007 es significativamente mayor que la de los lacónicos reglamentos del Decreto 222 de 1983[243].

Por lo demás, no es del todo cierto que los decretos reglamentarios de la contratación pública se encuentren actualmente compilados en su totalidad en el Decreto Único Reglamentario 1082 de 2015[244], sino que algunos asuntos, como las operaciones de crédito público[245] y la venta de armas y municiones[246], se encuentran regulados por los decretos únicos reglamentarios 1068[247] y 1070 de 2015[248], respectivamente.

¿Conviene –en democracia– que el presidente defina las reglas de juego en una materia en la que él luego intervendrá activamente? Y si cuando el presidente no interviene directamente, lo hace a través de las entidades desconcentradas o descentralizadas del orden nacional, ¿no es esta una invasión discutible de la autonomía de las demás entidades estatales en materia contractual? ¿Es acaso una nueva modalidad de control de tutela administrativa?

50. En medio de esta tiranía principialística que domina el ámbito constitucional y legal, asuntos tan simples como determinar si son subsanables o no los denominados "requisitos habilitantes" han propiciado la coexistencia de criterios jurisprudenciales encontrados[249], la expedición de directrices por una autoridad distinta del presidente[250],

[243] Mientras que los decretos reglamentarios del Decreto 222 de 1983 tenían en promedio tan solo 13 artículos. El Decreto 734 de 2012 tenía 283 artículos, el Decreto 1510 de 2013 tenía 163 artículos y actualmente el Decreto 1082 de 2015 tiene 239 artículos.

[244] Decreto Único Reglamentario del Sector Administrativo de Planeación Nacional.

[245] Decreto 1068 de 2015, parte 2, título 1.

[246] Decreto 1070 de 2015, parte 1, título 4, capítulo 2.

[247] Decreto Único Reglamentario del Sector Hacienda y Crédito Público.

[248] Decreto Único Reglamentario del Sector Administrativo de Defensa.

[249] Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 26 de febrero de 2014, rad. 25804, MP Enrique Gil Botero [fundamento jurídico 3.2]; y Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 12 de noviembre de 2014, rad. 29855, MP Carlos Alberto Zambrano [fundamento jurídico 1].

[250] Circular Externa n.º 13 del 13 de junio de 2014 de Colombia Compra Eficiente.

hasta finalmente la expedición de una ley que puso punto final a tan absurda discusión[251].

Necesitamos seguridad jurídica: volver a la generalidad, la claridad y la coherencia de legislaciones bien hechas como el Código Civil. La sobreproducción de legislación de regímenes exceptuados y la hiperinflación de disposiciones reglamentarias (decretos, circulares y órdenes) generan un contexto caótico que estimula –sin proponérselo– lo que supuestamente busca atacar: la corrupción.

51. Una sobreproducción de disposiciones –muchas de ellas de vigencia efímera– que se mezclan con un maremágnum de "principios" que han convertido este ámbito del derecho en una genuina babel jurídica. Sin estabilidad ni certeza jurídicas no hay un clima de confianza que propicie una convivencia pacífica, alejada de la litigiosidad judicial[252]. Menos aun cuando la tendencia en contratación estatal, como en otros ámbitos, al uso y abuso de los principios ha traído la judicialización de esta materia, como pasa a verse.

B) *"Principios" constitucionales y jueces: la judicialización de la contratación estatal*

52. Dado su carácter subsidiario, excepcional, supletorio y residual para la protección inmediata de los derechos fundamentales, la jurisprudencia de tiempo atrás ha señalado que la acción de tutela es improcedente para resolver controversias contractuales. Improcedente porque para ello ya hay procesos definidos por la ley y no existe concurrencia de medios judiciales pues siempre prevalece la acción ordinaria. Improcedente porque ello supondría tergiversar su naturaleza. Improcedente porque esos asuntos carecen de inmediata relevancia *iusfundamental*.

Improcedente porque supondría sobrepasar los límites de la acción de tutela y sobrecargar al momento de la inercia al juez constitucional. Improcedente porque esos conflictos forman parten de la órbita

[251] Ley 1882 de 2018, art. 5, que modificó el parágrafo 1.º e incluyó los parágrafos 3, 4 y 5 del artículo 5.º de la Ley 1150 de 2007. Esta ley ya había señalado en su parágrafo 2.º 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, declarado exequible. Corte Constitucional, sentencia C-942 de 2008, MP Manuel José Cepeda Espinosa [fundamento jurídico 6].

[252] Cfr. Pérez Luño, Antonio Enrique, *La seguridad jurídica*, Barcelona, Ariel, 1994, pp. 34 y ss.; y García de Enterría, Eduardo, *Justicia y seguridad jurídica en un mundo de leyes desbocadas*, Madrid, Civitas, 2000, pp. 200 y ss.

competencial establecida al juez del contrato. Improcedente porque –de lo contrario– se convertiría en una imposición abusiva de una jurisdicción excepcional sobre la jurisdicción ordinaria, contraviniendo claramente la voluntad del constituyente. Improcedente porque desfigura el papel institucional de la acción de tutela. Improcedente porque vulnera el debido proceso al convertir los procesos de conocimiento en procesos sumarios. Improcedente porque las acciones contenciosas son idóneas y suficientes para otorgar una protección integral y eficaz a los derechos comprometidos. Improcedente, en fin, porque la acción de tutela –como mecanismo transitorio– no puede desplazar o desconocer al juez del contrato, para realizar análisis de fondo de la materia que debería debatirse dentro del correspondiente proceso[253].

53. No obstante lo dispuesto por el artículo 86 de la Constitución y el artículo 6.° del Decreto 2591 de 1991 respecto de la subsidiariedad la acción de tutela, y en contravía de los desarrollos jurisprudenciales

[253] Cfr. Corte Constitucional, sentencia T-594 de 1992, MP Fabio Morón Díaz [fundamento jurídico 3]; sentencia T-189 de 1993, MP Eduardo Cifuentes Muñoz [fundamento jurídico 3]; sentencia T-605 de 1995, MP Antonio Barrera Carbonell [fundamentos jurídicos 1 y 2]; sentencia T-613 de 1995, MP Fabio Morón Díaz [fundamento jurídico 5]; sentencia T-147 de 1996, MP Eduardo Cifuentes Muñoz; sentencia T-197 de 1996, MP Vladimiro Naranjo Mesa [fundamento jurídico 5]; sentencia T-231 de 1996, MP Eduardo Cifuentes Muñoz [fundamentos jurídicos 4 y 7]; sentencia T-307 de 1997, MP José Gregorio Hernández Galindo [fundamento jurídico 3]; sentencia T-340 de 1997, MP Hernando Herrera Vergara [fundamentos jurídicos 2 y 3]; sentencia T-154 de 1998, MP Antonio Barrera Carbonell [fundamentos jurídicos 2.2 y 2.5]; sentencia T-643 de 1998, MP Antonio Barrera Carbonell [fundamentos jurídicos 2.2 y 2.4]; sentencia T-728 de 1999, MP Álvaro Tafur Galvis [fundamentos jurídicos 3 y 4]; sentencia T-1386 de 2000, MP Alfredo Beltrán Sierra [fundamento jurídico 2.3]; sentencia T-1341 de 2001, MP Álvaro Tafur Galvis [fundamentos jurídicos 3.1 y 5.2]; sentencia T-196 de 2003, MP Jaime Córdoba Triviño [fundamento jurídico 6]; sentencia SU-1070 de 2003, MP Jaime Córdoba Triviño [fundamento jurídico 4.4], s. v. Rodrigo Escobar Gil, Eduardo Montealegre Lynett y Clara Inés Vargas, a. v. Jaime Córdoba Triviño y Alfredo Beltrán Sierra; sentencia SU-713 de 2006, MP Rodrigo Escobar Gil [fundamentos jurídicos 19 a 24], s. v. Jaime Araújo Rentería; sentencia T-1088 de 2006, MP Álvaro Tafur Galvis [fundamento jurídico 3]; sentencia T-387 de 2009, MP Humberto Sierra Porto [fundamentos jurídicos 3 y 4]; sentencia T-145 de 2012, MP Mauricio González Cuervo [fundamento jurídicos 3]; sentencia T-241 de 2013, MP Luis Ernesto Vargas Silva [fundamentos jurídicos 2.3 a 2.6 y 3]; auto 155 de 2014, MP Jorge Ignacio Pretelt Chaljub [fundamento jurídico 5.1.3 y 5.1.4], a. v. María Victoria Calle, Jorge Iván Palacio y Gabriel Eduardo Mendoza Martelo; sentencia T-442 de 2014, MP Gabriel Eduardo Mendoza Martelo [fundamentos jurídicos 8 y 9]; sentencia SU-772 de 2014, MP Jorge Ignacio Pretelt Chaljub [fundamento jurídico 4.2] y sentencia T-150 de 2016, MP Gabriel Eduardo Mendoza Martelo [fundamento jurídico 5].

antes citados, se ha convertido en otro factor, uno más, de litigiosidad en esta materia. En efecto, a golpe de pronunciamientos judiciales, esa vía excepcional se ha abierto paso so pretexto de la ineficiencia de la vía judicial ordinaria o de la configuración de un perjuicio irremediable que permite, por ejemplo, suspender la aplicación de actos administrativos contractuales, mientras se surte el proceso respectivo ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo[254].

De modo que la tutela se ha transformado en un instrumento muy socorrido para la discusión de contratos estatales, justamente porque la jurisprudencia ha estimado que la sola existencia de otros medios de control, no se traduce en que se deba acudir a ellos, porque en muchos casos no son idóneos para el amparo de los derechos de los interesados[255].

54. Así, por ejemplo, se ha abierto el paso el criterio según el cual para la corrección de ciertos actos de la Administración que vulneran derechos fundamentales no siempre es preciso que los afectados acudan a la vía del juez contencioso, pues en ocasiones es pertinente la intervención del juez de tutela, para que mediante el trámite sumario de esta acción cese la vulneración. Con base en este criterio, se han concedido acciones de tutela interpuestas contra entidades estatales, por vulneración de los derechos al debido proceso y a la igualdad en el trámite de liquidación unilateral de un contrato de concesión, porque no se permitió contradecir la aclaración a un dictamen pericial decretado por la Administración[256].

55. También mediante una acción de tutela se han dejado sin efecto actos administrativos que declaran que un adjudicatario incumplió con la obligación de suscribir un contrato y se ha amparado transitoriamente por violación de los principios del debido proceso y buena fe, dado que el valor ético de la confianza, como fundamento del contrato administrativo, adquiere relevancia particular porque contribuye a humanizar las relaciones ente la Administración y el administrado. Estimó que era evidente la falta de motivación al declarar la inhabilidad del oferente[257].

[254] Corte Constitucional, sentencia SU-772 de 2014, MP Jorge Ignacio Pretelt Chaljub [fundamento jurídico 3.4].

[255] Corte Constitucional, sentencia T-150 de 2016, MP Gabriel Eduardo Mendoza Martelo [fundamento jurídico 5].

[256] Corte Constitucional, sentencia T-796 de 2006, MP Clara Inés Vargas [fundamentos jurídicos 3.2, 4 y 6].

[257] Corte Constitucional, sentencia T-209 de 2006, MP Jaime Córdoba Triviño [fundamentos jurídicos 3 y 4]. En sentido similar, véase la sentencia SU-219 de 2003, MP Clara Inés Vargas [fundamento jurídico 4].

56. Igualmente la tutela ha sido utilizada para amparar el derecho a la participación, concertación y consulta previa[258] de comunidades afrocolombianas en la selección de un contratista por parte de una entidad estatal, para garantizar que se incluya un enfoque diferencial que proteja la identidad de las comunidades accionantes[259]. Con esta perspectiva, se han suspendido actos administrativos –aunque se haya negado la suspensión provisional por el juez competente[260]– y obras (*i. e.*, construcción de carreteras, puertos, corredores férreos, proyectos de infraestructura turística, distritos de riego, represas, estaciones de telefonía móvil, proyectos de interconexión eléctrica, rellenos sanitarios, proyectos de aguas residuales –construcción y operación del emisario submarino–, gaseoductos, exploración y explotación de hidrocarburos y concesiones mineras) hasta tanto se adelanta una consulta previa[261].

[258] Se invoca como fundamento el Convenio 169 de la OIT, incorporado por la Ley 21 de 1991, al ser parte del "bloque de constitucionalidad" que en su artículo 6.° prevé la obligación de consultar a los pueblos tribales e indígenas cada vez que se preparen medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente, que la jurisprudencia ha aplicado extensivamente a los pueblos afrodescendientes.

[259] Corte Constitucional, sentencia T-476 de 2016, MP Alejandro Linares Cantillo [fundamentos jurídicos F y G], s. v. Gloria Stella Ortiz Delgado.

[260] Corte Constitucional, sentencia SU-039 de 1997, MP Antonio Barrera Carbonell [fundamento jurídico 3], s. v. Hernando Herrera Vergara, Vladimiro Naranjo Mesa, Fabio Morón Díaz y Jaime Vidal Perdomo (conjuez).

[261] Corte Constitucional, sentencia T-428 de 1992, MP Ciro Angarita Barón [fundamentos jurídicos E y F], a. v. José Gregorio Hernández Galindo; sentencia T-652 de 1998, MP Carlos Gaviria Díaz [fundamento jurídico 5]; sentencia T-880 de 2006, MP Álvaro Tafur Galvis [fundamentos jurídicos 5 y 6]; sentencia T-769 de 2009, MP Nilson Pinilla Pinilla [fundamento jurídico 6]; sentencia T-547 de 2010, MP Gabriel Eduardo Mendoza Martelo [fundamento jurídico 5]; sentencia T-745 de 2010, MP Humberto Sierra Porto [fundamentos jurídicos 3 y 4]; sentencia T-1045A de 2010, MP Nilson Pinilla Pinilla [fundamento jurídico 6], a. v. Jorge Pretelt Chaljub; sentencia T-129 de 2011, MP Jorge Iván Palacio Palacio [fundamento jurídico 9]; sentencia T-698 de 2011, MP Luis Ernesto Vargas Silva [fundamentos jurídicos 4 a 7], s. v. Humberto Sierra Porto; sentencia T-993 de 2012, MP María Victoria Calle Correa [fundamento jurídico 5]; sentencia T-657 de 2013, MP María Victoria Calle Correa [fundamentos jurídicos 4.2 y 5]; sentencia T-693 de 2012, MP María Victoria Calle Correa [fundamentos jurídicos 6 y 7]; sentencia T-172 de 2013, MP Jorge Iván Palacio Palacio [fundamento jurídico 6]; sentencia T-800 de 2014, MP Gabriel Eduardo Mendoza Martelo [fundamento jurídico IV]; T-969 de 2014, MP Gloria Stella Ortiz Delgado [fundamento jurídico 4]; sentencia T-660 de 2015, MP Jorge Ignacio Pretelt Chaljub [fundamentos jurídicos 2.3, 2.4, 3.4]; sentencia T-197 de 2016, MP Jorge Iván Palacio [fundamentos jurídicos 10.2 y 11].

Incluso se ha ordenado revisar los términos en que fue concedida una licencia ambiental al respectivo proyecto[262].

57. La acción de tutela ha procedido para proteger el derecho a la consulta previa, incluso sobre contratos ya ejecutados (*i. e.*, instalaciones y bases militares, oleoductos, instalación de antenas de comunicación y torres de energía, hidroeléctricas) construidas hacía mucho tiempo –una de ellas, medio siglo antes– pues "la controversia ancestral" cumplía el principio de inmediatez para la formulación de la acción de tutela. En los pronunciamientos no se hizo mención alguna de la aplicación del Convenio 169 de la OIT a hechos anteriores a su suscripción (1989) e incorporación al derecho interno (1991)[263].

Según la jurisprudencia, la lucha por la integridad de los territorios colectivos de los pueblos indígenas no siempre se acompasa a lo que se considera un término razonable para la defensa de los derechos de la persona, pues se trata de una reivindicación que se extiende por varios siglos y que se refiere a un derecho perpetuo e irrenunciable, o inalienable, imprescriptible e inembargable "en términos del derecho mayoritario no puede hallarse limitado al término de caducidad de dos años, propio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho [*sic*]"[264]. Por ello se encontró cumplido el principio de inmediatez a pesar de que la demanda de amparo se presentó más de diez años después de la expedición de los actos administrativos cuestionados.

Posteriormente, la Corte Constitucional estimó que el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho era un mecanismo

[262] Corte Constitucional, sentencia T-294 de 2014, MP María Victoria Calle Correa [fundamento jurídico 108].

[263] Corte Constitucional, sentencia T-005 de 2016, MP Jorge Iván Palacio [fundamento jurídico 3.5.1]. Igualmente se encontró que la dilación en la interposición de la tutela (la licencia se había otorgado cinco años antes) estaba justificada y ordenó la indemnización del daño inmaterial mediante "medidas de compensación cultural": cfr. Corte Constitucional, sentencia T-693 de 2011, MP Jorge Pretelt Chaljub [fundamentos jurídicos 4.6.3 y 4.7.6.4]. Criterio que no se acompasa con la reiterada jurisprudencia de la Corte Constitucional sobre su improcedencia cuando se interpone de manera extemporánea aplicable también para consulta previa a comunidades indígenas en construcción de obras de infraestructura. Véase Corte Constitucional, sentencia T-154 de 2009, MP Nilson Pinilla Pinilla [fundamento jurídico 6], s. v. Humberto Sierra Porto. Como ya no se podía ordenar a posteriori cumplir con el requisito constitucional omitido, se han ordenado indemnizaciones, *i. e.*, Corte Constitucional, sentencia T-652 de 1998, MP Carlos Gaviria Díaz [fundamento jurídico 5 y orden tercera].

[264] Corte Constitucional, sentencia T-661 de 2015, MP María Victoria Calle [fundamento jurídico 7.11].

idóneo para cuestionar los actos administrativos que desatiendan la consulta previa, pues el artículo 46 del CPACA estableció como causal de nulidad la ausencia de concertación[265]. Sin embargo, en otra providencia consideró que esa postura no tenía en cuenta que el análisis del juez contencioso administrativo se circunscribe a un juicio de legalidad, más que a un análisis de protección de derechos fundamentales. Así, ordenó no solo la modificación de los actos administrativos que dieron lugar a la construcción de una vía, sino la suspensión de las obras[266].

58. También la Corte Constitucional se ha pronunciado a favor de los recicladores, en procesos de licitación adelantados para la adjudicación de contratos de aseo, porque los pliegos no previeron acciones afirmativas a su favor que permitiera su participación preferencial. Amparó, pues, los derechos al debido proceso, a la igualdad, al trabajo, a la confianza legítima, a la libertad económica y a la libre empresa[267].

Se ha llegado a ordenar dejar sin efectos una licitación pública, a través de un auto de verificación de cumplimiento de la sentencia T-724 de 2003, al estimar que los derechos del trabajo y la dignidad humana de las minorías dedicadas al reciclaje están por encima de las expectativas comerciales de los particulares oferentes. Al efecto, el auto dispuso el cambio de las acciones afirmativas que traía el pliego, al considerar que no eran reales pues –a su juicio– no gozaban del principio de independencia que rige la existencia de estas medidas y que asegura su efectividad[268].

59. Igualmente ha procedido la tutela para la protección de los derechos al debido proceso y a la libertad de expresión artística, por la terminación unilateral (el acto administrativo lo llamó "revocación") de un contrato que habilitó el uso de una plaza de toros para

[265] Corte Constitucional, sentencia T-288A de 2016, MP Luis Guillermo Guerrero Pérez [fundamentos jurídicos 7.10 a 7.13]. Sin embargo, la tutela procedió frente al derecho de petición y dejó sin efectos un acto administrativo.

[266] Corte Constitucional, sentencia T-436 de 2016, MP Alberto Rojas Ríos [fundamentos jurídicos 5.1.3, 5.1.5 y 8 a 14].

[267] Cfr. Corte Constitucional, sentencia T-724 de 2003, MP Jaime Araujo Rentería [fundamentos jurídicos 5-13]; sentencia T-291 de 2009, MP Clara Elena Reales Gutiérrez [fundamentos jurídicos 6 a 8]; auto 268 de 2010, MP Juan Carlos Henao Pérez [fundamento jurídico V], sentencia T-387 de 2012, MP Jorge Ignacio Pretelt Chaljub [fundamento jurídico 6.18], s. v. Luis Ernesto Vargas Silva.

[268] Corte Constitucional, auto 275 de 2011, MP Juan Carlos Henao Pérez [fundamentos jurídicos 8, 101 y 109].

realizar espectáculos taurinos, por incompetencia del funcionario para adoptar la medida.

Aunque la Corte dejó sin efectos los actos administrativos demandados, el contrato no revivió –dijo el fallo– porque el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en sentencia dictada al resolver una acción popular, decidió dejarlo sin efecto, pero dispuso la reanudación del espectáculo taurino[269].

Además, se dispuso –al resolver una aclaración del fallo– la rehabilitación estructural del escenario, orden que estimó que no debía ser tenida como dilatoria u obstructiva del restablecimiento de los derechos fundamentales tutelados en el fallo[270].

60. Por lo demás, la tutela ha procedido como mecanismo transitorio para resolver un conflicto derivado de un posible incumplimiento de un contrato de venta de agua en bloque, porque implicaba un desconocimiento de los derechos fundamentales de los usuarios del servicio público domiciliario de acueducto, circunstancia que –según el fallo– le daba relevancia constitucional al asunto[271].

61. Justamente, a diferencia de la acción de tutela, la acción popular –de carácter principal y no subsidiario– se ha convertido en un medio de control donde se debaten los temas contractuales. Así, desde sus comienzos se discutió si el juez de la acción popular estaba o no habilitado para anular contratos estatales.

Una primera tendencia (restrictiva) sostenía que no obstante el carácter principal de la acción popular, ello no comportaba que por esa vía se pudiera verificar su legalidad, pues se trataba de un asunto reservado a la acción contractual. El otro criterio (amplio) sostuvo que era viable examinar la legalidad del contrato estatal si este vulneraba o amenazaba algún derecho colectivo. Finalmente, se impuso un criterio (intermedio) según el cual si otros jueces ya habían avocado el contencioso contractual, el juez debía tomar decisiones distintas como la suspensión del contrato, hasta tanto se definiese su legalidad[272].

[269] Corte Constitucional, sentencia T-296 de 2013, MP Mauricio González Cuervo [fundamentos jurídicos 7.5.5, 8.5 y 9], s. v. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

[270] Corte Constitucional, auto 060 de 2015, MP Mauricio González Cuervo [fundamentos jurídicos 5.2 y 6], s. v. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

[271] Corte Constitucional, sentencia T-385 de 2013, MP María Victoria Calle Correa [fundamentos jurídicos 3.4, 6.10 y 6.11].

[272] Cfr. Sánchez Luque, Guillermo, "Jurisprudencia del Consejo de Estado en materia de anulación de actos administrativos y de contratos estatales en acciones populares",

Esta discusión parecía haber sido zanjada por el artículo 144 de la Ley 1437 de 2011, que dispuso que el juez de la acción popular no puede anular actos administrativos ni contratos, y este precepto fue declarado exequible, al estimar que se trata de una medida que busca armonizar la regulación legal de los distintos medios de control judicial de la Administración[273].

62. Lo cierto es que más allá de si es factible o no anular contratos estatales, el juez de la acción popular es y seguirá siendo un árbitro *sui generis* del contrato estatal, quizás ya no para anular, pero sí para pronunciarse, incluso con consecuencias impredecibles al ordenar, por ejemplo, con base en la amplísima habilitación del artículo 34 de la Ley 472 de 1998, proceder a modificar el contrato correspondiente y en consecuencia cambiar su clausulado[274], bajo categorías tan amplias como difíciles de precisar como los "principios-derechos" a la moralidad administrativa o el patrimonio público: ¿se ha instituido así una suerte de coadministración judicial?

El derecho colectivo a la moralidad administrativa, dada su "textura abierta", ha dado lugar a que se den de él distintas definiciones por parte del juez de la acción popular. Por un lado –criterio mayoritario–, busca eliminar el criterio subjetivo del juzgador y, por ello, lo ata a la infracción previa del principio de legalidad[275]. Por otro lado –criterio minoritario–, se estima que esta visión del derecho es muy reducida y propone que también hay que evaluarla a la luz de los principios generales del derecho e incluso que la moral administrativa se halla "por fuera de las normas", pero dentro del comportamiento que la sociedad califica como correcto y bueno para las instituciones públicas y sus funcionarios, en relación con la administración del Estado, lo

---

en Pardo, Cristina y Parra, Carlos (editores académicos), *Teoría constitucional. Liber amicorum en homenaje a Vladimiro Naranjo Mesa*, Bogotá, Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, 2006, pp. 309 y ss.

[273] Corte Constitucional, sentencia C-644 de 2011, MP Jorge Iván Palacio [fundamento jurídico 3.2.2], a. v. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

[274] Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 19 de junio de 2008, rad. AP 00005, MP Ruth Stella Correa Palacio [fundamento jurídico 4.7]; y sentencia del 13 de agosto de 2008, rad. AP 00888, MP Ruth Stella Correa Palacio [fundamento jurídico 6], s. v. Mauricio Fajardo Gómez.

[275] Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 16 de febrero de 2001, MP Alier Hernández Enríquez [fundamento jurídico 4]; y sentencia del 17 de junio de 2001, rad. AP 166, MP Alier Hernández Enríquez [fundamentos jurídicos 1 y 2].

cual exige una mayor actividad judicial, con ayuda de la razón y el "sentido común ético"[276].

A su vez, el derecho colectivo al patrimonio público, con cuya protección se busca que los recursos del Estado sean administrados de manera eficiente y responsable, conforme lo disponen las normas presupuestales[277], ha convertido al juez de la acción popular en una suerte de control fiscal paralelo. Un control, por demás, atemporal porque no tiene término de caducidad la acción popular.

Esto ha desnaturalizado el rol que le corresponde a la justicia administrativa al volver, por esta vía, a las Cortes de Cuentas del siglo XIX, a su vez inspiradas en el Tribunal de Cuentas de 1604 y en el Consejo de Indias del siglo XVI, que habían sido reemplazados por la Contraloría desde la Misión Kemmerer, con la Ley 42 de 1923, basada en un modelo anglosajón.

¿Regresamos así a una suerte de veeduría de cuentas de naturaleza judicial más próxima al modelo de Europa continental? ¿Una contrarreforma velada del control fiscal que termina en un muy particular "sistema mixto" en que coexiste un control fiscal de corte estadounidense con uno que sigue la tradición judicial europea? ¿Ha funcionado esta novedosa veeduría fiscal judicial paralela o sus resultados han sido más bien precarios?

No sobra, igualmente, volverse a preguntar si éstos (como muchos otros de los enlistados en el artículo 88 CN y ampliados generosamente por el artículo 4.° de la Ley 472 de 1998) constituyen genuinos derechos colectivos que deban ser –como los derechos del consumidor– protegidos por la acción popular.

63. Los derechos fundamentales (en especial el debido proceso) y los derechos colectivos (en especial la moralidad administrativa y el patrimonio público) han despojado al juez natural del contrato (institucional y arbitral) del monopolio de la solución de las controversias precontractuales y contractuales, lo cual ha dado lugar a una explosión de decisiones paralelas a la institucionalidad, que desplazan a los jueces y a las reglas correspondientes (juez natural y principio de legalidad).

[276] Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 30 de agosto de 2007, rad. AP 00009, MP Enrique Gil Botero [fundamento jurídico 2.3], s. v. Mauricio Fajardo Gómez y a. v. Ramiro Saavedra Becerra.

[277] Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 31 de julio de 2008, rad. AP 00240, MP Ruth Stella Correa Palacio [fundamento jurídico 5.2].

Las denominadas "acciones constitucionales" –con la excepción de la de cumplimiento[278]– se han convertido en medios alternativos, simultáneos, adicionales o complementarios. Por esta vía, han venido a reemplazar los medios judiciales ordinarios previstos por la ley para resolver las controversias contractuales. Estas acciones judiciales, con ello, han borrado la autonomía e independencia del juez natural (art. 228 CN) y al hacerlo han negado su competencia exclusiva para resolver los conflictos contractuales del Estado. Esta pendiente peligrosa ha supuesto la desarticulación de las instituciones y, por supuesto, ha constituido un grave atentado contra la seguridad jurídica, base de la convivencia social.

64. Todo esto es fruto del desolador panorama normativo, signado por la profusión de reglas constitucionales y de principios legales. Como denuncia Alejandro Nieto, el mayor inconveniente no está en la ambigüedad de los principios, sino en el abuso de su empleo. Y las normas legales de contratación pública en Colombia desafortunadamente se han disuelto en principios. Principios legales que en manos de los jueces, por su generalidad y flexibilidad, hacen comodísima la redacción de sentencias: cada principio es corolario de otro anterior y genera, a su vez, nuevas series de ellos hasta formar galaxias deslumbrantes con elementos que se enlazan entre sí y procrean sin cesar, haciendo realidad la divertida sátira de Ihering sobre el cielo de los conceptos jurídicos[279].

[278] La jurisprudencia ha sido uniforme en señalar que esta acción es improcedente para estudiar la legalidad de contratos estatales, ni para liquidarlos, porque se cuenta con otro mecanismo judicial. Cfr. Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 13 de mayo de 2004, rad. ACU-0088, MP Nohemí Hernández Pinzón [fundamento jurídico 4]; sentencia del 27 de mayo de 2004, rad. ACU-0012, MP Darío Quiñones Pinilla [fundamento jurídico II]; sentencia del 3 de junio de 2004, rad. ACU-4763, MP Darío Quiñones [fundamento jurídico II]; sentencia del 19 de agosto de 2004, rad. ACU-4757, MP Filemón Jiménez Ochoa [fundamento jurídico II].

Aunque la acción de cumplimiento no puede suplir los medios de control judicial de la Administración, tiene su propio e importante campo de acción. Véase Sánchez Luque, Guillermo, "La acción de cumplimiento en Colombia: ¿un medio de control judicial de la administración que no produjo los efectos que se esperaban?", en Molina, Carlos y Rodríguez, Libardo (coordinadores académicos), *El derecho público en Iberoamérica. Libro homenaje al profesor Jaime Vidal Perdomo*, tomo II, Bogotá, Temis-Universidad de Medellín, 2010, pp. 481 y ss.

[279] Cfr. Nieto, Alejandro, *Derecho administrativo sancionador*, Madrid, Tecnos, 1994, p. 40.

Más que la "federalización" de la jurisprudencia de que habláramos hace unos años[280], el riesgo hoy en día es que estamos ante una "feudalización" de la jurisprudencia: cada ámbito de las distintas acciones judiciales (hoy denominadas pomposamente "medios de control") genera un feudo: el feudo de tutela y el feudo de la acción popular han terminado desplazando al juez natural de las controversias contractuales (institucional y arbitral).

65. Si la misión de los jueces en materia de contratos es establecer la voluntad de las partes, mas no crearla ni sustituirla[281], o si se quiere: interpretar un contrato no es modificarlo, ¿esta proliferación de criterios judiciales contradictorios y simultáneos sobre leyes y contratos, además del daño evidente que ha generado, no supone una desnaturalización de la misión judicial? Si un texto puede soportar todos los sentidos, él dice todo y no importa qué, para que la interpretación sea posible hay que encontrarle límites, certeramente apuntó Eco[282].

66. Paradójicamente, esta constitucionalización del derecho de contratación estatal no solo ha atentado contra la legislación sustantiva, al aniquilar el rol organizador del texto constitucional y al desdibujar el papel determinante en una democracia de la ley, sino que también arremete contra la legislación procesal al desconocer abiertamente el debido proceso, al desplazar la garantía de los procesos ordinarios, al desconocer al juez natural y especializado y al transformar a las acciones "constitucionales" en un escenario de conocimiento de toda controversia contractual del Estado.

A la ausencia de reglas fijas y establecidas hay que sumarle las graves consecuencias que supone permitir la protección de los derechos por vías paralelas a las previstas en el ordenamiento legal (olvidamos que se trata de eso: *ordenamiento*), lo cual implica subvertir las reglas procesales. Todo es posible y, al tiempo, nada es seguro, reclama Alejandro Nieto: iniciar un pleito es interrogar a un adivino que, después de consultar unas cartas confusamente barajadas, nos dará la respuesta más inesperada[283].

[280] Sánchez Luque, Guillermo, columna de prensa "Hacia la 'federalización' de la jurisdicción administrativa", en *Portafolio*, 1.° de junio de 2006, p. 11.

[281] Alessandri y Somarriva *op. cit.*, p. 28.

[282] Eco, Humberto, *Los límites de la interpretación*, Barcelona, Lumen, 1992.

[283] Nieto, Alejandro, *El desgobierno judicial*, Madrid, Trotta, 2005, p. 61.

Estas decisiones judiciales generan incertidumbre por su enorme impacto: grandes proyectos de infraestructura detenidos o incluso truncados, industrias como la extractiva con un futuro promisorio francamente desestimuladas, un balance negativo de sectores como el minero-energético. ¿Esa falta de seguridad jurídica será causante de previsibles y cuantiosas condenas en arbitrajes internacionales de inversión?

67. Como en la comedia de Aristófanes, en los contratos estatales se ven menos las ejecutorias de su objeto y más a los tribunales. No hay partes sino más bien contrapartes. Los asuntos terminan en los estrados judiciales, que forman un coro de avispas armadas de poderosos aguijones… ¿Fracasaremos como Tiracleón en su empeño en acabar la "tribunalofilia" de su padre Filocleón?

Conclusiones

68. El derecho de la contratación pública, dadas su complejidad y su profusión, no solo confunde a los expertos, sino que se ha convertido en algo extraño para el ciudadano, en un factor de exclusión. Como dice un reciente estudio del Consejo de Estado francés, entre todas las patologías de la producción normativa, la inestabilidad, más que la complejidad del derecho, crea en la sociedad un clima de incertidumbre propicio para minar la confianza en la ley, la justicia y las instituciones[284]. Veamos algunas conclusiones y no pocas inquietudes que arroja el panorama expuesto:

I. El contrato estatal es, desde la perspectiva del derecho público, una forma de la actividad administrativa que tiene por objeto la realización de los cometidos estatales, en tanto la actividad administrativa es esencialmente teleológica[285].

Si la finalidad es la satisfacción de necesidades colectivas –y por ello se habla de una "función social del contrato"[286]–, ¿este desorden que ha propiciado la Constitución con una hiperregulación inane mezclada con unos principios gaseosos contribuye a ello? Si el contrato

[284] Conseil d'État, *Étude annuelle 2016. Simplification et qualité du droit*, París, La documentation Française, 2016, p. 88.

[285] Escola, Héctor Jorge, *Tratado integral de los contratos administrativos*, vol. I, Buenos Aires, Depalma, 1977, pp. 110 y ss.

[286] Mosset Iturraspe, Jorge, *Responsabilidad por daños*, vol. II, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 1998, pp. 27 y ss.

administrativo (que sigue siéndolo el nuestro a pesar de los cambios nominales) procura la satisfacción de un interés público relevante[287], ¿se logrará este propósito con un régimen incierto que multiplica los regímenes aplicables, hace jueces del contrato a múltiples autoridades y, en fin, propicia la inseguridad jurídica?

II. No se debe olvidar que el régimen jurídico fundamental del contrato estatal es el previsto en las disposiciones civiles y comerciales pertinentes y que la regulación del ámbito del derecho público es apenas residual. La Ley 80 y sus modificaciones no hacen otra cosa que regular procedimientos administrativos atinentes a la selección, celebración, ejecución y finalización del contrato estatal.

Así lo reconoce expresamente el estatuto de contratación estatal una y otra vez en los artículos 13, 23, 28, 32, 40 y 46, entre otros. Es el derecho privado y no el derecho público la legislación determinante al momento de estudiar los contratos de la administración pública.

III. La Constitución no es más que un Código. El Código Fundamental o Código del Poder, porque es –o debería ser– una recopilación sistemática, ordenada lógica y concatenadamente, que regula dos materias: el reparto general del poder y la declaración –mas no regulación– de los derechos. Nada más. Por ello, no debería ocuparse de asuntos que no le corresponden.

IV. En el contrato constitucional se pueden distinguir claramente sus elementos. Elementos de la esencia: aquellos sin los cuales o no produce efecto alguno, o degenera en un contrato diferente; elementos de la naturaleza: no siendo esenciales, se entienden pertenecerle sin cláusula especial; y elementos accidentales: aquellos que ni esencial ni naturalmente le pertenecen y se agregan por cláusula (art. 1500 CC).

Es esencial de un contrato constitucional, desde la perspectiva liberal, la tridivisión del poder como garantía de la libertad y la declaración de derechos. No en vano el artículo 16 de la Declaración francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano enuncia que toda sociedad en que una declaración de derechos no esté establecida y una separación de poderes determinada, carece de Constitución[288]. Pero una declaración no es una regulación detallada de los derechos, que es el anhelo de los constitucionalismos tropicales…

[287] Cassagne, Juan Carlos, *El contrato administrativo*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1999, pp. 15 y ss.

[288] "Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des Pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution."

Es de la naturaleza del contrato constitucional, por ejemplo, el reconocimiento de principios de derecho internacional (como *pacta sunt servanda*, artículo 26 de la Convención de Viena, el respeto de la palabra dada) aceptados por Colombia, pues aunque el texto constitucional no lo prevea, se entiende incorporada a su clausulado. Como sucede en el ámbito civil (art. 1603 CC), nuestros compromisos internacionales deben ser ejercidos de buena fe y los estados se obligan no solo a lo que se expresa en la Constitución, sino a las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación. En consecuencia, no era necesaria una cláusula especial como la prevista en el artículo 9 CN.

Y, finalmente, es accidental al contrato constitucional todo ese fenómeno de "constitucionalización del derecho", al que no ha sido ajeno el derecho de contratos estatales, como se vio. Este asunto no es de la esencia del contrato constitucional y tampoco le pertenece naturalmente. Se trata tan solo de cláusulas especiales, que se han venido incorporando a la Constitución, al punto de alterar no solo el objeto de la Constitución (que es la regulación básica del poder y la declaración de los derechos) sino de convertirse en un sucedáneo peligroso de la ley, al pretender que todo asunto de la vida social sea regulado por el conjunto de normas constitucionales.

v. Constitucionalización que aunque clama por un estatuto universal propicia la dispersión de regímenes. Constitucionalización plagada de normas anacrónicas como las leyes de autorizaciones y de aprobaciones de contratos. Constitucionalización que se ocupa de regular detalles –luego desconocidos– del procedimiento de contratación. Constitucionalización que lleva a la ley fundamental a regular (en esa batalla de antemano así perdida del derecho contra la corrupción) inhabilidades e incompatibilidades de los servidores públicos en materia de contratación.

Constitucionalización que instituye una tiranía de los principios en donde están "todos" los de la función administrativa, menos los dos más importantes: el de legalidad y el de responsabilidad. Al menos en el precepto que dice enunciarlos. Constitucionalización que –sin más– propicia mutaciones constitucionales como la de la delegación en materia contractual.

Constitucionalización que propicia muchos controles previos, simultáneos, sucesivos que se entrecruzan y se hacen inanes y, una vez más, fomentan la corrupción. *Demasiado control mata el control*, insistimos. Constitucionalización que fomenta la devaluación de la ley

y la inflación de la reglamentación administrativa. Constitucionalización que desemboca en la peligrosa judicialización de la contratación estatal, porque el contrato ya no es instrumento para cumplir los fines del Estado, ni el contratista un colaborador de la Administración. El contrato y los pliegos son el borrador del alegato de demandas sin fin: ¡se contrata para pleitear con el Estado!

Constitucionalización que llega a tipificar modalidades contractuales en la Carta como la de empréstito. Constitucionalización que lleva a asignar competencia para contratar a ciertas autoridades como el registrador. Constitucionalización que degrada el carácter autolimitante de las leyes orgánicas y las convierte en rey de burlas del legislador ordinario.

Constitucionalización que lleva incluso a prever preceptos de los que puede deducirse nulidades por objeto ilícito constitucional. Constitucionalización que lleva a prohibir ciertos contratos y autoriza su celebración "excepcional" por la vía de otros contratos, como sucede en los famosos auxilios parlamentarios. Constitucionalización, en fin, innecesaria cuando prevé mandatos sobre limitación y acceso a la propiedad, que o ya estaban en la legislación civil o simplemente podrían ser objeto de regulación legal.

VI. La Constitución se ha extendido, como una mancha, en un papel que debería ser solo de la ley. Normas dispersas, desarticuladas, que desconocen el rol determinante del contrato y que no propician la "buena administración" de la que hoy se habla. De este túnel oscuro solo hay algo cierto: adentro está la fuente de la arbitrariedad.

La regulación constitucional del contrato estatal no solo es innecesaria, sino nociva. La hiperinflación de normas constitucionales, como en otros aspectos, ha transformado a la Constitución, del Código Fundamental de la sociedad, de ese encuadramiento de los fenómenos políticos[289], en una cantaleta que todos oyen pero nadie escucha: ¡La constitucionalización del derecho desconstitucionaliza la Constitución!

La constitucionalización atenta contra ese fenómeno tan complejo como es el del "Estado contratante", pues en lugar de brindar soluciones ha generado múltiples problemas: si el contrato es una técnica gerencial del Estado, ¿por qué su marco de regulación debe estar tan profusamente detallado desde la Constitución?

[289] Hauriou, André, *Derecho constitucional e instituciones políticas*, Barcelona, Ariel, 1971, p. 17.

La constitucionalización del derecho de contratos públicos no los facilita sino los entorpece, se convierte en un obstáculo que viene a ser removido desacatándola. Sobre todo cuando se hace, como quedó visto, de manera tan detallada y no tangencial como consideran algunos[290].

Algo tan dinámico como la contratación no puede verse "petrificado" por su constitucionalización. La Constitución le ha arrebatado a la ley el rol regulador. Y lo que le quedó se lo arrebataron el reglamento[291] y los jueces, por haberse limitado a fijar meros principios.

VII. Cuando una Constitución, como sucede con la nuestra en el ámbito de la contratación estatal, entra a la regulación detallada y minuciosa de las relaciones del Estado con los particulares, pierde su fuerza normativa, se hace prolija, propicia la coexistencia de preceptos desarticulados y contradictorios y, por lo mismo, corre el riesgo de ser desatendida y propiciar fenómenos no deseados de genuinas mutaciones constitucionales, es decir, de cambios no formales de su texto.

Al abandonar los asuntos fundamentales y caer en reglamentarismos propios de las normas inferiores (ley y reglamento), asistimos a su declive: a una Constitución sin derecho constitucional. Pareciera que el peso no es lo único que se ha revaluado y devaluado en este último cuarto de siglo en Colombia…

VIII. Si el contrato constitucional no está destinado solamente a tener efectos entre quienes lo celebran, el constituyente de hoy desea favorecer a las personas que vendrán luego, e incluso a las que no concurrieron porque decidieron abstenerse. ¿Una estipulación a favor de terceros?

¿Es admisible, como se preguntaron en la Revolución francesa, que las generaciones presentes aten –por la "constitucionalización" de todo asunto– a las generaciones futuras, que bien podrían decidir soberanamente en contrario a través del cambio legislativo sin necesidad de recurrir a ajustar su texto fundacional?

IX. La constitucionalización real, esto es, la que a partir de una tiranía de los principios ha impuesto la justicia constitucional paralela, ha desfigurado el papel institucional que deberían ejercer los importantes medios de control previstos en la Constitución, en el afán de negar el rol que le corresponde al juez administrativo que por más de un siglo

[290] Riveros Serrato, Héctor y León Navas, Laura, "Perspectiva constitucional de la Ley 80 de 1993", en Pino Ricci, Jorge (compilador), *Régimen de contratación estatal*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1996, p. 12.

[291] ¿No es acaso el objeto de la ley de principios dejarle al reglamento todo?

ha demostrado ser una garantía valiosa de los derechos de las personas (art. 16 CN de 1886 y art. 2 CN de 1991).

Las denominadas "acciones constitucionales" no son la vía apropiada para las controversias contractuales del Estado[292]. Este camino solo ha conducido a fomentar la litigiosidad, la falta de claridad de las vías apropiadas para dirimir los conflictos solo permite el reino de la arbitrariedad.

x. El derecho objetivo debe ser, por virtud del principio democrático y la necesidad de flexibilidad para permitir sus ajustes a las cambiantes realidades sociales, de la ley y no de la Constitución. Las normas de conducta no son el ámbito de lo constitucional.

Al constitucionalizar materias de la ley se ha despojado a esta última de su rol de definidor de las reglas del orden jurídico, y en lo que no hizo la Constitución, lo dejó al otro extremo, al acto administrativo reglamentario disperso, caótico, desarticulado y efímero. En la mitad, una ley de supuestos principios (que desconoce los dos más importantes –¿los únicos?– del derecho administrativo: legalidad y responsabilidad) que ha propiciado el caos y la confusión.

En medio de este contexto ha surgido una explosión de jueces del contrato: cada uno con una lectura propia de los "principios" y con fallos contradictorios y superpuestos que intentan resolver errática y desordenadamente las mismas controversias, que este desorden genera.

Y si paradójicamente la Constitución intenta regularlo todo, con no mucha fortuna como sucede en contratos estatales, termina en la práctica siendo desatendida y deja así no solo de ser norma constitucional, porque la materia no es constitucional, sino lo más grave: deja de ser obligatoria, coercible. Y si el derecho no es coercible, no es derecho.

Así como el legislador (soberano estatal) evita en lo posible intervenir en las manifestaciones de voluntad de los particulares ("soberanía

[292] En otros ámbitos contractuales se ha presentado la misma distorsión, el juez constitucional ha acaparado –por ejemplo– la defensa del consumidor, la colectiva a través de las acciones populares y de grupo y la individual mediante las acciones de cumplimiento y de tutela. Así, por ejemplo, la defensa del consumidor de los servicios públicos ha desnaturalizado no solo los derechos colectivos (que incluye en Colombia verdaderos derechos sociales), sino el rol del juez que se ve forzado a ordenar gasto público, por ejemplo, al ordenar construcción de obras públicas. Véase Sánchez Luque, Guillermo, "La protección del consumidor de servicios públicos domiciliarios: una aproximación desde la Constitución Política de 1991", en Valderrama, Carmen Ligia, *Perspectivas del derecho del consumo*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2013, pp. 599 y ss.

contractual") y, por ello, las normas civiles son de carácter supletivo (en ausencia de manifestación de los interesados) y en caso de conflicto siempre prevalecerá la voluntad general ("soberanía estatal") sobre la voluntad individual ("soberanía contractual"), ¿no debería el constituyente (soberano originario) evitar interferir en lo posible en las decisiones del legislador (soberano derivado) y así reconocer su autonomía –esa amplia "libertad de configuración legislativa"– para definir soberanamente el régimen apropiado a la contratación estatal?

¿Es la Constitución ese nuevo Leviatán, esa máquina monstruosa que todo lo acapara y no deja espacio para la democracia? ¿Es hora de defender la soberanía legislativa frente a la todopoderosa soberanía de la Constitución y a esa "neosoberanía" de los jueces y de la Administración alimentada de principios y conceptos jurídicos indeterminados?

Nos volvemos a preguntar si la creación de un "ente rector" de política en materia de compra pública supone una verdadera reducción de los "costos de transacción" que se dice intenta enfrentar. ¿Vamos en la dirección correcta al crear la Agencia Nacional de Contratación Pública-Colombia Compra Eficiente como "remedio" a los males en materia de contratación pública?

¿Ese diseño institucional garantiza su independencia e invulnerabilidad frete a su "captura" por parte de grupos de interés? ¿Se han medido las eventuales implicaciones que en materia de derecho de la competencia y de descentralización puede significar el actual esquema de compra pública[293]?

Y una más: ¿este es el camino para asumir todas las funciones en el nivel central en materia contractual? ¿Por esta vía se vacía de contenido la competencia contractual a cargo de los representantes legales de las distintas entidades estatales? ¿No se estaría desnaturalizando la descentralización por servicios al trasladar a una nueva persona jurídica de derecho público las materias determinantes en punto de contratación, que no constituye precisamente un servicio susceptible de descentralizar funcionalmente?[294]

[293] Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 16 de agosto de 2017, rad. 56166, MP Jaime Orlando Santofimio Gamboa, a. v. Guillermo Sánchez Luque [fundamento jurídico 4].

[294] Consejo de Estado, Sección Tercera, auto del 30 de enero de 2008, rad. 34143, MP Ruth Stella Correa Palacio [fundamento jurídico II].

¿No será que al arrebatarle ese ámbito natural de acción termina al legislador autorizando que se lo usurpen la Administración y los jueces por la vía del desconocimiento de los mandatos constitucionales?

Hay que volver a la ley. El legislador debería volver a ser el regulador por excelencia en un sistema de fuentes que se precie de ser democrático. Menos Constitución y más ley. Menos actos administrativos reglamentarios y más ley. Más democracia y menos autocracia tecnocrática. Menos principios y más reglas legales. Menos reglas represivas y más estímulos[295]. Menos jueces protagonistas de la contratación de la vida social y más Administración sujeta a una ley clara y estable.

Si la autonomía privada se revela con dos manifestaciones: un poder de constitución de relaciones jurídicas y un poder de reglamentar su contenido[296], la soberanía también tiene esas dos facetas: un poder de constitución básico de la sociedad (poder constituyente y por lo mismo objeto de la Constitución) y un poder de reglamentar su contenido (poder en su manifestación legislativa y por lo mismo objeto de la ley).

Pero, a diferencia de las relaciones privadas, la soberanía no puede ejercerse simultáneamente en el mismo contrato social. La democracia impone que el poder de reglamentar las relaciones jurídicas constituidas con el contrato social le corresponda a la ley, escenario natural para fijar las reglas de conducta social.

La soberanía tiene en la Constitución, como norma de normas, o competencia de competencias, en tanto distribuye el ejercicio del poder constituido[297], el ámbito propicio para establecer las bases de las relaciones jurídicas (contrato social) y en la ley, a su vez, el ámbito propicio para regularlas. Son dos órdenes muy importantes, pero deben deslindarse: la ley es la medida de la libertad y la Constitución es la medida del poder.

No podemos abdicar de la responsabilidad central de la ley, en cuanto es el instrumento necesario de la libertad: estamos corriendo el riesgo –que advertía García de Enterría– de reinstalar una genuina autocracia,

[295] Así, por ejemplo, como anota la profesora María Teresa Palacio, el efecto de la inhabilidad para contratar que genera la aplicación de la cláusula de caducidad es excesivo y negativo. Véase Palacio Jaramillo, María Teresa, "Parámetros…", *op. cit.*, p. 32.

[296] Díez-Picazo, *op. cit.*, p. 389.

[297] Por ello, según Burdeau, su superioridad material resulta del hecho que ella organiza las competencias y por lo tanto los órganos gubernativos solo pueden actuar dentro del ámbito que la Constitución les señala: Burdeau, George, *Traité de science politique*, París, LGDJ, 1950, pp. 181-184.

la de los tecnócratas[298]. La pereza legislativa propicia la hiperactividad reglamentaria de la Administración y el activismo judicial. Al fin y al cabo, alguien tiene que terminar llenando el vacío normativo que deja el legislador.

XI. Si un porcentaje considerable del PIB se mueve por la contratación pública, y por ello se habla de "Estado contratante", lo mínimo que se esperaría sería un escenario con reglas preestablecidas (no principios gaseosos) y un juez natural (y no múltiples jueces para resolver los desacuerdos que se susciten, dando cada uno señales contradictorias).

La Constitución, y en especial las decisiones de los "jueces constitucionales" que la interpretan libremente, se ha usado como un remedio a nuestros males endémicos, un fármaco peligroso, que ha creado una adicción: el convencimiento de que las cosas mejorarán si las regula la Constitución, si la legislación penal las reprime, en fin, si las decide a su libre arbitrio el juez "constitucional". Y como toda adicción, es enfermiza. No cura. Ni sana. Agrava la situación de un paciente que así no logrará curarse…

Como en el bellísimo cuadro del Bosco, las cosas van muy mal cuando en medio de esta locura normativa (proliferación de disposiciones incongruentes, desarticuladas e incompatibles) el paciente va a operar su locura a una casa de locos, la de los principios aplicados arbitrariamente por la Administración reglamentadora, por múltiples organismos de control no judicial y por múltiples jueces del contrato que paralela y sucesivamente examinan los desacuerdos surgidos con ocasión de la celebración, ejecución o terminación del contrato.

XII. La constitucionalización de la contratación estatal entraña la degradación de la Constitución no solo porque se desvía de su objeto, sino porque en la práctica se le desconoce sistemáticamente. Anomia que contagia a todo el ordenamiento jurídico. Enfermedad de los estados de derecho frágiles –"de constitución débil" y no precisamente por lo delgada… podría decirse– que da lugar a que pongan en cuestión la idea misma de contrato social, pues es la antesala de la degradación de las instituciones y del colapso del orden jurídico: suicidio anómico[299].

Una frustración institucional que afecta no solo a la Constitución (a la que se le acusa de todos nuestros males y por eso la reformamos o cambiamos tan frecuentemente) ya la ley (que perdió su rol ordenador

[298] García de Enterría, Eduardo y Menéndez Menéndez, Aurelio, *El derecho, la ley y el juez. Dos estudios*, Madrid, Civitas, 1997, pp. 54 y 55.

[299] Durkheim, Émile, *Le suicide. Étude de sociologie*, París, PUF, 1967.

de la sociedad), sino también al contrato estatal. Este ya no es materia solo de expertos en derecho administrativo (que, obviamente, deben conocer como todo buen abogado), sino también de los más avezados penalistas, al intentar corregirse fenómenos como la corrupción a partir de la tipificación de los delitos de la "celebración indebida de contratos": ¿Reprimir penalmente los actos de corrupción ha contribuido a corregir eficazmente las graves anomalías en el manejo de fondos públicos? ¿El derecho penal no es la *ultima ratio*? ¿Hay algo de "populismo punitivo" en estas medidas?

¿La crisis anómica que corroe nuestro precario Estado de derecho acaso se debe a que muchos entienden, inconscientemente, que la Constitución es un contrato unilateral en el que una sola de las partes –el Estado– es deudora y la otra –los asociados– es solo acreedora? ¿O será que tácitamente hemos adoptado una suerte excepción de contrato no cumplido por virtud de la cual ninguno de los contratantes está en mora dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro no cumpla por su parte, o no se allane a cumplir en la forma y tiempo debidos?

Podríamos decir, parafraseando al profesor Sáchica –quien se refería al control constitucional en Colombia–, que una regulación difusa (Constitución, ley, reglamentos de todos los pelambres), confusa (no hay reglas claras y estables sino principios y excepciones por doquier) y profusa (mucha Constitución, poca ley y demasiada reglamentación) es el terreno abonado para la arbitrariedad de la Administración y de los jueces…

xiii. Frente a la dispersión normativa en materia de contratación pública, propia de un régimen jurídico carente de reglas fijas y soportado en principios, hasta ahora la respuesta ha sido la "compilación" de normas reglamentarias y la creación de una entidad del orden nacional con amplias atribuciones en materia de contratación pública. Esto no alcanza a ser ni siquiera un paliativo.

¿No sería más simple regresar a la idea constitucional de un estatuto que a la manera de Código recogiera toda las normas legales en materia de contratación pública[300], tal y como se ha venido haciendo en materia de decretos reglamentarios?

[300] Que reuniera, armónicamente, en un texto las leyes 80 de 1993, 816 de 2003 (apoyo a la industria nacional a través de la contratación pública), 963 de 2005 (contratos de estabilidad jurídica para los inversionistas), 1150 de 2007 (modificatoria de la Ley 80), 1219 de 2008 (gastos reservados), 1474 de 2011 (estatuto anticorrupción), 1508 de 2012 (app), 1682 de 2013 (infraestructura de transporte), 1712 de 2014 (transparencia)

¿Y si más que una simple compilación fuera una genuina codificación con preceptos articulados y –eso sí– sin las numeraciones complejas de sus artículos, como las que usa el Decreto 1082 de 2015? ¿Y si al menos por primera vez se aplicara lo ordenado por el artículo 158 CN, conforme al cual la ley que sea objeto de reforma parcial se publicará en un solo texto que incorpore las modificaciones que sean aprobadas[301]?

XIV. De golpe una buena poda de normas y principios constitucionales haría que retoñara el árbol verdadero de la libertad y del orden derivados de un ejercicio ordenado de la soberanía: el de una ley, esa ley fija y conocida, de la que hablara Locke. ¿Y si una poda implicara que –tarde o temprano– retoñara lo cortado? Sería mejor una erradicación de la materia de la Constitución.

XV. Del desolador panorama tiene que haber salida. Lanzamos cinco propuestas para devolverle a la contratación pública la seguridad jurídica que hoy más que nunca demanda dado su papel determinante en el funcionamiento del Estado y en la ejecución de su presupuesto:

Primera propuesta: "Desconstitucionalizar" la contratación pública. De esa constitucionalización aparente –propia de un derecho del trópico– que se ha convertido en un obstáculo que remueven sin pudor el legislador, la Administración y los jueces. Preceptos constitucionales derogados por la ley, desatendidos por la Administración y desconocidos por los jueces.

Llegó el momento de levantarse contra este panconstitucionalismo que es el otro nombre de la constitucionalización del derecho, una suerte de totalitarismo constitucional que –parodiando al célebre discurso de Mussolini en el tercer aniversario de la marcha sobre Roma, el 28 de octubre de 1925[302]– diría: Todo en la Constitución, nada contra la Constitución, nada fuera la Constitución…

---

y 1882 de 2018 (modifica el estatuto de contratación y la ley de infraestructura), entre otras. Pero que además cobijara en un solo texto todos los regímenes exceptuados, y la fórmula bien podría ser el regreso a la categoría de contratos de derecho privado de la administración o, al menos, que se tuviera certeza de que allí estuvieran todas las reglas legales de contratación pública.

[301] Curiosamente, el artículo 30 de la Ley 1150 de 2007, que autorizaba al Gobierno Nacional para compilar las normas de esta ley y la Ley 80, sin cambiar su redacción ni contenido, pudiendo ordenar su numeración, fue declarado inexequible. Véase Corte Constitucional, sentencia C-259 de 2008, MP Jaime Córdoba Triviño [fundamentos jurídicos 19 y 20].

[302] Mussolini, Benito, *El espíritu de la revolución fascista*, Buenos Aires, Temas contemporáneos, 1984, p. 210.

Segunda propuesta: Hay que volver a los códigos, a las categorías simples (contrato administrativo y contrato de derecho privado de la Administración[303]) y a la austeridad de las viejas legislaciones. Seamos originales, volvamos al origen de todo el derecho: al contrato. A secas.

Un código único de contratación pública, breve y estable[304] (lo fundamental se remitiría al libro IV del Código Civil) quizás sea la solución contundente e inteligente que reclama este profesor español contra la corrupción, al menos en estas latitudes. La superproducción normativa no es un antídoto eficaz contra la corrupción. Todo lo contrario, propicia su contagio epidémico.

Tercera propuesta: Aunque esto es materia de estudio aparte, sería "desadministrativizar" la contratación estatal. Al fin y al cabo, como dice Gaspar Ariño, el derecho civil es madre y solera de todos los demás [ramos del derecho] es el derecho básico y normador de esta materia [la contratación][305]. ¿Es hora de "civilizar" –de llevar el rigor y la precisión del Código Civil– no solo a la Constitución, sino también a la contratación estatal? ¿Hasta cuándo vamos a seguir hablando de "función administrativa contractual", siguiendo la terminología foránea[306]?

¿No es más bien el contrato público una especie del género que, como dice Alessi, se ha formado milenariamente en el derecho civil[307]? ¿No es ese el alcance del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 cuando

[303] Una clasificación que está lejos de estar superada. En sentido contrario, véase Brewer-Carías, Allan, *Estudios de derecho administrativo*, Bogotá, Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, 1986, p. 90.

[304] El artículo 32 de la Ley 1150 de 2007, en esa dirección, preveía que solo procedía la derogatoria expresa de sus mandatos. Sin embargo, este precepto fue declarado inexequible al estimar que esa medida constituye una vulneración al principio democrático y una restricción a la libertad de configuración del legislador. Véase Corte Constitucional, sentencia C-439 de 2016, MP Luis Guillermo Guerrero [fundamento jurídico 8], AV María Victoria Calle Correa. Pasó por alto la Corte el hecho de que el artículo 71 del Código Civil prevé que la derogación de las leyes puede ser expresa o tácita; este precepto fue declarado exequible: Corte Constitucional, sentencia C-159 de 2004, MP Alfredo Beltrán Sierra [fundamento jurídico 3].

[305] Ariño Ortiz, Gaspar, "El contrato administrativo en el derecho español", en *International Review of Administrative Sciences* vol. 35, 1969, pp. 181-190.

[306] Cfr. Escola, *op. cit.*, pp. 110 y ss.; y Cassagne, *op. cit.*, pp. 15 y ss.

[307] Alessi, Renato, *Instituciones de Derecho Administrativo* I, Barcelona, Bosch, 1970, p. 16.

define al contrato, de la mano de los civilistas, como un acto jurídico generador de obligaciones[308]?

Y no se trata de reducir el asunto a una "huida del derecho administrativo"[309], más bien un llamado a la reflexión. ¿Son categorías antitéticas el derecho público y el derecho privado? Tenía razón Kelsen cuando cuestionaba esta "funestísima" distinción, basada en un criterio metajurídico: Querer calificar jurídicamente las normas de derecho con arreglo al fin que aspiran a realizar equivaldría a pretender clasificar los cuadros de un museo por su precio; y uno y otro criterio son igualmente inservibles. Es sencillamente imposible determinar de cualquier norma jurídica si sirve al interés público o al interés privado. Toda norma sirve a uno y otro. Desde el momento en que una norma de derecho protege un interés individual, esa protección constituye un interés colectivo[310].

Hay que poner orden a la contratación pública. Simplificarla. Dotarla de reglas simples y claras. Es la medida más eficaz contra la corrupción, pues la sobrerregulación facilita la reproducción de esa hidra de Lerna en que se ha convertido la corrupción, para usar el símil mitológico que recientemente usó el profesor Rodríguez Arana[311]. La legislación de la contratación pública no es la vía adecuada para "luchar contra la corrupción" con ese cúmulo de disposiciones de corte draconiano. Por ejemplo, ¿tienen sentido y han producido algún efecto útil las inhabilidades permanentes[312]?

La normatividad de contratación pública no puede ser considerada un "estatuto anticorrupción". Normas como las contenidas en los artículos 82 a 84 de la Ley 1474 de 2011, "estatuto anticorrupción", que prevén que el interventor y el supervisor tienen el deber de proteger la moralidad administrativa, prevenir la ocurrencia de actos de corrupción

[308] Cfr. Carbonnier, Jean, *Derecho Civil* II-II, Barcelona, Bosch, 1960, pp. 187 y ss.; y Ospina Fernández, Guillermo, *Régimen General de las Obligaciones*, Bogotá, Temis, 1984, p. 40.

[309] Aunque voces muy autorizadas sostienen que la aplicación del régimen propio de los particulares a las entidades públicas en el ámbito de la contratación constituye uno de sus puntos focales. Véase Tafur Galvis, Álvaro, *Estudios de Derecho Público*, Bogotá, Ibáñez, 1997, p. 114.

[310] Kelsen, *Teoría general…*, *op. cit.*, pp. 105 y ss.

[311] Rodríguez Arana, Jaime, "Sobrerregulación y corrupción", Madrid, columna de junio de 2018, texto disponible en http://rodriguezarana.com/site/?p=3264

[312] Como las previstas por el artículo 6.º de la Ley 1150 de 2007, modificado por el artículo 221 el Decreto Ley 019 de 2012, declarado exequible, Corte Constitucional, sentencia C-1016 de 2012, MP Jorge Iván Palacio [fundamento jurídico 7].

y tutelar la transparencia de la actividad contractual son no solo inconvenientes, sino muy discutibles desde la perspectiva constitucional, aunque haya desarrollos jurisprudenciales que parezcan avalar este tipo de medidas[313]. Además, su incumplimiento acarrea gravísimas consecuencias: (1) solidaridad con el contratista por los daños; (2) inhabilidad por cinco años para contratar y (3) configura falta gravísima… ¿Se combate así la corrupción?[314]

Nos preguntamos, por ejemplo: ¿no sería conveniente revisar un posible regreso a las viejas y decantadas categorías de "contratos administrativos" y "contratos de derecho privado de la Administración"[315] que con algunos ajustes resolverían los problemas que acusó el Decreto Ley 222 de 1983 y que ahora ha multiplicado la existencia de tantos regímenes exceptuados?

Cuarta propuesta: Deberíamos regresar a un contrato público residualmente regido por leyes de orden público y fundamentalmente sometido al Código Civil, al fin y al cabo así lo ordena el artículo 2.º del CC, y lo reconocía antaño la jurisprudencia civil: Al contratar, la Nación queda sometida a las prescripciones del derecho común que gobiernan los contratos, siendo una de ellas la del artículo 1602 CC[316].

En momentos en que incluso muchos hablan de la necesidad de crear una agencia reguladora de la contratación pública, ¿requeriría una reforma constitucional para seguir en esta "moda" constitucionalizante que, a nuestro juicio, solo desorden ha generado?

¿Por qué no ser originales y volver al origen, al derecho civil? ¿Esa no era la idea de la tríada constitucional 333-365-90, base de un "Estado competitivo" en el que la contratación pública es un instrumento fundamental para el cumplimiento de los fines del Estado, fielmente desarrollada por el artículo 13 de la Ley 80 de 1993[317] y luego traicionada

[313] Cfr. Corte Constitucional, sentencia C-563 de 1998, MP Carlos Gaviria Díaz [fundamento jurídico 3].

[314] Cfr. Franco Santamaría, David, *El interventor y sus nuevas funciones formuladas en el Estatuto Anticorrupción*, Bogotá, Universidad de los Andes, 2015.

[315] Sobre estas dos formas distintas que se presentan los contratos de la Administración. Véase Brewer-Carías, Allan, *Tratado de Derecho Administrativo. Derecho Público en Iberoamérica*, vol. III, Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 2013, pp. 577 y ss.

[316] Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, sentencia del 12 de abril de 1935, MP Enrique A. Becerra, G. J. XLI Bis, p. 213.

[317] Palacio Jaramillo, "Parámetros…", *op. cit.*, p. 24.

por ese alud de "principios" constitucionales y legales que solo inseguridad jurídica generan?

La solución a este caos en que está sumida la contratación pública es muy simple: darle el alcance genuino que inicialmente se pretendió darle al artículo 13 de la Ley 80. La ley del contrato estatal no es la Ley 80 de 1993 y por su puesto tampoco lo son sus normas reglamentarias. Ella lo prescribe claramente: sus mandatos son normas de excepción. La regla es el derecho común (civil y comercial).

Enfoque "privatista" que, por cierto, habían reconocido antes tanto la jurisprudencia[318], en vigencia del Decreto Ley 222 de 1983, como el gran mentor de este estatuto, el profesor Vidal Perdomo, en vigencia del Decreto Ley 150 de 1976[319]. Tal criterio jurisprudencial, curiosamente, fue invocado por la exposición de motivos de la Ley 80 de 1993[320], para sustentar la "recuperación" de la autonomía de la voluntad como uno de los rasgos distintivos de la iniciativa legislativa. Además, tanto el Consejo de Estado[321] como los autores[322], a su vez, encontraron en la autonomía privada un eje fundamental de la contratación administrativa, antes de la expedición de la Ley 80 de 1993.

Una vez más, la excepción se convirtió en regla: las regulaciones dispersas, incoherentes y desarticuladas de corte puramente administrativista han desplazado a las ordenadas, coherentes y articuladas de los códigos Civil y de Comercio. ¿Sería muy iluso pensar en un regreso al contrato público en el que las entidades contratantes obren como personas jurídicas, es decir como una persona que esté en pie de igualdad con el otro contratante, lo cual equivale a decir que en esas circunstancias no gozan de privilegio, ni pueden usar de su autoridad

[318] Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 13 de mayo de 1988, rad. 4303, C. P. Carlos Betancur Jaramillo [fundamento jurídico "Reflexión final a"].

[319] Vidal Perdomo, Jaime, *El contrato de obra pública, comentarios al Decreto 150 de 1976*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1979, pp. 10 y ss.

[320] Bendeck Olivella, Jorge, "Exposición de motivos al proyecto de ley n.º 149 de 1992", en *Gaceta* n.º 75, Bogotá, Congreso de la República, 1992.

[321] Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 16 de febrero de 1984, rad. 2509, MP José Alejandro Bonivento [fundamentos jurídicos 3 y 4]; y sentencia del 18 de junio de 1992, rad. 6579, MP Daniel Suárez Hernández [fundamento jurídico 2].

[322] Pérez Vives, Álvaro, *De los contratos de la Administración*, I, Bogotá, Wilches, Bogotá, 1984, p. 7; Esguerra Portocarrero, Juan Carlos, "Principios del contrato administrativo", en VV. AA., *Contratos administrativos: nuevo régimen legal*, Bogotá, Cámara de Comercio de Bogotá, 1983, pp. 76 y ss.; y Lamprea Rodríguez, Pedro A., *Contratos administrativos*, Bogotá, Fondo de Cultura Jurídica, 1979, pp. 46 y ss.

soberana, es decir sometida al derecho común como señaló en una época nuestra jurisprudencia, sin que pueda interpretar unilateralmente sus cláusulas?

¿Muy utópico admitir que el Estado no pueda interpretar las leyes nuevas expedidas con posterioridad a la celebración del contrato, en el sentido de hacer más gravosas las prestaciones a que está obligada la parte contratante, porque esto equivaldría a modificar unilateralmente el contrato, lo cual se opone a los principios de derecho, a la equidad y a la estabilidad de las instituciones jurídicas, por ejemplo (arts. 18 y 38 de la Ley 153 de 1887)[323]?

Si en el ámbito del derecho privado[324] y de los regímenes exceptuados se viene abriendo paso a la admisión de figuras como el pacto expreso de resolución unilateral del contrato –con varias interrogantes no resueltas-[325] y tampoco es exótica la licitación privada (art. 860 CCo.)[326], ¿hasta cuándo se seguirá insistiendo en que las cláusulas excepcionales –"prerrogativas" que se dice suponen una relación de desigualdad entre las partes en el punto de partida[327]– y la forma de seleccionar al contratista son elementos distintivos y peculiares de la contratación estatal?

[323] Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, sentencia del 20 de marzo de 1928, MP Luis Felipe Rosales, G. J. XXXV, p. 262; sentencia del 4 de octubre de 1939, MP Pedro A. Gómez Naranjo, G. J. XLVIII, p. 947; Corte Suprema de Justicia, Sala Civil de Única Instancia, sentencia del 10 de abril de 1940, MP Pedro A. Gómez Naranjo, G. J. XLIX, p. 448; Corte Suprema de Justicia, Sala Plena en lo civil, 9 de mayo de 1938, MP Pedro A. Gómez Naranjo [fundamento jurídico VI].

[324] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 30 de agosto de 2011, rad. 01957-01, MP William Namén Vargas [fundamentos jurídicos 1 y 2].

[325] Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 20 de febrero de 2017, rad. 56562, MP Jaime Orlando Santofimio Gamboa [fundamento jurídico 2], a. v. Guillermo Sánchez Luque; y sentencia del 19 de julio de 2017, rad. 57394, MP Jaime Orlando Santofimio Gamboa [fundamento jurídico 7], a. v. Guillermo Sánchez Luque.

[326] Sobre el mecanismo de contratación por concurso, la invitación a concursar, la oferta y la responsabilidad precontractual en el ámbito comercial, véase Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 23 de noviembre de 1989, MP José Alejandro Bonivento Fernández [cargo segundo fundamento jurídico 1 y 2], G. J. CXCVI, pp. 114 y ss.; sentencia del 4 de abril de 2001, exp. 5716, MP Jorge Castillo Rugeles [fundamento jurídico 3.2] y sentencia del 12 de agosto de 2002, exp. 6151, MP Jorge Fernando Ramírez Gómez [fundamento jurídico 3].

[327] Se afirma que como las cláusulas exorbitantes son prerrogativas derivadas del poder público, no pueden aplicarse en un contrato de derecho privado. Véase García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás-Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*, tomo I, Madrid, Civitas, 2006, pp. 240 y 694.

En definitiva, menos contratación pública (fijación en las reglas de selección y pretendidas potestades excepcionales) y más contrato público. Eso significa más derecho civil y comercial y menos derecho administrativo.

Hemos cambiado la claridad, la precisión y la medida –esas cualidades que distinguen al Código Civil[328], como anotaba Capitant en 1917– por la oscuridad, la imprecisión y la desmesura del constitucionalismo actual. Resta, pues, parafrasear el conocido lamento ¡Pobre contrato estatal, tan cerca de la Constitución –y del derecho administrativo– y tan lejos del derecho civil!

Quinta propuesta: No seguirle entregando a una de las partes –la entidad contratante– la competencia para dictar y cambiar permanentemente –como lo ha venido haciendo de manera anárquica y errática– el conjunto de normas que regulan algo tan delicado e importante a la contratación estatal…

¿La solución es la que se propone, de profundizar este esquema fracasado creando una comisión reguladora –cada vez que se tiene un problema se piensa que la solución es imitar esas "agencias independientes"– que dizque garantice la imparcialidad y objetividad en la expedición de normas? ¿Acaso estas agencias no son las más susceptibles de la denominada "captura regulatoria" por grupos de interés?

Finalmente, una reflexión, una suerte de acto de contrición: Los contratos no deberían ser un monopolio de abogados. Y el enredo que los abogados hemos creado con la proliferación de reglas reglamentarias y de principios gaseosos hace muy difícil contratar con el Estado. Es más: su papel debería ser muy limitado.

El excesivo protagonismo de los abogados (y no solo civilistas o administrativistas: ¡hoy también se ocupan con inusitado protagonismo los penalistas y los constitucionalistas!) ha puesto en jaque a la eficacia del contrato como instrumento para lograr los fines del Estado, como lo ha puesto de relieve con claridad la profesora Palacio Jaramillo[329]: la contratación no es ni puede ser un asunto eminentemente jurídico[330].

[328] Capitant, Henri, "Comment on fait les lois aujourd'hui", *Revue politique et parlementaire*, vol. 91, París, 1917.

[329] Palacio Jaramillo, María Teresa, presentación del libro *Decisiones arbitrales en infraestructura de transporte*, de Santiago Pérez, en la Feria del Libro de Bogotá, 18 de abril de 2018 (inédito).

[330] Palacio Jaramillo, "Parámetros…", *op. cit.*, p. 20.

¿Estaremos condenados a que –como comentó el profesor Liet-Veaux hace más de medio siglo[331] en un contexto claramente menos intrincado que el actual colombiano– la contratación pública siga siendo uno de los capítulos más desesperantes del derecho público?

BIBLIOGRAFÍA

Agencia Nacional de Contratación Pública-Colombia Compra Eficiente, https://www.colombiacompra.gov.co/.

Alessandri Rodríguez, Arturo y Somarriva Undurraga, Manuel, *Curso de Derecho Civil*, iv, Santiago de Chile, Nascimento, 1942.

Alessi, Renato, *Instituciones de Derecho Administrativo* i, Barcelona, Bosch, 1970.

Aristófanes, *Las avispas, La paz, Las aves, Lisístrata*, Madrid, Cátedra, 2006.

Aristóteles, *Política*, Madrid, Gredos, 1988.

Asamblea Nacional Constituyente, *Gaceta Constitucional*.

Berçaitz, Miguel, *Teoría general de los contratos administrativos*, Buenos Aires, Depalma, 1980.

Bermejo Vera, José, *Derecho administrativo parte especial*, Madrid, Civitas, 1999.

Betti, Emilio, *Teoría general del negocio jurídico*, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1959.

Bigliazzi, Lina, Breccia, Umberto, Busnelli, Francesco y Natoli, Ugo, *Derecho Civil*, i, 2 (traducción de Fernando Hinestrosa), Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1992.

Bobbio, Norberto, *Igualdad y libertad*, Barcelona, Paidós, 1993.

Bodin, Jean, *Los seis libros de la República*, Madrid, Tecnos, 1986.

Bonnard, Roger, *Précis de Droit Administratif*, París, lgdj, 1943.

Brewer-Carías, Allan, *Estudios de derecho administrativo*, Bogotá, Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, 1986.

Brewer-Carías, Allan, *Tratado de Derecho Administrativo, Derecho Público en Iberoamérica*, vol. iii, Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 2013.

[331] Liet-Veaux, George, "Jurisprudence: nouvelles définitions du contrat administratif", *La Revue Administrative*, vol. 9, n.º 53, París, puf, 1956, pp. 498 y ss.

Brutus, Stephanus Junius, *Vindiciae contra Tyrannos*, Tecnos, Madrid, 2008.

Burdeau, George, *Traité de science politique*, París, lgdj, 1950.

Capitant, Henri, "Comment on fait les lois aujourd'hui", *Revue politique et parlementaire*, vol. 91, París, 1917.

Capitant, Henri, *Vocabulario jurídico*, Buenos Aires, Depalma, 1986.

Carbonnier, Jean, *Derecho Civil II-II*, Barcelona, Bosch, 1960.

Carbonnier, Jean, *Flexible droit*, París, lgdj, 1998.

Carnelutti, Francesco, *Cómo nace el derecho*, Bogotá, Temis, 2000.

Carré de Malberg, René, *Teoría general del Estado*, México, Unam y fce, 1998.

Cassagne, Juan Carlos, *El contrato administrativo*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1999.

Castro, Jaime, "Más retazos para la colcha", columna en *El Tiempo*, 12 de julio de 2014, en http://www.eltiempo.com/archivo/documento/cms-14241816.

Congreso de la República de Colombia, *Gaceta del Congreso* y leyes de la República http://www.secretariasenado.gov.co/.

Conseil d'État, *Étude annuelle 2016, Simplification et qualité du droit*, París, La documentation Française, 2016.

Consejo de Estado (Pazos, Ramiro y Sánchez Luque, Guillermo, editores), *Graves violaciones a los derechos humanos e infracciones al derecho internacional humanitario: jurisprudencia básica del Consejo de Estado desde 1916*, Bogotá, Imprenta Nacional, 2016.

Consejo de Estado, sentencias: http://www.consejodeestado.gov.co/.

Corte Constitucional, sentencias: http://corteconstitucional.gov.co/.

Corte Suprema de Justicia, sentencias: http://www.cortesuprema.gov.co/.

Charry Urueña, Juan Manuel, *Sistema normativo de la Constitución de 1991*, Bogotá, Temis, 1993.

Chevallier, Jean-Jacques, *Los grandes textos políticos*, Madrid, Aguilar, 1977.

De Castro y Bravo, Federico, *El negocio jurídico*, Madrid, Civitas, 1985.

De Laubadère, André, Venezia, Jean-Claude y Gaudemet, Yves, *Traité de Droit Administratif*, tomo I, París, lgdj, 1992.

Demichel, André y Lalumière, Pierre, *Le droit public*, París, puf, 1992.

De Padua, Marsilio, *El Defensor de la paz*, Madrid, Tecnos, 1989.

Díez-Picazo, Luis y Gullón, Antonio, *Sistema de Derecho Civil*, I, Madrid, Tecnos, 1982.

Durkheim, Émile, *Le suicide. Étude de sociologie*, París, puf, 1967.

Eco, Humberto, *Los límites de la interpretación*, Barcelona, Lumen, 1992.

Echeverry, Juan Carlos; Fergusson, Leopoldo y Querubín, Pablo, *La batalla política por el Presupuesto de la Nación: inflexibilidades o supervivencia fiscal*, Bogotá, Universidad de los Andes, Centro de Estudios sobre Desarrollo Económico-cede, 2004, en https://economia.uniandes.edu.co/component/booklibrary/478/view/46/Documentos%20cede/453/la-batalla-politica-por-el-presupuesto-de-la-nacion-inflexibilidades-o-supervivencia-fiscal.

Epicuro, *Obras*, Madrid, Tecnos, 1994.

Escola, Héctor Jorge, *Tratado integral de los contratos administrativos*, vol. i, Buenos Aires, Depalma, 1977.

Esguerra Portocarrero, Juan Carlos, "Principios del contrato administrativo", en vv. aa., *Contratos administrativos, nuevo régimen legal*, Bogotá, Cámara de Comercio de Bogotá, 1983.

Forero Ramírez, Juan Carlos y Ospina Perdomo, Juanita, *Aspectos penales de la contratación estatal*, Bogotá, Ibáñez y Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, 2017.

Forsthoff, Ernst, *Tratado de derecho administrativo*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1958.

Franco Santamaría, David, *El interventor y sus nuevas funciones formuladas en el Estatuto Anticorrupción*, Bogotá, Universidad de los Andes, 2015.

García de Enterría, Eduardo, "Sobre la imprescriptibilidad del dominio público", en *Revista de Administración Pública*, n.º 13, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1954, pp. 11 y ss.

García de Enterría, Eduardo, *Justicia y seguridad jurídica en un mundo de leyes desbocadas*, Madrid, Civitas, 2000.

García de Enterría, Eduardo y Menéndez Menéndez, Aurelio, *El derecho, la ley y el juez. Dos estudios*, Madrid, Civitas, 1997.

Garrido Falla, Fernando, *Tratado de derecho administrativo*, vol. ii, Madrid, Tecnos, 1992.

Gómez, José J., *Bienes*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1981.

Gómez Hurtado, Enrique, *Finanzas públicas*, Bogotá, Universidad Sergio Arboleda, 2002.

Gómez Latorre, Armando, "Antecedentes históricos de la Contraloría", en *Economía Colombiana, Revista de la Contraloría General de la República*, n.º 150, 1983, Bogotá, pp. 52 y ss.

Guastini, Riccardo, *Interpretación, Estado y Constitución*, Lima, Ara, 2012.

Guastini, Riccardo, *Otras distinciones*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2014.

Hauriou, André, *Derecho constitucional e instituciones políticas*, Barcelona, Ariel, 1971.

Hernández Galindo, José Gregorio, *Poder y Constitución*, Bogotá, Legis.

Hinestrosa, Fernando, *Derecho civil obligaciones*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1969.

Hinestrosa, Fernando, "Función, límites y cargas de la autonomía privada", en aa. vv., *Estudios de derecho privado. Homenaje al Externado en su centenario*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1986, pp. 5 y ss.

Hobbes, Thomas, *Leviatán*, Madrid, Tecnos, 1996.

Ibáñez Najar, Jorge Enrique, "El 'Estatuto General de la Contratación de la Administración Pública'. Estudio normativo, doctrinal y jurisprudencial sobre su naturaleza", Bogotá, *Revista Vniversitas* n.º 108, Pontificia Universidad Javeriana, diciembre de 2004, pp. 119 y ss.

Ibáñez Najar, Jorge Enrique, *La acción de tutela contra laudos arbitrales*, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, 2009.

Jojoa Bolaños, Alexander, *Los regímenes exceptuados en los contratos estatales*, Bogotá, Ibáñez, 2014.

Kant, Inmanuel, *La metafísica de las costumbres*, Madrid, Tecnos, 1989.

Kelsen, Hans, *Teoría general del Estado*, México, Nacional, 1975.

Kelsen, Hans, *El contrato y el tratado*, México, Colofón, 2002.

Lamprea Rodríguez, Pedro A., *Contratos administrativos*, Bogotá, Fondo de Cultura Jurídica, 1979.

Liet-Veaux, George, "Jurisprudence: nouvelles définitions du contrat administratif", *La Revue Administrative*, vol. 9, n.º 53, París, puf, 1956, pp. 498 y ss.

Locke, John, *Two treatises on civil gouverment*, ii, Cambridge University, 1997.

Marienhoff, Miguel S., *Tratado de derecho administrativo*, vol. v, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1988.

Mosset Iturraspe, Jorge, *Responsabilidad por daños*, vol. ii, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 1998.

Mussolini, Benito, *El espíritu de la revolución fascista*, Buenos Aires, Temas contemporáneos, 1984.

Nieto, Alejandro, *Derecho administrativo sancionador*, Madrid, Tecnos, 1994.

Nieto, Alejandro, *El desgobierno judicial*, Madrid, Trotta, 2005.

Ospina Fernández, Guillermo, *Régimen General de las Obligaciones*, Bogotá, Temis, 1984.

Ospina Fernández, Guillermo, y Ospina Acosta, Eduardo, *Teoría general de los actos o negocios jurídicos*, Bogotá, Temis, 1987.

Palacio Jaramillo, María Teresa, "Cláusulas excepcionales", *Revista de Derecho Público* n.º 17, Bogotá, Universidad de los Andes, 2004, pp. 101 y ss.

Palacio Jaramillo, María Teresa, "Parámetros constitucionales para la determinación de un régimen jurídico de contratación pública en Colombia", en *Revista de Derecho Público* n.º 14, Bogotá, Universidad de los Andes, 2002, p. 19.

Palacio Jaramillo, María Teresa, presentación del libro *Decisiones arbitrales en infraestructura de transporte* de Santiago Pérez, en la Feria del Libro de Bogotá, 18 de abril de 2018 (inédito).

Palacios Mejía, Hugo, "Notas acerca de la facultad de regular la economía en la Constitución de 1991", en *Revista de Derecho Público* n.º 1, Bogotá, Universidad de los Andes, pp. 39 y ss.

Palacios Mejía, Hugo, "Derecho público y derecho privado en los actos y contratos de las empresas de servicios públicos", en *Revista Supervisión* n.º 2, Bogotá, Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, 1996, pp. 15 y ss.

Palacios Mejía, Hugo, *El derecho de los servicios públicos*, Bogotá, Derecho Vigente, 1999.

Palacios Mejía, Hugo, *La economía en el derecho constitucional colombiano*, Bogotá, Derecho Vigente, 1999.

Parada, Ramón, *Derecho Administrativo*, vol. iii, Madrid, Marcial Pons, 2002.

Pérez Luño, Antonio Enrique, *La seguridad jurídica*, Barcelona, Ariel, 1994.

Pérez Vives, Álvaro, *De los contratos de la Administración*, i, Bogotá, Wilches, Bogotá, 1984.

Rawls, John, *Political Liberalism*, New York, Columbia University Press, 1996.

Ripert, Georges, *La regla moral en las obligaciones civiles*, Bogotá, La Gran Colombia, 1946.

Rivero, Jean y Waline, Jean, *Droit Administratif*, París, Dalloz, 1994.

Riveros Serrato, Héctor y León Navas, Laura, "Perspectiva constitucional de la Ley 80 de 1993", en Pino Ricci, Jorge (compilador), *Régimen de Contratación estatal*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1996, pp. 11 y ss.

Rousseau, Jean Jacques, *Du contrat social*, París, Gallimard, 1964.

Rubio Llorente, Francisco, *La forma del poder*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

Sáchica, Luis Carlos, *El control de constitucionalidad*, Bogotá, Temis, 1988.

Sánchez Agesta, Luis, *Sistema político de la Constitución española de 1978*, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1985.

Sánchez Luque, Guillermo, columna de prensa "Salvar a Colombia", *El Siglo*, 2 de abril de 1990, página editorial 4A.

Sánchez Luque, Guillermo, "Los deberes de la solidaridad en el modelo tarifario de los servicios públicos domiciliarios", en *Contexto Revista de Derecho y Economía*, Edición especial n.º 19, 2004, pp. 41 y ss.

Sánchez Luque, Guillermo, "Locke: una lectura de los derechos, vigente trescientos años después de su muerte", en Delgado Sánchez, Óscar (compilador), *Ideas políticas, filosofía y derecho: el Maestro. Liber amicorum en homenaje a Alirio Gómez Lobo*, Bogotá, Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, 2006, pp. 303 y ss.

Sánchez Luque, Guillermo, "Jurisprudencia del Consejo de Estado en materia de anulación de actos administrativos y de contratos estatales en acciones populares", en Pardo, Cristina y Parra, Carlos (editores académicos), *Teoría constitucional. Liber amicorum en homenaje a Vladimiro Naranjo Mesa*, Bogotá, Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, 2006, pp. 309 y ss.

Sánchez Luque, Guillermo, columna de prensa "Hacia la 'federalización' de la jurisdicción administrativa", en *Portafolio*, 1.° de junio de 2006, p. 11.

Sánchez Luque, Guillermo, "La acción de cumplimiento en Colombia: ¿un medio de control judicial de la Administración que no produjo los efectos que se esperaban?", en Molina, Carlos y Rodríguez, Libardo (coordinadores académicos), *El derecho público en Iberoamérica. Libro homenaje al profesor Jaime Vidal Perdomo*, tomo ii, Bogotá, Temis-Universidad de Medellín, 2010, pp. 481 y ss.

Sánchez Luque, Guillermo, "La protección del consumidor de servicios públicos domiciliarios: una aproximación desde la Constitución Política de 1991", en Valderrama, Carmen Ligia, *Perspectivas del derecho del consumo*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2013, pp. 599 y ss.

Sánchez Luque, Guillermo, "¿El derecho administrativo sigue siendo el derecho de los servicios públicos?", en Bula, Germán, Namén, Álvaro y Zambrano, William (editores académicos), *Derecho procesal administrativo, modernización del Estado y territorio. Estudios en homenaje a Augusto Hernández Becerra*, Bogotá, Ibáñez, 2014, pp. 449 y ss.

Sánchez Luque, Guillermo, "La delegación administrativa en Colombia: ¿Evolución o mutación constitucional?, en Aljure, Antonio, Araújo, Rocío y Zambrano, William (editores académicos), *Sociedad, Estado y derecho. Homenaje a Álvaro Tafur Galvis*, Bogotá, Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, 2014, pp. 407 y ss.

Sánchez Luque, Guillermo, "El juez del 'nuevo derecho': del Gobierno de los oidores al Gobierno de los jueces ¿Neoconstitucionalismo o neocolonialismo?, en Herrera Mercado, Hernando y Mantilla Espinosa, Fabricio, *El árbitro y la función arbitral*, tomo I, vol. I, Bogotá, Ibáñez y Cámara de Comercio de Bogotá, 2017, pp. 35 y ss.

Scognamiglio, Renato, *Teoría general del contrato* (traducción de Fernando Hinestrosa), Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1996.

Sieyès, Emmanuel, *Qu'est-ce que le Tiers État*, París, PUF, 1982.

Spinoza, Baruch, *Tratado político*, Madrid, Tecnos, 1985.

Suescún Melo, Jorge, *Derecho privado: Estudios de derecho civil y comercial contemporáneo*, I, Bogotá, Cámara de Comercio de Bogotá y Universidad de los Andes, 1996.

Tafur Galvis, Álvaro, *Estudios de Derecho Público*, Bogotá, Ibáñez, 1997.

Trujillo Alfaro, Jorge Luis, *Presupuesto: una aproximación desde la planeación y el gasto público*, Bogotá, Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, 2007.

Tucídides, *Historia de la guerra del Peloponeso*, Madrid, Alianza, 1989.

Uprimny, Leopoldo, "El mito del enciclopedismo en el Nuevo Reino de Granada", Bogotá, en *Revista del Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario*, vol. LV, 1960, pp. 67 y ss.

Vargas Linares, Mauricio, "El contratismo", página editorial de *El Tiempo*, agosto 13 de 2017, disponible en http://www.eltiempo.com/opinion/columnistas/mauricio-vargas/el-contratismo-columna-de-mauricio-vargas-119116.

Vedel, George, *Cours de droit constitutionnel et d'institutions politiques*, París, Les Cours de Droit, 1955.

Vidal Perdomo, Jaime, *El contrato de obra pública, comentarios al Decreto 150 de 1976*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1979.